

УДК 346.546:347.44

DOI: 10.12737/jrl.2022.096

Теоретические и практические аспекты правового регулирования ограничивающих конкуренцию вертикальных соглашений

Валерий Геннадиевич Истомин

Институт философии и права Уральского отделения Российской академии наук, Екатеринбург, Россия, 5555VS@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8313-356X>

Аннотация. Ограничивающие конкуренцию вертикальные соглашения представляют собой одно из довольно распространенных нарушений антимонопольного законодательства. Их правовое регулирование должно строиться как с учетом опыта практической реализации соответствующих нормативных предписаний, так и исходя из выводов экономической науки, анализирующей возможные последствия данных соглашений для отношений конкуренции. В теории современного конкурентного права существуют различные представления о влиянии таких соглашений на отношения конкуренции, возможных формулировках их законодательного запрета, а также об отнесении к числу вертикальных тех или иных соглашений, заключаемых участниками экономического оборота, либо условий таких соглашений.

Цель исследования — анализ специфических особенностей ограничивающих конкуренцию вертикальных соглашений, содержания их нормативного запрета и возможных направлений развития правового регулирования данного вида соглашений. Задачи исследования: характеристика динамики экономико-правовой оценки влияния вертикальных соглашений на отношения конкуренции, их специфики как вида антиконкурентного поведения, рассмотрение отдельных договоров и их условий с точки зрения возможности квалификации в качестве вертикальных соглашений, анализ российской и зарубежной практики применения соответствующих норм.

Методы исследования: формально-логическое толкование, системный и сравнительный анализ.

Результаты исследования. В настоящее время экономическая теория и правоприменительная практика исходят из необходимости установления определенного антиконкурентного эффекта как условия противоправности вертикального соглашения, поскольку данные соглашения могут быть продиктованы объективными экономическими интересами их участников и не являться следствием их недобросовестного поведения. В связи с тем что некоторые соглашения могут сочетать признаки вертикальных и горизонтальных антиконкурентных соглашений, предлагается относить такие соглашения к числу смешанных, к которым в соответствующей части должны применяться как нормы о картелях, так и положения о вертикальных соглашениях. В законодательстве многих развитых государств отсутствует отдельный запрет заключения вертикальных соглашений, но есть общий запрет заключения ограничивающих конкуренцию соглашений, что может быть принято во внимание законодателем при дальнейшем развитии антимонопольного регулирования.

Ключевые слова: антимонопольное регулирование, вертикальное соглашение, ограничение конкуренции, смешанное антиконкурентное соглашение, правовая конструкция запрета

Для цитирования. Истомин В. Г. Теоретические и практические аспекты правового регулирования ограничивающих конкуренцию вертикальных соглашений // Журнал российского права. 2022. Т. 26. № 9. С. 88—100. DOI: 10.12737/jrl.2022.096

Theoretical and Practical Aspects of Legal Regulation of Vertical Agreements Restricting Competition

Valeriy G. Istomin

Institute of Philosophy and Law, Ural Branch, Russian Academy of Sciences, Ekaterinburg, Russia, 5555VS@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8313-356X>

Abstract. Vertical agreements restricting competition are one of the fairly common violations of antimonopoly legislation. Their legal regulation should be based on both the experience of practical implementation of the relevant regulations, and based on the conclusions of economic science analyzing the possible consequences of these agreements for competition relations. In the theory of modern competition law, there are different ideas about the impact of such agreements on competition relations, the possible formulations of their legislative prohibition, as well as the attribution to the vertical of certain agreements concluded by participants in economic turnover or the terms of such agreements.

The purpose of the study is to analyze the specific features of vertical agreements restricting competition, the content of their regulatory prohibition and possible directions for the development of legal regulation of this type of agreements. Research objectives: characteristics of the dynamics of the economic and legal assessment of the impact of vertical agreements on competition relations, their specifics as a type of anticompetitive behavior, consideration of individual contracts and their terms from the point of view of the possibility of qualification as vertical agreements, analysis of Russian and foreign practice of applying relevant norms.

The research methods are the method of formal and logical interpretation, systematic and comparative analysis.

Based on the results of the consideration of the issues raised in the work, it is noted that currently economic theory and law enforcement practice proceed from the need to establish a certain anticompetitive effect as a condition for the illegality of a vertical agreement, since these agreements may be dictated by the objective economic interests of their participants and not be a consequence of their unfair behavior. Due to the fact that some agreements may combine the features of both vertical and horizontal anticompetitive agreements, it is proposed in the work to classify such agreements as mixed, to which both the rules on cartels and the provisions on vertical agreements should be applied in the relevant part. The author notes that in the legislation of many developed countries there is no separate prohibition of concluding vertical agreements, but there is a general prohibition of concluding agreements restricting competition, which can be taken into account by the legislator in the further development of antimonopoly regulation.

Keywords: antimonopoly regulation, vertical agreement, restriction of competition, mixed anticompetitive agreement, legal construction of prohibition

For citation. Istomin V. G. Theoretical and Practical Aspects of Legal Regulation of Vertical Agreements Restricting Competition. *Journal of Russian Law*, 2022, vol. 26, no. 9, pp. 88—100. (In Russ.) DOI: 10.12737/jrl.2022.096

Соглашения хозяйствующих субъектов, направленные на определение порядка ведения ими экономической деятельности, могут представлять серьезную угрозу для отношений конкуренции. Они могут приводить к усилению рыночной власти у их участников, что позволяет таким субъектам оказывать влияние на состояние конкуренции в пределах определенного продуктового или территориального сегмента рынка. Кроме того, заключая соглашение, направленное на ограничение или недопущение конкуренции, участники рынка таким образом создают искусственные препятствия для развития той или иной области хозяйственной деятельности, стимулируют формирование искаженных условий производства

или обращения товаров, вызывая негативные последствия как для экономики государства в целом, так и для отдельных хозяйствующих субъектов и потребителей.

В зависимости от субъектного состава запрещенные антимонопольным законодательством соглашения принято подразделять на горизонтальные, вертикальные и иные¹.

В части 1 ст. 11 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) к горизонтальным (картельным) отнесены соглашения, заключаемые между хозяйствующими субъек-

¹ См., например: Конкурентное право: учебник / под ред. М. А. Егоровой, А. Ю. Кинева. М., 2018.

тами — конкурентами, т. е. субъектами, осуществляющими продажу или приобретение товаров на одном товарном рынке, включая соглашения с участием потенциальных конкурентов.

Понятие вертикальных соглашений дано в п. 19 ст. 4 указанного Закона: это соглашения между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар. При этом исходя из того, что понятие «товар», данное в п. 1 ст. 4 Закона о защите конкуренции, охватывает любой объект гражданских прав, предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот, включая работы и услуги, можно сделать вывод, что к категории вертикальных (как впрочем и горизонтальных) соглашений следует относить соглашения, не только направленные на передачу товара как вещи, но и касающиеся оказания услуг и выполнения работ.

Иными являются те соглашения, которые не охватываются понятием горизонтальных либо вертикальных, т. е. соглашений хозяйствующих субъектов, не конкурирующих между собой, но при этом также не выступающих по отношению друг к другу как участники отношений по передаче (продаже) товара (например, иным можно считать соглашение между банком и страховой компанией об организации страхования заемщиков либо соглашение между неконкурирующими субъектами об использовании определенного товара в рекламе своей продукции).

Традиционно считается, что горизонтальные соглашения представляют наибольшую опасность для конкуренции, поскольку в антиконкурентном сговоре участвуют лица, непосредственно конкурирующие между собой. Однако вертикальные соглашения также способны оказывать значительное негативное воздействие на экономику при наличии в них условий, направленных на ограничение или недопущение кон-

куренции. В связи с этим в литературе обращается внимание, что ценность объектов, на которые посягают противоправные горизонтальные и вертикальные соглашения, тождественна, а величина материального ущерба, причиняемого ими, и способ их совершения могут совпадать². В то же время современная экономическая доктрина отмечает не только отрицательные, но и возможные положительные последствия вертикальных ограничивающих соглашений, заключающиеся в повышении эффективности вертикальных взаимодействий контрагентов, поддержании стимулов к осуществлению специфических кооперативных инвестиций и противодействию так называемому фрирайдерству³. Например, закрепление за дистрибьюторами определенных территорий для сбыта продукции производителя может стимулировать их к более активному продвижению данного товара, а запрет на заключение сделок с теми или иными контрагентами может быть обусловлен его специфическими свойствами или необходимостью поддержания производителем своей высокой репутации. Вслед за развитием экономической теории правоприменительная практика многих стран также постепенно стала рассматривать ограничивающие конкуренцию вертикальные соглашения с позиции их общей

² См.: Лантев Д. Б. Незаконные «вертикальные» соглашения как проявление преступного монополизма // Конкурентное право. 2017. № 3. С. 12.

³ См.: Агамирова М. Е., Дзагурова Н. Б. Правомерность вертикальных ограничивающих соглашений с позиции «взвешенного подхода» и характер специфических инвестиций // Экономическая политика. 2016. Т. 11. № 6. С. 122—137; Еремеечева М. А. Эксклюзивные соглашения: теоретические и эмпирические исследования проблемы «заложника» // Научные труды Донецкого национального технического университета. Серия: Экономическая. 2011. № 3. С. 173—178.

допустимости за исключением ситуаций, когда их антиконкурентный эффект установлен антимонопольным органом или судом. Так, если в первой половине прошлого века в США вертикальные ограничивающие соглашения трактовались как абсолютно недопустимые⁴, то в настоящее время там сформировался подход, в силу которого любые вертикальные соглашения должны оцениваться только с применением «правила разумности». Кроме того, отмечается, что в антимонопольном законодательстве стран — членов Организации экономического сотрудничества и развития также нет запрещенных *per se* вертикальных соглашений, а судебная практика исходит из необходимости индивидуально оценивать воздействие на конкуренцию каждого вертикального соглашения⁵.

В экономической и юридической литературе предлагаются различные классификации ограничивающих конкуренцию вертикальных соглашений и рассматриваются основные виды условий, потенциально способных вызвать антиконкурентные последствия. В частности, по цели наложения ограничения вертикальные соглашения предлагается классифицировать на два вида: содержащие внутрибрендовые и межбрендовые ограничения. Внутрибрендовые ограничения преследуют цель ограничить свободу компании, находящейся ниже в цепи технологического процесса, в отношении перепродажи определенного товара, а межбрендовые устанавливаются с целью ограничения свободы действий фирмы в отношении ее взаимодействия с конкурентами компании, налагающей ограничения. Внутрибрендовые ограничения, в свою

очередь, могут подразделяться на ценовые, касающиеся цены перепродажи, и неценовые, направленные прежде всего на установление территории распространения товара либо круга его возможных покупателей⁶. Считается, что ограничение межбрендовой конкуренции является более опасным, нежели ограничение внутрибрендовой. Некоторые авторы, рассматривая договор коммерческой концессии, подразделяют ограничительные условия вертикальных соглашений на следующие группы: связанные с ограничением права на заключение аналогичных договоров; связанные с содержанием договора (например, относительно цены); связанные с географией и содержанием деятельности субъектов (обязанность согласовывать место расположения коммерческих помещений, их оформление)⁷. Конкретные соглашения, в рамках которых могут быть установлены антиконкурентные условия, весьма разнообразны: это могут быть договоры купли-продажи и поставки, договоры об оказании различных услуг, дистрибьюторские и дилерские соглашения, договоры простого товарищества и т. п. Вместе с тем законодатель в ст. 12 Закона о защите конкуренции прямо объявляет допустимыми вертикальные соглашения, являющиеся договорами коммерческой концессии, а также соглашения, заключенные между хозяйствующими субъектами, доля каждого из которых на рынке товара, являющегося предметом вертикального соглашения, не превышает 20% (за исключением случаев

⁴ Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U. S. 373 (1911).

⁵ См.: Конкурентное право России: учебник / отв. ред. И. Ю. Артемьев, С. А. Пузыревский, А. Г. Сушкевич. 2-е изд. М., 2014. С. 199—200.

⁶ См.: Ханкишиева Ф. З. Сравнительный анализ антимонопольного регулирования вертикальных соглашений в России и США // Актуальные вопросы современной экономической науки. Матер. VII Международ. науч. конф. Астрахань, 2017. С. 65—69.

⁷ См.: Козлова М. Ю. Допустимость условий договора, направленных на ограничение конкуренции // Юристъ-правоведь. 2015. № 4. С. 90.

заклучения указанных соглашений между финансовыми организациями). Отметим, что, например, в праве Европейского союза доля участников вертикального соглашения для признания его допустимым несколько выше и может составлять до 30% доли того рынка, на котором они осуществляют свою деятельность (так называемый принцип *de minimis*).

Относительно договоров коммерческой концессии в п. 3 ст. 1033 ГК РФ установлено правило, согласно которому ограничительные условия договора коммерческой концессии могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия противоречат антимонопольному законодательству. По этому поводу некоторыми авторами высказана точка зрения, что в силу ранее приведенного положения ст. 12 Закона о защите конкуренции, установившего допустимые вертикальные соглашения, договоры коммерческой концессии вообще освобождены от любых антимонопольных запретов⁸, что, по сути, исключает возможность применения п. 3 ст. 1033 ГК РФ. Конечно, отнесение договоров коммерческой концессии (за исключением заключенных между финансовыми организациями) к числу разрешенных вертикальных соглашений создает дополнительную гарантию защиты интеллектуальных прав для их обладателей. Однако представляется, что в некоторых случаях указанные договоры могут содержать ограничительные условия, напрямую не вызванные необходимостью обеспечения контроля использования и защиты переданного правообладателем пользователю комплекса исключительных прав и потому вы-

ходящие за пределы допустимых ограничений, предусмотренных п. 1 ст. 1033 ГК РФ и обусловленных природой договора коммерческой концессии. Например, правообладатель может потребовать от пользователя не осуществлять производство либо реализацию определенных товаров безотносительно к тому, осуществляется такая деятельность с использованием средств индивидуализации других правообладателей или без такого использования, либо обязать пользователя не открывать новых торговых площадок, если там не будет производиться продажа товаров правообладателя. Подобные ограничения при определенных обстоятельствах способны вызвать антиконкурентный эффект, поэтому применение к ним антимонопольного законодательства будет оправданным. Вместе с тем основания применения п. 3 ст. 1033 ГК РФ, как и возможный перечень условий договора коммерческой концессии, противоречащих антимонопольному законодательству, следует более четко указать в законе, особенно учитывая наличие нормы ст. 12 Закона о защите конкуренции.

Ранее в антимонопольном законодательстве содержалось прямое указание на то, что к числу вертикальных соглашений не относится агентский договор. Впоследствии это положение было исключено из п. 19 ст. 4 Закона о защите конкуренции. Несмотря на это в принятом Федеральной антимонопольной службой России 17 февраля 2016 г. Разъяснении № 2 «Вертикальные» соглашения, в том числе дилерские соглашения» (далее — Разъяснение № 2 ФАС) отмечается, что, поскольку предметом агентского договора является совершение агентом юридических и иных действий в пользу принципала, указанный договор не может быть отнесен к вертикальному соглашению. С подобным выводом сложно согласиться. Агентский договор с позиции правовой

⁸ См.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / отв. ред. И. Ю. Артемьев. М., 2015.

теории входит в состав группы договоров об оказании услуг, поскольку в том виде, в каком он урегулирован в ГК РФ, включает услуги, которые могут составлять предмет комиссии и поручения⁹. Действия же по оказанию тех или иных услуг вполне могут являться предметом вертикальных антиконкурентных соглашений, поскольку определяющим для таких соглашений является критерий их субъектного состава, а не предмета. Кроме того, те же дистрибьюторские договоры, отнесение которых к числу вертикальных соглашений в силу указанного Разъяснения ФАС не ставится под сомнение, в судебной практике в ряде случаев рассматриваются как агентские соглашения¹⁰. В качестве агентских иногда квалифицируются и соглашения, заключаемые цифровыми компаниями с пользователями созданных этими компаниями онлайн-платформ¹¹. Практика свидетельствует о возможности наличия в подобных договорах ограничивающих конкуренцию условий. Например, несколько лет назад в ряде стран Европейского союза внимание антимонопольных органов привлекла деятельность известной цифровой платформы Booking.com, предоставляющей возможность бронирования отелей с гарантией лучшей цены для потребителя. За каждое бронирование номера с использованием данной платформы компания Booking получала комиссионное вознаграждение. Немецкий антимонопольный орган (Bundeskartellamt) посчитал, что некоторые условия договоров Booking.com с отелями ограничивают кон-

куренцию, в частности, речь идет о запрете отелям предлагать свои номера по более дешевой цене на своих собственных веб-сайтах. В итоге высшая судебная инстанция ФРГ поддержала позицию антимонопольного органа, отметив, что такие ценовые оговорки не являются объективно необходимыми для соответствующих договоров и имеют антиконкурентный эффект. Ранее антимонопольный орган также признал противоречащим законодательству условие о запрете отелям указывать более дешевые цены на других онлайн-платформах¹². Подобные ситуации не позволяют исключать агентские договоры из числа антиконкурентных соглашений. На возможность отнесения агентских договоров к противоправным вертикальным соглашениям обращается внимание и другими авторами, исследовавшими зарубежное законодательство и практику его применения, в частности, в ситуации, когда агент несет значительный финансовый или коммерческий риск в отношении своей агентской деятельности и уже не может рассматриваться как часть принципала¹³.

Конкретные виды запрещенных российским антимонопольным законодательством вертикальных соглашений указаны в ч. 2 ст. 11 За-

⁹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 467.

¹⁰ См.: Чухненко В. В., Самедова Э. Н. Дистрибьюторский договор. Проблемы теории и практики применения // Закон и право. 2018. № 1. С. 44.

¹¹ См. определение ВС РФ от 9 января 2018 г. № 5-КГ17-200.

¹² См.: Schaper T., Rohrbach M. German Federal Supreme Court: Narrow best-price clauses applied by Booking.com in Germany breach EU competition law. URL: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/a3556d82/german-federal-supreme-court-narrow-best-price-clauses-applied-by-booking-dot-com> (дата обращения: 10.05.2022).

¹³ См.: Лысаковская Ю. О. Агентский договор и антимонопольное законодательство: правовое регулирование в ЕС и США // Современные проблемы правотворчества и правоприменения. Материалы Всероссийской студенческой научно-практической конференции в рамках Байкальского студенческого юридического форума — 2021. Иркутск, 2021. С. 47—52.

кона о защите конкуренции. Так, запрещаются вертикальные соглашения, если они приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением установления максимальной цены его перепродажи, а также соглашения, которыми предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. При этом второй запрет также имеет исключение: он не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя. В юридической литературе широко распространено мнение, что предусмотренные ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции вертикальные соглашения запрещены *per se*, т. е. в силу факта их заключения, без необходимости установления и доказывания причиненного ими антиконкурентного эффекта¹⁴. Вместе с тем в соответствии с п. 27 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 4 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее — постановление № 2 Пленума ВС РФ) соглашения хозяйствующих субъектов, за исключением указанных в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, могут быть признаны недопустимыми, если антимонопольным органом будет доказано, что результатом реализа-

ции или целью договоренностей, достигнутых между хозяйствующими субъектами, являлось недопущение (ограничение, устранение) конкуренции на товарном рынке. С учетом того что в ч. 1 ст. 11 речь идет о горизонтальных картельных соглашениях, можно сделать вывод, что в настоящее время российские правоприменительные органы ориентированы на необходимость установления наступления или возможности наступления антиконкурентных последствий при доказывании наличия ограничивающего конкуренцию вертикального соглашения. В выпущенном Федеральной антимонопольной службой письме от 11 сентября 2009 г. № АК/40092 также сохранилось положение о том, что вертикальное соглашение между хозяйствующими субъектами может быть признано не соответствующим антимонопольному законодательству, если такое соглашение приводит или может привести к ограничению конкуренции. Кроме того, на предусмотренные в ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции вертикальные соглашения распространяются общие правила о допустимости антиконкурентных действий в случае достижения в результате их осуществления положительного эффекта, что также свидетельствует о необходимости оценки таких соглашений с учетом их последствий. Подобный подход представляется оправданным и в целом соответствует тем тенденциям, которые имеют место в том числе в зарубежной правоприменительной практике при квалификации вертикальных соглашений в качестве запрещенных. Например, в решении по одному из дел Верховный суд США отметил, что правило *per se* не должно применяться «только для административного удобства», а также указал на необходимость руководствоваться правилом разумности, предполагающим учет информации о соответствующем бизнесе, анализ «истории, характера и последствий договор-

¹⁴ См., например: *Символоков О. А.* Применение арбитражными судами антимонопольного законодательства по делам об антиконкурентных соглашениях // Журнал российского права. 2021. № 11. С. 142; *Франскевич О. П.* Практика выявления и пресечения запрещенных «вертикальных» соглашений. 2016. Доступ из СПС «Консультант-Плюс»; *Гаврилов Д. А.* Об институте «вертикальных» соглашений в конкурентном праве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 2. С. 18.

ных ограничений», в том числе при оценке соглашений об установлении минимальной цены перепродажи товара¹⁵. Антимонопольные нормы ЕС также не содержат абсолютных запретов *per se* на заключение каких-либо вертикальных соглашений. Однако некоторые виды ограничительных условий изначально предполагаются антиконкурентными, это так называемые жесткие ограничения конкуренции (*severe restrictions of competition*). К ним, в частности, относятся установление минимальных и фиксированных цен перепродажи, ограничение розничной продажи конечным потребителям, некоторые виды территориальных ограничений для контрагентов, установление недопустимости взаимных поставок между дистрибьюторами. Но даже и они в индивидуальном порядке могут быть признаны допустимыми при наличии установленного положительного эффекта.

К категории вертикальных соглашений в соответствии с Разъяснением № 2 ФАС наряду с другими предлагается относить соглашения между производителями товаров и их покупателями, имеющими намерение осуществлять их перепродажу (дистрибьюторами), и в том случае, если производитель и сам занимается реализацией своих товаров (т. е. стороны являются конкурентами), однако покупатель при этом не занимается производством аналогичных либо взаимозаменяемых товаров, а также соглашения, касающиеся реализации дистрибьютором взаимозаменяемых товаров, производимых разными производителями. Подобные ситуации встречаются не только в российской, но и в мировой практике. В частности, в США пять из шести крупнейших международных издательств в свое время договорились об общей стратегии на рынке с целью повышения цен на электронные и печатные книги, а также привлекли компанию

Apple для реализации своей стратегии. С этой целью они заключили с Apple агентские соглашения, которые предусматривали, что все решения в отношении ценообразования должны приниматься принципалом, т. е. издательством, а агент, т. е. Apple, получит 30%-ное комиссионное вознаграждение от цены каждой книги, проданной на платформе iBookstore. Базой для определения цены на электронные книги были цены на книги печатные, что создавало защиту для цен на рынках печатных изданий и сохраняло прибыль издательств. В ходе судебного разбирательства было отмечено: анализ агентских соглашений позволяет сделать вывод, что предоставлявшие преимущества Apple оговорки были направлены не на привлечение нового канала дистрибуции, а на устранение ценовой конкуренции среди ритейлеров. В итоге суд указал на недопустимость использования легальных договорных моделей для ограничения конкуренции и предписал Apple внести изменения в договоры с издательствами, исключив положения, препятствующие ценовой конкуренции, равно как и преференциальное условие для Apple¹⁶.

Рассмотренное положение Разъяснения № 2 ФАС касается вопроса об оценке соглашения, заключаемого субъектами, одновременно выступающими и как участники вертикальной технологической цепочки движения товара, и как конкуренты на рынке его последующей реализации. Подобная ситуация в литературе иногда именуется «конкурирующими продажами»¹⁷. Кроме того, данное Разъяснение также затрагивает ситуацию, когда соглашение заключается между несколь-

¹⁵ Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U. S. 877 (2007).

¹⁶ См.: Борзило Е. Ю. Некоторые вопросы конкуренции на рынке электронных книг // Евразийский юридический журнал. 2018. № 11. С. 170—172.

¹⁷ См.: Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / отв. ред. М. А. Егорова. М., 2015.

кими субъектами, находящимися в отношениях прямой конкуренции (производителями взаимозаменяемых товаров), и лицом, являющимся их покупателем (дистрибьютором). В указанных случаях могут возникать определенные проблемы относительно оценки данных соглашений с позиции ст. 11 Закона о защите конкуренции: считать ли данные соглашения вертикальными либо горизонтальными. Приведенным положением Разъяснения предложено относить такие соглашения к категории вертикальных, расширяя в определенной степени границы данного вида соглашений. В постановлении Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» наличие отношений конкуренции между продавцом и покупателем товара на рынке, на котором покупатель приобретает товар в целях его последующей продажи, также не является препятствием для отнесения данного соглашения, при соблюдении некоторых других условий, к допустимым вертикальным соглашениям. Вместе с тем в науке конкурентного права высказывается мнение, что если в вертикальном соглашении будут принимать участие как минимум два субъекта-конкурента и хотя бы один их общий контрагент, то такое соглашение следует рассматривать в качестве картеля, поскольку субъектный состав картеля определяется по участию в нем как минимум двух субъектов-конкурентов и не исключает включения в его состав иных участников, не являющихся прямыми конкурентами продавцов или покупателей на момент заключения картельного соглашения¹⁸. Если же, в свою очередь, вертикальное соглашение будет подпадать под критерии картеля, то на такое соглашение должен распро-

страняться правовой режим запретов *per se*, характерный для любого картельного соглашения¹⁹. В связи с этим необходимо отметить, что соглашение, участниками которого являются несколько конкурентов и их контрагент, а также соглашение, в котором продавец и его покупатель находятся в отношениях конкуренции, будут одновременно обладать признаками вертикального и горизонтального соглашений. Их можно рассматривать как смешанные антиконкурентные соглашения. Таким образом, к ним потенциально могут быть применены соответственно как правила о картельных соглашениях (ч. 1 ст. 11), так и правила о вертикальных соглашениях (ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции). Однако применение данных правил должно базироваться не на формальном установлении факта участия в соглашении, например, двух конкурирующих субъектов, а на установлении всех признаков заключения соответствующего соглашения. Так, в п. 22 постановления № 2 Пленума ВС РФ справедливо обращается внимание на то, что при установлении наличия картельного соглашения подлежит доказыванию как факт того, что участники картеля являются конкурентами на товарном рынке, так и то, что достигнутые между ними договоренности имеют предмет, определенный в п. 1—5 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Отсюда следует, что если предмет и иные условия картельного соглашения не установлены, то участие нескольких конкурентов в заключении вертикального соглашения не влечет применение к нему ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Также представляется, что в целом по отношению к такому смешанному соглаше-

¹⁸ См.: Егорова М. А., Кинев А. Ю. Правовые критерии картеля // Право и экономика. 2016. № 4.

¹⁹ См.: Егорова М. А. Правовые критерии антиконкурентности «вертикальных соглашений» // Вестник арбитражной практики. 2016. № 1.

нию применение запретов *per se* без установления его возможных антиконкурентных последствий вряд ли будет являться оправданным с учетом приведенного ранее положения п. 27 постановления № 2 Пленума ВС РФ, ориентирующего правоприменителя на необходимость установления недопущения (ограничения, устранения) конкуренции как результата реализации или цели соответствующей договоренности.

Анализируемым ситуациям уделяется внимание и в зарубежном правовом регулировании. Так, в соответствии с п. 4 ст. 2 Регламента Комиссии ЕС № 330/2010 от 20 апреля 2010 г. «О применении пункта 3 статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза к отдельным категориям вертикальных соглашений и согласованных действий»²⁰ к категории вертикальных отнесены соглашения, заключаемые производителем и дистрибьютором в ситуации, когда производитель и сам осуществляет розничную реализацию своих товаров, т. е. выступает конкурентом дистрибьютора, но дистрибьютор не осуществляет производство соответствующего товара.

В части 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции установлен общий запрет заключения так называемых иных ограничивающих конкуренцию соглашений. К их числу могут быть отнесены, в частности, соглашения о навязывании контрагенту условий, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, соглашения о необоснованном установлении хозяйствующим субъектом различных цен на один и тот же товар, о создании другим субъектам препятствий для доступа на рынок или выхода из него и т. д. Иные соглашения признаются недопустимыми лишь в

том случае, если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. При определении соотношения ч. 2 и ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции в литературе в целом отмечается, что ч. 4 ст. 11 является общей нормой по отношению к ч. 2 ст. 11, выступающей как специальная норма. Таким образом, если вертикальное соглашение не охватывается запретами ч. 2 ст. 11, то оно может при определенных условиях подпадать под действие ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции²¹. Вместе с тем в настоящее время возникает вопрос относительно необходимости существования отдельной нормы ч. 2 ст. 11, посвященной запрету некоторых видов вертикальных соглашений. С учетом того что Верховный Суд РФ ориентировал правоприменительные органы на установление наступления либо возможности наступления антиконкурентных последствий в результате заключения вертикального соглашения, представляется, что выделение в ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции отдельных видов запрещенных вертикальных соглашений имело бы смысл при наличии их особых отличительных признаков от тех вертикальных соглашений, которые подпадают под действие ч. 4 ст. 11 этого Закона. Например, таким признаком мог бы служить абсолютный запрет соответствующих соглашений *per se*. Однако в настоящее время каких-либо конкретных оснований для вывода о наличии подобных признаков нет. В связи с этим представляется целесообразным либо нормативно установить такие особенности, либо ограничиться общим запретом иных соглашений в соответствующей части ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Отметим, что в законодательстве многих развитых зарубежных госу-

²⁰ Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices.

²¹ См.: *Тесленко А. В.* К вопросу о конкуренции некоторых норм антимонопольного законодательства (ст. 11, 11¹, 15, 16, 17 Закона о защите конкуренции) // Юрист. 2018. № 11.

дарств отдельно не выделяются запреты вертикальных соглашений. Так, согласно разд. 2 Закона Великобритании о конкуренции 1998 г. не допускаются любые соглашения, препятствующие либо ограничивающие конкуренцию, безотносительно к тому, между кем они заключены. Эти соглашения являются недействительными. При этом разд. 3, 4, 6 и 9 Закона предусмотрены как общие, так и индивидуальные исключения из данного запрета. Общие исключения касаются таких соглашений, которые способствуют развитию экономики, не налагают на их участников неоправданных ограничений либо не предоставляют возможности устранить конкуренцию на том или ином рынке. Индивидуальные исключения могут быть предоставлены соответствующим министерством либо антимонопольным органом Великобритании как для соглашений в отдельной сфере хозяйственной деятельности, так и для отдельных соглашений на основании ходатайства их участников. В соответствии с § 1 немецкого Закона против ограничений конкуренции 1957 г. в качестве незаконных рассматриваются соглашения между компаниями, решения ассоциаций и согласованные действия, целью или результатом которых является недопущение, ограничение или искажение конкуренции. В § 2 данного Закона также устанавливается общее правило, согласно которому подобный запрет не применяется к соглашениям, формально содержащим антиконкурентные условия, однако

направленным на улучшение производства или распределения товаров, содействующим техническому или экономическому развитию и не влекущим устранения конкуренции на значительной части соответствующего рынка. Расположенная в разд. II «Антиконкурентная практика» книги четвертой Торгового кодекса Франции ст. L 420-1 объявляет недопустимыми согласованные действия, соглашения, явные или молчаливые договоренности либо объединения, ограничивающие конкуренцию или препятствующие ей. Подобный опыт правового регулирования свидетельствует о включении вертикальных соглашений в общую категорию запрещенных антимонопольным законодательством соглашений и может быть использован при дальнейшем развитии российского законодательства об ограничивающих конкуренцию вертикальных соглашениях.

Конструкция антимонопольного запрета ограничивающих конкуренцию соглашений требует учета как степени их влияния на отношения конкуренции, так и наличия возможного положительного эффекта в результате их реализации. Это предполагает необходимость анализа современных представлений экономической и правовой теории, а также опыта правоприменительной практики, в том числе зарубежной. Результатом сбалансированного антимонопольного регулирования, в свою очередь, будет развитие рыночной конкуренции и повышение эффективности функционирования экономики.

Список литературы

- Агамирова М. Е., Дзагурова Н. Б. Правомерность вертикальных ограничивающих соглашений с позиции «взвешенного подхода» и характер специфических инвестиций // Экономическая политика. 2016. Т. 11. № 6.
- Борзило Е. Ю. Некоторые вопросы конкуренции на рынке электронных книг // Евразийский юридический журнал. 2018. № 11.
- Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002.
- Гаврилов Д. А. Об институте «вертикальных» соглашений в конкурентном праве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 2.

Егорова М. А. Правовые критерии антиконкурентности «вертикальных соглашений» // Вестник арбитражной практики. 2016. № 1.

Егорова М. А., Кинев А. Ю. Правовые критерии картеля // Право и экономика. 2016. № 4.

Еремеечева М. А. Эксклюзивные соглашения: теоретические и эмпирические исследования проблемы «заложника» // Научные труды Донецкого национального технического университета. Серия: Экономическая. 2011. № 3.

Козлова М. Ю. Допустимость условий договора, направленных на ограничение конкуренции // Юрист-правовед. 2015. № 4.

Конкурентное право России: учебник / отв. ред. И. Ю. Артемьев, С. А. Пузыревский, А. Г. Сушкевич. 2-е изд. М., 2014.

Конкурентное право: учебник / под ред. М. А. Егоровой, А. Ю. Кинева. М., 2018.

Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / отв. ред. М. А. Егорова. М., 2015.

Лаптев Д. Б. Незаконные «вертикальные» соглашения как проявление преступного монополизма // Конкурентное право. 2017. № 3.

Лысаковская Ю. О. Агентский договор и антимонопольное законодательство: правовое регулирование в ЕС и США // Современные проблемы правотворчества и правоприменения. Материалы Всероссийской студенческой научно-практической конференции в рамках Байкальского студенческого юридического форума — 2021. Иркутск, 2021.

Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / отв. ред. И. Ю. Артемьев. М., 2015.

Символоков О. А. Применение арбитражными судами антимонопольного законодательства по делам об антиконкурентных соглашениях // Журнал российского права. 2021. № 11.

Тесленко А. В. К вопросу о конкуренции некоторых норм антимонопольного законодательства (ст. 11, 11¹, 15, 16, 17 Закона о защите конкуренции) // Юрист. 2018. № 11.

Франскевич О. П. Практика выявления и пресечения запрещенных «вертикальных» соглашений. 2016. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Ханкишиева Ф. З. Сравнительный анализ антимонопольного регулирования вертикальных соглашений в России и США // Актуальные вопросы современной экономической науки. Матер. VII Междунар. науч. конф. Астрахань, 2017.

Чухненко В. В., Самедова Э. Н. Дистрибьюторский договор. Проблемы теории и практики применения // Закон и право. 2018. № 1.

References

Agamirova M. E., Dzagurova N. B. The Legality of Vertical Restraints by the Rule of Reason and the Character of the Specific Investments. *Ekonomicheskaya politika*, 2016, vol. 11, no. 6, pp. 122—137. (In Russ.)

Borzilo E. Yu. Particular matters of competition in e-books market. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal*, 2018, no. 11, pp. 170—172. (In Russ.)

Braginskiy M. I., Vitryanskiy V. V. Contract law. Vol. 3: work and service contracts. Moscow, 2002. 643 p. (In Russ.)

Chukhnenko V. V., Samedova E. N. Distribution agreement: problems of the theory and practice of application. *Zakon i pravo*, 2018, no. 1, pp. 42—46. (In Russ.)

Competition law of Russia. Ed. by I. Yu. Artem'ev, S. A. Puzyrevskiy, A. G. Sushkevich. 2nd ed. Moscow, 2014. 496 p. (In Russ.)

Competition law. Ed. by M. A. Egorova, A. Yu. Kinev. Moscow, 2018. 632 p. (In Russ.)

Coordination of economic activities in the Russian legal framework. Ed. by M. A. Egorova. Moscow, 2015. 656 p. (In Russ.)

Egorova M. A. Legal criteria for anticompetition «vertical» agreements. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki*, 2016, no. 1, pp. 5—14. (In Russ.)

Egorova M. A., Kinev A. Yu. Legal criteria cartel. *Pravo i ekonomika*, 2016, no. 4, pp. 4—11. (In Russ.)

Eremeecheva M. A. Exclusive agreements: theoretical and empirical studies of the “hostage” problem. *Nauchnye trudy Donetskogo natsional'nogo tekhnicheskogo universiteta. Seriya: Ekonomicheskaya*, 2011, no. 3, pp. 173—178. (In Russ.)

Franskevich O. P. Practice of identifying and suppressing prohibited “vertical” agreements, 2016. Access from SPS “ConsultantPlus”. (In Russ.)

Gavrilov D. A. On the concept of “vertical” agreements in Competitive Law. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, 2014, no. 2, pp. 18—21. (In Russ.)

Khankishieva F. Z. Comparative analysis of antitrust regulation of vertical agreements in Russia and the USA. *Current issues of modern economic science. Collection of scientific articles based on the results of the VII International Scientific and Practical Conference*. Astrakhan', 2017, pp. 65—69. (In Russ.)

Kozlova M. Yu. Admissibility of the contract terms directed on competition restriction. *Yurist-pravoved*, 2015, no. 4, pp. 89—93. (In Russ.)

Laptey D. B. Illegal “vertical” agreements as criminal monopoly display. *Konkurentnoe pravo*, 2017, no. 3, pp. 10—12. (In Russ.)

Lysakovskaya Yu. O. Agency contract and antitrust law: legal regulation in the EU and the USA. *Current regulatory and enforcement challenges. Collection of scientific articles based on the results of the Student Scientific and Practical Conference within the framework of the Baikal Student Legal Forum — 2021*. Irkutsk, 2021. Pp. 47—52. (In Russ.)

Scientific and practical commentary on the Federal Law “On Protection of Competition” (itemized). Ed. by I. Yu. Artem'ev. Moscow, 2015. 314 p. (In Russ.)

Simvolokov O. A. Application of Antimonopoly Legislation by Arbitration Courts in Cases of Anticompetitive Agreements. *Journal of Russian Law*, 2021, vol. 25, no. 11, pp. 133—149. (In Russ.) DOI: 10.12737/jrl.2021.140.

Teslenko A. V. On the collision between some provisions of antimonopoly laws (articles 11, 111, 15, 16, 17 of the Competition protection law). *Yurist*, 2018, no. 11, pp. 65—71. (In Russ.)

Информация об авторе

В. Г. Истомин, старший научный сотрудник отдела права Института философии и права Уральского отделения РАН, кандидат юридических наук, доцент

