



**КСЕНИЯ ПОДГУЗОВА,**  
юрист Коммерческой группы VEGAS LEX



**АНАСТАСИЯ ЧЕРЕДОВА,**  
юрист Коммерческой группы VEGAS LEX

## Деловая переписка: как снизить антимонопольные риски

Деловая переписка сотрудников компаний используется Федеральной антимонопольной службой как одно из основных доказательств нарушения антимонопольного законодательства. Регулятор уделяет внимание письмам и документам сотрудников, отвечающих за коммерческую деятельность компании и принятие решений. Для снижения антимонопольных рисков вследствие неверного толкования содержания деловой переписки крайне важно сформировать в компании правильную культуру общения с конкурентами, контрагентами и иными лицами. В статье рассматриваются практические примеры доказывания отдельных нарушений антимонопольного законодательства с использованием переписки, анализируются типичные ошибки сотрудников, а также даются рекомендации по ведению переписки с минимальными рисками для компании.

### **Картельные соглашения**

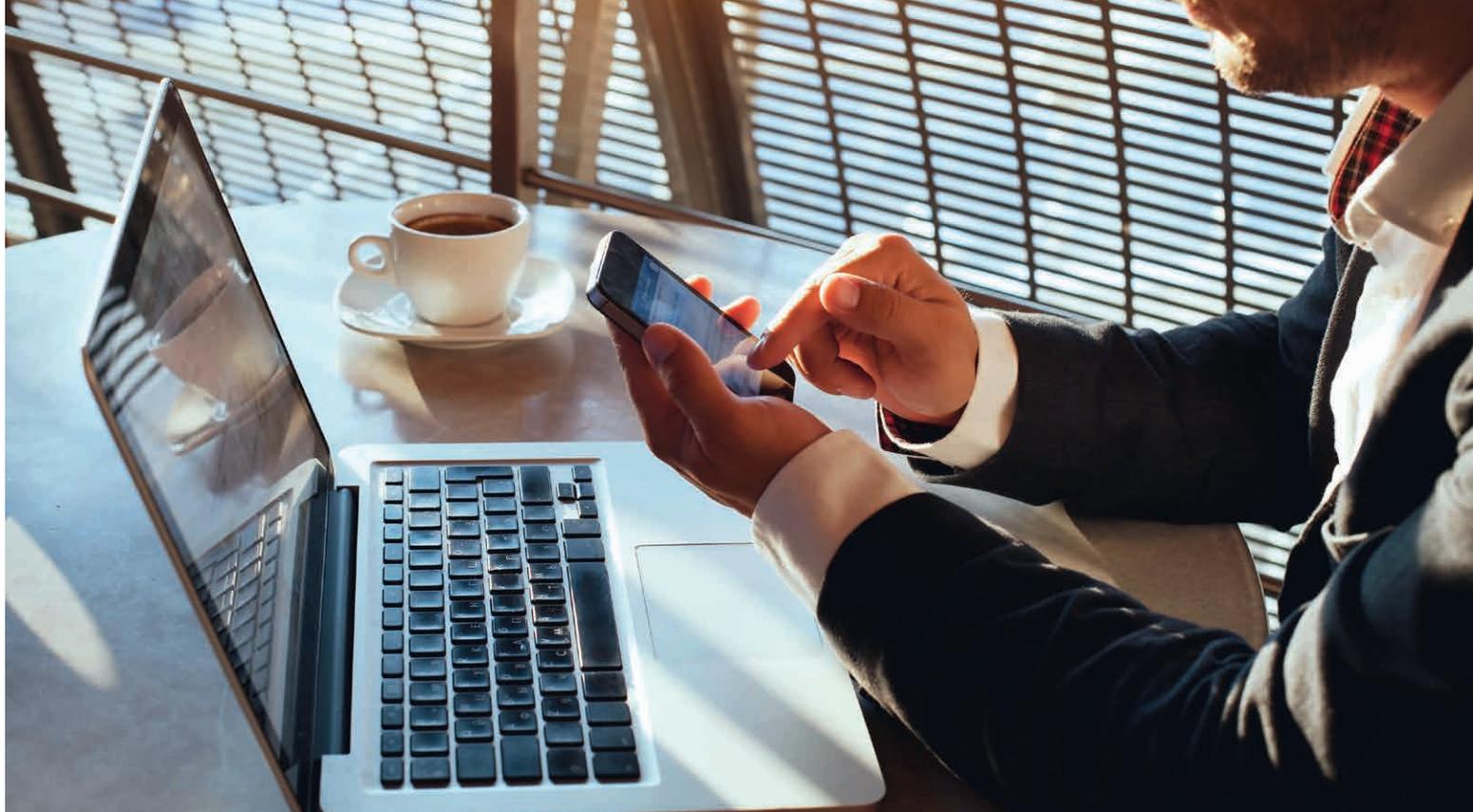
Согласно ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) под картелем понимается такое соглашение между хозяйствующими субъектами-конкурентами, которое приводит или может привести к негативным последствиям (установлению или поддержанию выгодных цен, разделу товарного рынка, сокращению или прекращению производства товаров и т.д.). Картельные соглашения считаются самым опасным нарушением антимонопольного законодательства, именно этим объясняется активное формирование практики их расследования, особенно в секторе государственных закупок.

До 2007 г. стандарты доказывания картельного соглашения были крайне высоки — вплоть до обязательного наличия подписей и печатей участников сговора на письменном документе. В настоящее

время такое соглашение может быть заключено в любой форме, даже в устной, однако, как показывает практика, ведущую роль в доказывании существования картелей, без сомнения, играет деловая переписка.

Практически любая компания ведет переписку со своими конкурентами. Такие действия сами по себе не считаются нарушением, они допустимы и часто являются экономически обоснованными. Более того, компании-конкуренты объединяются в ассоциации и союзы для достижения общепромышленных целей. Однако, даже если их сотрудники не имели намерения заключить картельное соглашение, неаккуратное использование ряда фраз и выражений может быть расценено антимонопольной службой как доказательство нарушения.

Каким образом ФАС получает доступ к деловой переписке на практике? При поступлении информации о признаках нарушения положений ст. 11



Закона о защите конкуренции ФАС проводит внеплановую выездную проверку (так называемый рейд на рассвете). Основная цель такой проверки заключается в копировании электронных документов и информации с использованием специального программного комплекса для проведения анализа на предмет наличия нарушений.

С учетом перехода деловых коммуникаций на уровень гаджетов помимо электронных писем в копируемую переписку могут попасть сообщения, отправленные с рабочих устройств с использованием мессенджеров (Skype, Viber, WhatsApp и др.<sup>1</sup>). Впоследствии для того, чтобы среди огромного объема ежедневной корреспонденции сотрудников найти письма, подтверждающие наличие нарушений, ФАС использует автоматизированный поиск по ключевым словам.

Анализ практики антимонопольной службы позволяет выделить следующие ключевые индикаторы, истолковываемые регулятором как признаки наличия нарушений: неформальная лексика, двусмысленные выражения, переписка с неустановленным адресатом, регулярное получение писем сомнительного содержания. Рассмотрим их подробнее.

#### НЕФОРМАЛЬНАЯ ЛЕКСИКА

Разумеется, сами по себе просторечные слова и выражения («схема», «игра», «расклад» и т.п.), шифрование темы и содержания сообщения («операция Ы» и т.п.) не свидетельствуют о наличии соглашения. Однако их употребление характерно для неофициальных или даже дружественных отношений между сотрудниками компаний-конкурентов. В связи с этим высока вероятность того,

## Чтобы среди огромного объема ежедневной корреспонденции сотрудников найти письма, подтверждающие наличие нарушений, ФАС использует автоматизированный поиск по ключевым словам

что письма такого характера привлекут внимание ФАС и будут истолкованы ею как косвенное доказательство сговора.

#### ДВУСМЫСЛЕННЫЕ ВЫРАЖЕНИЯ

Фразы двоякого смысла в отрыве от контекста обычно воспринимаются антимонопольной службой негативно. Например, приглашение от конкурента на встречу с пунктом повестки «XXX тыс. рублей на шестерых. План действий» по внешним признакам, вероятнее всего, будет истолковано не в пользу компании. В действительности же такие сообщения могут быть следствием совершенно правомерных намерений. Так, в приведенном случае, участники встречи планировали обсудить порядок погашения задолженности общим должником, чтобы не допустить его банкротства.

#### ПЕРЕПИСКА С НЕУСТАНОВЛЕННЫМ АДРЕСАТОМ

Переписка с лицом, использующим зашифрованное название почтового ящика и общедоступный почтовый сервер (например, snouden@mail.ru, 12345@yandex.ru) для решения коммерческих вопросов компании, на практике расценивается как

<sup>1</sup> См., например, Решение ФАС России от 18.11.2016 по делу № 1-00-42/00-22-16, Постановление 11-го ААС от 08.08.2018 по делу № А55-10042/2017 и др.

## Потенциально рискованным действием с точки зрения антимонопольного законодательства также является пересылка писем с личного почтового ящика сотрудника на рабочий, и наоборот

намерение скрыть адресата. Потенциально рискованным действием с точки зрения антимонопольного законодательства также является пересылка писем с личного почтового ящика сотрудника на рабочий, и наоборот. ФАС может решить, что таким образом сотрудник выводит информацию из компании, чтобы впоследствии передать ее конкуренту и согласовать с ним поведение на рынке.

### РЕГУЛЯРНОЕ ПОЛУЧЕНИЕ ПИСЕМ СОМНИТЕЛЬНОГО СОДЕРЖАНИЯ

ФАС вряд ли станет игнорировать периодически поступающие в адрес компании от конкурентов письма, в содержании которых усматриваются признаки антимонопольного нарушения (например, предложения о разделе территории поставок, об участии в аукционах). Отсутствие однозначного отказа со стороны компании от подобных предложений для антимонопольного органа послужит свидетельством о наличии иных коммуникаций, например, устного общения.

Понимание сотрудниками ситуаций, приведенных в качестве типичных примеров, прозрачная переписка с конкурентами с соблюдением ключевых правил (формального стиля, однозначности толкования и т.д.) существенно снижают вероятность возникновения вопросов со стороны антимонопольных органов.

### Координация экономической деятельности

Под координацией экономической деятельности в ч. 5 ст. 11 Закона о защите конкуренции понимается согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим с ними в одну группу лиц и не осуществляющим деятельность на том же товарном рынке (то есть не являющимся их конкурентом), если такая координация приводит к последствиям, указанным в ч. 1–3 данной статьи (установление или поддержание цен, раздел товарного рынка, сокращение или прекращение производства товаров и т.д.). На практике обвинение в координации чаще всего предьявляется

некоммерческим объединениям юридических лиц (ассоциациям, союзам) в отношении их участников либо производителям товара в отношении их дилеров и дистрибьюторов.

Координация предполагает активные действия в отношении координируемых субъектов. Так, координатор может обещать преимущества и скидки за определенное поведение (например, за предоставление дистрибьютором отчета о заявках на товар<sup>2</sup>), запрещать поставки в адрес определенных лиц, угрожать наступлением негативных последствий за нарушение рекомендаций, фиксировать цены.

В качестве примера активного использования переписки для доказывания данного нарушения можно привести недавнее дело о координации цен дочерней компанией производителя смартфонов в отношении реселлеров<sup>3</sup>. В результате анализа электронных писем сотрудников компаний, проведенного антимонопольной службой, было установлено, что отдельные работники компании-координатора контролировали цены реселлеров путем получения отчетов, и в случае установления «неподходящей» цены оказывали на последних воздействие с целью ее изменения.

Помимо слов с яркой эмоциональной негативной окраской («избавиться», «наказать», «проучить», «запретить» и т.п.) индикаторами признаков координации в переписке могут быть и слова, обычные для коммерческой практики («бонус», «поощрение», «скидка», «благодарность», а также их производные формы). Поскольку данные слова постоянно употребляются при согласовании условий сотрудничества и полный отказ от них в переписке невозможен, включая таковые в текст письма, необходимо следить за тем, чтобы они ни при каком толковании не свидетельствовали о намерении согласовать действия третьих лиц и добиться от них единообразного поведения.

### Злоупотребление доминирующим положением

Запрет на злоупотребление доминирующим положением закреплен в ст. 10 Закона о защите конкуренции. В отличие от ранее рассмотренных нарушений данный запрет касается не всех компаний, а только тех, которые занимают существенную долю того или иного рынка. Критерии определения доминирующего положения указаны в ст. 5 Закона о защите конкуренции. Исходя из формулировок законодательства основные риски нарушения такого запрета лежат на компаниях, доля

<sup>2</sup> Постановление ФАС УО от 29.04.2011 по делу № А76-15244/2010-45-358.

<sup>3</sup> Решение ФАС России от 27.03.2017 по делу № 1-11-59/00-22-16.

которых на рынке составляет 35% и более. В то же время в отдельных случаях (например, при выявлении факта коллективного доминирования в соответствии с ч. 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции либо в случаях, прямо установленных отраслевым законодательством) возможно признание факта доминирования в отношении хозяйствующих субъектов с меньшей долей рынка.

При выявлении нарушений положений ст. 10 Закона о защите конкуренции ФАС также использует переписку с участием лица, в отношении которого рассматривается дело. В разъяснениях Президиума ФАС РФ указывается, что поведение, свидетельствующее о злоупотреблении доминирующим положением, может выражаться, в частности, в направлении контрагентам и иным лицам писем, уведомлений, оферты или акцепта, а также в сообщении им какой-либо информации<sup>4</sup>. В то же время следует отметить, что в таких делах переписка играет скорее второстепенную роль.

Чаще всего с использованием переписки доказываются следующие нарушения по данной статье: навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора; экономически или технологически необоснованные отказ либо уклонение от заключения договора; создание дискриминационных условий. Как видно из приведенного перечня, переписка в качестве доказательства нарушения чаще всего используется в делах, где затрагиваются интересы конкретных либо потенциальных контрагентов компании-доминанта. Рассмотрим особенности выявления в переписке каждого из перечисленных видов нарушений и возможности минимизации рисков для компаний, занимающих доминирующее положение.

#### НАВЯЗЫВАНИЕ УСЛОВИЙ ДОГОВОРА

Предмет доказывания по делам о навязывании контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, предполагает установление, в частности, двух крайне оценочных обстоятельств: факта навязывания и фактической невыгодности.

Навязывание может быть выражено несколькими способами. Наиболее распространенным является направление контрагенту типовой формы договора с потенциально невыгодными условиями и последующее уклонение от обсуждения поступающих с его стороны предложений или правок<sup>5</sup>. Еще один способ, который, вероятно, будет расценен как навязывание, — это направление контрагенту писем,

из содержания которых прямо следует невозможность согласования условий, отличающихся от уже направленных. Антимонопольный орган и суды будут оценивать, мог ли контрагент реализовать свое субъективное право на представление возражений относительно предложенных условий договора<sup>6</sup>. Также оценке подлежит вероятность наступления негативных для контрагента последствий в случае непринятия условия (например, наличие в переписке угроз применения санкций)<sup>7</sup>. Таким образом, любое упоминание в переписке о том, что у контрагента отсутствует выбор и имеются только те варианты, которые предлагает компания, может стать доказательством нарушения.

Для минимизации рисков можно использовать различные стратегии. Например, компании рекомендуется отмечать потенциальный положительный эффект для контрагента в случае сохранения в договоре того или иного условия. Кроме того, надо предлагать контрагенту альтернативные варианты условий, которые представляются невыгодными.

При этом в переписке и при дальнейших действиях следует соблюдать баланс: согласование с конкретным контрагентом каких-либо условий, отличающихся от типовой формы договора, не должно приводить к дискриминации других контрагентов компании. В этой связи ФАС, как правило, положительно оценивает наличие у компаний-доминантов единообразного подхода к определенным группам контрагентов, а также наличие коммерческой политики либо иного внутреннего документа, регламентирующего деятельность по работе с контрагентами. Такая политика в числе прочего может предусматривать случаи, условия и пределы возможного отклонения от типовых условий договоров. Чем прозрачнее у компании-доминанта выстроена работа с контрагентами, тем ниже риск признания ее нарушителем рассматриваемого запрета.

#### НЕОБОСНОВАННЫЙ ОТКАЗ ЛИБО УКЛОНЕНИЕ ОТ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРА

Признаками необоснованного отказа или уклонения от заключения договора могут служить: отсутствие объективных причин для такого отказа, наличие возможности исполнить договор, отклонение от обычной модели поведения при схожих обстоятельствах, а также проведение проверки контрагента по непрозрачной процедуре либо на соответствие избыточным, по мнению ФАС, требованиям<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> См.: Постановление 4-го ААС от 10.05.2016 по делу № А19-16275/2015.

<sup>7</sup> См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 21.07.2011 по делу № А70-9276/2010.

<sup>8</sup> Решение ФАС России от 08.04.2014 по делу № 1-10-248/00-18-13; Постановление 9-го ААС от 26.02.2015 по делу № А40-72433/14.

<sup>4</sup> Разъяснения Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции».

<sup>5</sup> См.: Постановление 8-го ААС от 21.01.2016 по делу № А75-9667/2015.

## Использование рекомендаций в деловой практике может стать существенным вкладом в построение системы антимонопольного комплаенса компаний

При составлении писем, извещающих потенциальных контрагентов об отказе в заключении договора, акцент желательно делать на объективные основания (например, у компании отсутствуют свободные объемы товара для поставки, или задерживается поставка товара от производителя). Уважительной причиной для отказа также будет указание на риск неисполнения уже заключенных договоров в случае заключения договора с обратившимся лицом. Если отказ связан с несоответствием потенциального контрагента каким-либо критериям, можно сослаться на коммерческую политику либо на обычную практику компании, указав контрагенту на условия, при соблюдении которых он сможет претендовать на заключение договора. Компания-доминант всегда должна быть готова представить доказательства обстоятельств, в связи с которыми она отказала потенциальному контрагенту в заключении договора, так как при рассмотрении дел ФАС, как правило, запрашивает информацию и документы, подтверждающие обоснованность отказа.

### СОЗДАНИЕ ДИСКРИМИНАЦИОННЫХ УСЛОВИЙ

Под созданием дискриминационных условий законодательство и практика понимают установление неравных условий работы с однородной категорией контрагентов. Факт установления неравных условий, как правило, оценивается путем анализа заключенных с контрагентами договоров и выявления необоснованных различий в подходе к разным контрагентам без достаточных оснований. Однако в качестве дополнительного доказательства ФАС может использовать и переписку, в которой стороны договариваются об отступлении от общих правил в отношении конкретного контрагента.

Если один из контрагентов направляет в адрес компании, занимающей доминирующее положение, запрос на согласование индивидуальных условий сотрудничества (например, предоставление рассрочки платежа), необходимо понимать, при каких обстоятельствах такие условия могут быть согласованы. Практика исходит из того, что при дифференциации

того или иного условия в отношении конкретного контрагента подобное отступление от общего правила должно иметь обоснование. В качестве такового можно использовать следующие объективные факторы: отличия в объемах и периодичности закупок товара контрагентом, особенности качественных характеристик товара либо способа его производства, длительность коммерческого сотрудничества, факты нарушения договора контрагентом<sup>9</sup>.

Если в компании действует коммерческая политика, сотрудникам следует руководствоваться ее положениями и согласовывать с контрагентами условия в соответствии с ней. Важно отметить, что условия работы с контрагентами, обладающими сопоставимыми характеристиками, не должны отличаться. Например, если компания согласовала с одним контрагентом более выгодный порядок оплаты в связи с длительностью коммерческого сотрудничества, то при прочих равных условиях аналогичное условие должны быть согласовано и с другими контрагентами, работающими с компанией в течение такого же периода.

### Рекомендации

Дополнительно отметим, что приведенные подходы ФАС к оценке переписки сотрудников, допустимости употребления слов и выражений распространяются и на вложения в электронные письма (проекты документов, протоколы совещаний, скриншоты переписки из мессенджеров и т.д.). Помимо содержания таких вложений предметом оценки ФАС становятся свойства пересылаемых файлов (авторы, дата создания и изменения и пр.). Совпадение свойств файлов, обнаруженных на рабочих устройствах сотрудников компаний-конкурентов, нередко приводит к негативным выводам при расследовании нарушений по ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, изложенные в статье рекомендации применимы к внутренней переписке сотрудников, которая традиционно носит менее формальный характер и, следовательно, потенциально порождает описанные риски вследствие использования просторечных слов и двусмысленных выражений (например, при описании взаимоотношений с конкурентами, контрагентами и иными лицами). Использование приведенных рекомендаций в деловой практике может стать существенным вкладом в построение системы антимонопольного комплаенса компаний и значительно снизить их имущественные и репутационные издержки. 

<sup>9</sup> Постановление АС СКО от 22.01.2016 по делу № А25-1741/2013, Постановление 13-го ААС от 02.02.2017 по делу № А42-5974/2015; Постановление ФАС ВВО от 02.11.2010 по делу № А82-19870/2009; Постановление ФАС МО от 26.06.2012 по делу № А40-67276/11-149-391.