



Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

КОНКУРЕНЦИЯ В РЫНОЧНОЙ ЭКОНОМИКЕ ПРЕДЕЛЫ СВОБОДЫ И ОГРАНИЧЕНИЙ

Монография

Ответственный редактор
доктор юридических наук
А.В. Габов

Москва
2016

УДК 346.546
ББК 67.404.06
К64

*Издание подготовлено к XI Ежегодным научным чтениям,
посвященным памяти профессора С.Н. Братуся*

*Одобрено секцией «Частное право» Ученого совета
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Редакционная коллегия:

А.В. Габов (председатель), М.Л. Шелютто, О.А. Символоков

Рецензенты:

О.А. Городов — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры коммерческого права ФГБОУ ВПО «Санкт-Петербургский государственный университет»;

А.Ф. Ноздрачев — доктор юридических наук, профессор, заведующий отделом административного законодательства и процесса (ИЗиСП)

К64 Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: монография / А.В. Габов, Е.Е. Никитина, С.А. Синицын и др.; отв. ред. А.В. Габов. — М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИД Юриспруденция, 2016. — 384 с.

ISBN 978-5-9516-0787-4

Конкуренция — одна из основ современного экономического строя, поддержка которой гарантируется российским правом.

Исследование направлено на выявление пробелов, противоречий и трудностей применения законодательства о защите конкуренции, а также на их преодоление.

В монографии раскрываются различные подходы к определению конкуренции, выявляются признаки недобросовестной конкуренции, а также институциональные и отраслевые особенности правового регулирования конкурентных отношений; устанавливается соотношение антимонопольного регулирования с правом интеллектуальной собственности. Проанализированы деятельность антимонопольных органов и меры юридической ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Для научных работников, юристов-практиков, сотрудников государственных органов, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для широкого круга читателей, интересующихся состоянием и перспективами развития конкурентного права.

УДК 346.546
ББК 67.404.06

ISBN 978-5-9516-0787-4



9 785951 607874 >

ISBN 978-5-9516-0787-4

© Институт законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации, 2016

The Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation

**COMPETITION
IN A MARKET
ECONOMY
THE LIMITS OF FREEDOM
AND RESTRICTIONS**

Monograph

Executive Editor
Doctor of Law
A.V. Gabov

Moscow
2016

*Publication is edited for XI Annual Scientific Conference dedicated
to the memory of Professor S.N. Bratus*

*Approved by section «Private Law» of the Academic Council
of the Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation*

Editorial Board:

A.V. Gabov, M.L. Shelytto, O.A. Simvolokov

Reviewers:

O.A. Gorodov — doctor of Law, Professor, Professor of the Department of
Commercial Law at St. Petersburg State University;

A.F. Nozdrachev — doctor of Law, Professor, Head of the Department of
Administrative Law and Process (ILCL)

**Competition in a market economy: the limits of freedom and re-
strictions:** monograph / A.V. Gabov, E.E. Nikitina, S.A. Sinitsyn
etc.; executive editor A.V. Gabov. — M.: The Institute of Legislation
and Comparative Law under the Government of the Russian Federa-
tion; Jurisprudence. — 384 p.

ISBN 978-5-9516-0787-4

Competition is one of the foundations of the modern economic system, which guaranteed the whole system of Russian law.

The study aims at identifying gaps, contradictions and difficulties of application of the legislation on protection of competition and overcome them.

The monograph reveals the doctrinal and normative understanding of the competition, attention to unfair competition, as well as institutional and sectoral peculiarities of legal regulation of competi-
tion. Revealed the ratio of Antimonopoly regulation of intellectual property law. Assesses the actions
of Antimonopoly authorities for regulation and control of competitive relations. The features of meas-
ures of protection and legal liability for violation of antitrust laws.

For researchers, legal practitioners, government officials, teachers, postgraduates and students
of law schools, as well as for a wide circle of readers interested in the status and prospects of compe-
tition law.

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

А.В. Габов, доктор юридических наук, заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (ИЗиСП) — введение (в соавторстве с С.А. Сеницыным, О.А. Символоковым); вступительная статья «Конкуренция как правовая ценность»;

Е.Е. Никитина, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник отдела конституционного права ИЗиСП — § 1 главы 1;

С.А. Сеницын, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник отдела гражданского права и процесса ИЗиСП — введение (в соавторстве с А.В. Габовым, О.А. Символоковым); § 2 главы 1;

В.П. Камышанский, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Кубанского государственного аграрного университета, директор НИИ актуальных проблем современного права, почетный работник высшего профессионального образования РФ — § 3 главы 1;

А.Я. Капустин, доктор юридических наук, профессор, первый заместитель директора ИЗиСП, президент Российской ассоциации международного права, заместитель председателя Международного союза юристов, председатель комиссии по международному праву Ассоциации юристов России — § 4 главы 1;

Н.М. Казанцев, доктор юридических наук, кандидат экономических наук, профессор, заведующий отделом экономико-правовых проблем государственного и муниципального управления ИЗиСП — § 5 главы 1;

А.Я. Рыженков, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и предпринимательского права Калмыцкого государственного университета — § 6 главы 1;

Е.В. Оболонкова, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник отдела гражданского права и процесса ИЗиСП — § 7 главы 1;

А.Ф. Пьянкова, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Пермского государственного национального исследовательского университета — § 8 главы 1;

Е.С. Хохлов, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА им. О.Е. Кутафина — § 9 главы 1;

С.А. Хабаров, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права юридического факультета им. М.М. Сперанского Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ — § 10 главы 1;

С.А. Парашук, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, член Экспертного совета ФАС России по применению антимонопольного законодательства в части недобросовестной конкуренции, руководитель магистерской программы «Конкурентное право» юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова — § 1 главы 2;

Д.А. Петров, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета — § 2 главы 2;

Д.В. Иванова, кандидат юридических наук, доцент Белорусского государственного университета — § 3 главы 2;

М.В. Мещанова, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права юридического факультета Белорусского государственного университета — § 4 главы 2;

А.О. Жунусов, член Коллегии (Министр) по энергетике и инфраструктуре Евразийской экономической комиссии — § 1 главы 3;

А.Н. Варламова, доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова — § 2 главы 3;

О.А. Символоков, кандидат юридических наук, и.о. ведущего научного сотрудника отдела гражданского права и процесса ИЗиСП — введение (в соавторстве с А.В. Габовым, С.А. Синицыным); § 3 главы 3;

О.А. Беляева, доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник отдела гражданского права и процесса, заведующий кафедрой частноправовых дисциплин ИЗиСП — § 4 главы 3;

В.И. Кузнецов, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник отдела административного законодательства ИЗиСП — § 5 главы 3;

Е.И. Трубинова, кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой «Федеральная антимонопольная служба» Финансового университета при Правительстве Российской Федерации — § 1 главы 4;

А.А. Амангельды, доктор юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Евразийской юридической академии им. Д.А. Кунаева (г. Алматы, Республика Казахстан) — § 2 главы 4;

К.А. Писенко, кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры финансового права Российского государственного университета правосудия, доцент кафедры административного и финансового права Российского университета дружбы народов — § 1 главы 5;

А.А. Гогин, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры «Гражданское право, гражданский процесс и трудовое право» Тольяттинского государственного университета — § 2 главы 5;

И.О. Шандиева, заместитель руководителя Московского УФАС России — § 3 главы 5 (в соавт. с А.А. Филатовой);

А.А. Филатова, начальник отдела антимонопольного контроля торгов Московского УФАС России — § 3 главы 5 (в соавт. с И.О. Шандиевой);

А.Ю. Цариковский, статс-секретарь — заместитель Руководителя ФАС России — § 1 главы 6;

М.А. Егорова, доктор юридических наук, доцент, заместитель декана, и.о. заведующего кафедрой предпринимательского и корпоративного права юридического факультета им. М.М. Сперанского Института права и национальной безопасности РАНХиГС, член комитета Торгово-промышленной палаты РФ по безопасности предпринимательской деятельности — § 2 главы 6;

О.П. Франкевич, заместитель начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России — § 3 главы 6;

В.Г. Истомин, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой частного права Уральского института управления (филиал РАНХиГС) — § 4 главы 6;

Т.О. Кошаева, кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник отдела уголовного законодательства; судоустройства ИЗиСП — § 5 главы 6.

AUTHORS

A.V. Gabov, doctor of legal Sciences, Deputy Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation — Introduction (in co-authorship with S.A. Sinitsyn, O.A. Simvolokov); prolusion «Competition as a legal value»;

E.E. Nikitina, candidate of legal Sciences, leading researcher of the constitutional law Department of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation — § 1 of Chapter 1;

S.A. Sinitsyn, candidate of legal Sciences, leading researcher, ILCL — Introduction (in co-authorship with A.V. Gabov, O.A. Simvolokov); § 2 of Chapter 1;

V.P. Kamyshanskii, doctor of legal Sciences, Professor, head of civil law chair of FSBEI HPE “Kuban state agrarian University”, Director of the Institute of urgent problems of modern law, honorary worker of higher professional education of the Russian Federation — § 3 of Chapter 1;

A.Ya. Kapustin, Doctor of Law, Professor, First Deputy Director of ILCL, the President of the International Law Association (Russian Branch), Deputy Chairman of the International Union of Lawyers, the Chairman of the Commission on International Law of the Association of Lawyers of Russia — § 4 of Chapter 1;

N.M. Kazantsev, doctor of legal Sciences, Professor, candidate of economic Sciences, head of the Centre of economic-legal problems of public and municipal administration — § 5 of Chapter 1;

A.Ya. Ryzhenkov, doctor of legal Sciences, Professor, Professor, Department of civil and entrepreneurial law of the Kalmyk state University— § 6 of Chapter 1;

E.V. Oboloncova, candidate of legal Sciences, leading researcher, ILCL — § 7 of Chapter 1;

A.F. Pyankova, candidate of law Sciences, senior lecturer of civil law Department, Perm state national research University — § 8 of Chapter 1;

E.S. Khokhlov, lecturer in competition law at Moscow state law Academy im. O. E. Kutafin, a partner at law firm Antitrust Advisory — § 9 of Chapter 1;

S.A. Khabarov, candidate of legal Sciences, associate Professor of business law and corporate law of the law faculty of them. M.M. Speransky of

the Institute of law and national security of the Russian presidential Academy of national economy and state service under the President of the Russian Federation — § 10 of Chapter 1;

S.A. Parashuk, candidate of legal Sciences, associate Professor, Department of entrepreneurial law of the faculty of FSBEI HPE Moscow state University. M.V. Lomonosov, member of the Expert Council of the FAS of Russia on application of Antimonopoly legislation in terms of unfair competition, the head master's program "Competition law" at the law faculty of MSU named after M. V. Lomonosov — § 1 of Chapter 2;

D.A. Petrov, candidate of legal Sciences, associate Professor, Department of commercial law St. Petersburg state University — § 2 of Chapter 2;

D.V. Ivanova, candidate of legal Sciences, docent of the Belarusian state University — § 3 of Chapter 2;

M.V. Meschanova, candidate of law Sciences, associate Professor of civil law at the law faculty of the Belarusian state University — § 4 of Chapter 2;

A.O. Zhunusov, member of the Board (Minister) for energy and infrastructure of Eurasian economic Commission — § 1 of Chapter 3;

A.N. Varlamova, doctor of legal Sciences, Professor of commercial law at the law faculty of Moscow state University. M.V. Lomonosov — § 2 of Chapter 3;

O.A. Simvolokov, candidate of legal Sciences, acting leading researcher, ILCL — Introduction (in co-authorship with A.V. Gabov, S.A. Sinitsyn); § 3 of Chapter 3;

O.A. Belyaeva, doctor of legal Sciences, leading researcher, head of Department of private law disciplines, ILCL — § 4 of Chapter 3;

V.I. Kuznetsov, candidate of legal Sciences, senior researcher, ILCL — § 5 of Chapter 3;

E.I. Trubinova, candidate of law Sciences, Deputy head of Department of Federal Antimonopoly service of the Financial University under the government of the Russian Federation — § 1 of Chapter 4;

A.A. Amangeldy, doctor of legal Sciences, associate Professor of civil and legal disciplines of the Eurasian legal Academy. D. A. Kunayev (Almaty, Kazakhstan) — § 2 of Chapter 4;

K.A. Pisenko, candidate of legal Sciences, associate Professor, Professor, chair of financial law, Russian state University of justice, associate Professor of the Department of administrative and financial law of the Russian University of friendship of peoples — § 1 of Chapter 5;

Authors

A.A. Gogin, doctor of legal Sciences, associate Professor, Department of Civil law, civil process and labour law of Togliatti state University — § 2 of Chapter 5;

I.O. Shundieva, Deputy head of Moscow OFAS Russia — § 3 of Chapter 5 (in co-authorship with A.A. Filatova);

A.A. Filatova, head of Department of Antimonopoly control of trading of the Moscow OFAS of Russia — § 3 of Chapter 5 (in co-authorship with I.O. Shundieva);

A.Yu. Tsarikovsky, Stats-Secretary — Deputy head of FAS of Russia — § 1 of Chapter 6;

M.A. Egorova, doctor of legal Sciences, associate Professor, Deputy Dean, acting head of Department business law and corporate law of the law faculty of them. M. M. Speransky of the Institute of law and national security of the Russian presidential Academy of national economy and state service under the President of the Russian Federation, member of Committee Trading-industrial chamber of Russia on security of entrepreneurial activities — § 2 of Chapter 6;

O.P. Franskevich, the Deputy chief of Management on struggle against cartels FAS of Russia — § 3 of Chapter 6;

V.G. Istomin, candidate of legal Sciences, Professor, head of Department of private law of Ural Institute of management — § 4 of Chapter 6;

T.O. Koshaeva, candidate of law Sciences, associate Professor, leading researcher, ILCL — § 5 of Chapter 6.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ

(А.В. Габов, С.А. Сеницын, О.А. Символоков) 21

КОНКУРЕНЦИЯ КАК ПРАВОВАЯ ЦЕННОСТЬ

(А.В. Габов) 26

Глава 1

КОНКУРЕНЦИЯ — ЦЕЛЬ И ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

..... 66

§ 1. Экономические права человека
как конституционная основа
развития конкуренции в России
(Е.Е. Никитина) 66

§ 2. Субъективное право на здоровую
конкурентную среду и свободу
добросовестной конкуренции
(С.А. Сеницын) 80

§ 3. Пределы свободы и ограничения прав
как условия конкурентоспособности
рыночной экономики в законодательстве
о защите конкуренции
(В.П. Камышанский) 88

§ 4. Международно-правовое регулирование
конкуренции на универсальном уровне:
состояние и перспективы
(А.Я. Капустин) 97

§ 5. Гиперконкуренция в глобальном мире —
новый вызов российскому праву
(Н.М. Казанцев) 107

§ 6. Основные стратегии правового регулирования
монополистических отношений
(А.Я. Рыженков) 125

§ 7. Становление и развитие законодательства
о конкуренции в России
(Е.В. Оболонкова) 132

§ 8. Уровень конкуренции на рынке
как фактор оценки соотношения
переговорных возможностей сторон
(А.Ф. Пьянкова) 140

Оглавление

§ 9. Понятие доминирующего положения хозяйствующего субъекта в конкурентном праве (Е.С. Хохлов).....	147
§ 10. Экономическая концентрация и проблема конечного выгодоприобретателя (С.А. Хабаров).....	161
Глава 2	
НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ: ПОДХОДЫ К ТОЛКОВАНИЮ И НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	176
§ 1. Общие и специальные запреты недобросовестной конкуренции (С.А. Паращук).....	176
§ 2. Пределы применения норм о недобросовестной конкуренции (Д.А. Петров)	190
§ 3. Соотношение института недобросовестной конкуренции с правом интеллектуальной собственности (Д.В. Иванова).....	207
§ 4. Ограничение автономии воли сторон при определении права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции (М.В. Мещанова)	216
Глава 3	
ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ И ОТРАСЛЕВЫЕ ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ КОНКУРЕНТНЫХ ОТНОШЕНИЙ.....	225
§ 1. Развитие конкуренции на общих рынках энергетических ресурсов Евразийского экономического союза (А.О. Жунусов).....	225
§ 2. Конкурентное право и отраслевые товарные рынки (А.Н. Варламова).....	236
§ 3. Развитие конкурентных отношений на розничных рынках электрической энергии (О.А. Символоков)	244
§ 4. Проблемы толкования понятия «ограничение конкуренции» в сфере публичных закупок (О.А. Беляева).....	253

§ 5. Гособоронзаказ: пределы конкуренции (В.И. Кузнецов)	259
Глава 4	
АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ОХРАНА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ПОИСК БАЛАНСА	266
§ 1. Использование исключительных прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения как акт недобросовестной конкуренции (Е.И. Трубинова)	266
§ 2. Антимонопольное законодательство и защита исключительных прав в Республике Казахстан (А.А. Амангельды)	274
Глава 5	
КОМПЕТЕНЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОРГАНА В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНЦИИ	294
§ 1. Пределы усмотрения органов контроля в сфере защиты конкуренции: проблемы обоснования и правовой регламентации предмета и объема дискреции (К.А. Писенко)	294
§ 2. Полномочия антимонопольных органов по контролю за соблюдением Федерального закона «О рекламе» (А.А. Гогин)	305
§ 3. Контроль за соблюдением требований Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (И.О. Шандиева, А.А. Филатова)	312
Глава 6	
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	318
§ 1. Борьба с картелями как одно из направлений укрепления национальной безопасности России (А.Ю. Цариковский)	318
§ 2. Некоторые проблемы недействительности сделок, нарушающих требования антимонопольного законодательства (М.А. Егорова)	328

Оглавление

§ 3. Некоторые вопросы правоприменительной и судебной практики по делам об антиконкурентных соглашениях (О.П. Франкевич).....	345
§ 4. Особенности защиты прав и законных интересов участников конкурентных отношений (В.Г. Истомин).....	352
§ 5. Уголовная ответственность за преступления, совершенные в сфере конкуренции (Т.О. Кошаева).....	366

CONTENT

INTRODUCTION

(A.V. Gabov, S.A. Sinitsyn, O.A. Simvolokov)	21
--	----

COMPETITION AS A LEGAL VALUE

(A.V. Gabov)	26
--------------------	----

Chapter 1

COMPETITION IS THE AIM AND OBJECT OF LEGAL REGULATION

66

§ 1. Economic human rights as constitutional basis for the development of competition in Russia (E.E. Nikitina)	66
§ 2. Subjective right to a healthy competitive environment and freedom of fair competition (S.A. Sinitsyn)	80
§ 3. The limits of freedom and restrictions of rights, as competitive conditions of the market economy, the law on protection of competition (V.P. Kamyshanskii)	88
§ 4. International legal regulation of competition on the universal level: status and prospects (A.Ya. Kapustin)	97
§ 5. Hypercompetition in a global world – a new challenge Russian law (N.M. Kazantsev)	107
§ 6. Basic strategies of legal regulation of monopolistic relations (A.Ya. Ryzhenkov)	125
§ 7. The formation and development of competition law in Russia (E.V. Oboloncova)	132
§ 8. The level of competition in the market as a factor in the evaluation of the ratio of bargaining power of the parties (A.F. Pyankova)	140

Content

§ 9. The concept of dominant position of an economic entity in competition law (<i>E.S. Khokhlov</i>)	147
§ 10. Economic concentration and the problem of the final beneficiary (<i>S.A. Khabarov</i>)	161

Chapter 2

UNFAIR COMPETITION: APPROACHES TO THE INTERPRETATION AND DIRECTION OF DEVELOPMENT OF LEGAL REGULATION	176
§ 1. General and special prohibitions of unfair competition (<i>S.A. Parashchuk</i>)	176
§ 2. The scope of the rules on unfair competition (<i>D.A. Petrov</i>)	190
§ 3. The ratio of the Institute of unfair competition with intellectual property (<i>D.V. Ivanova</i>)	207
§ 4. The restriction of the autonomy of will of the parties when determining the law applicable to obligations arising from unfair competition and of restriction of competition (<i>M.V. Meschanova</i>)	216

Chapter 3

SECTORAL AND INSTITUTIONAL PECULIARITIES OF REGULATION OF COMPETITIVE RELATIONS	225
§ 1. The development of competition in the common energy market of the Eurasian economic Union (<i>A.O. Zhunusov</i>)	225
§ 2. Competition law and industrial products markets (<i>A.N. Varlamova</i>)	236
§ 3. Development of competition in the retail markets of electric energy (<i>O.A. Simvolokov</i>)	244
§ 4. Problems of interpretation of the concept of “restriction of competition” in the sphere of public procurement (<i>O.A. Belyaeva</i>)	253

§ 5. The state defense order: the limits of competition (<i>V.I. Kuznetsov</i>).....	259
Chapter 4	
ANTITRUST REGULATION AND INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION: FINDING A BALANCE	
	266
§ 1. The use of exclusive rights to brand names and commercial designations as an act of unfair competition (<i>E.I. Trubinova</i>)	266
§ 2. Antitrust and protection of exclusive rights in the Republic of Kazakhstan (<i>A.A. Amangeldy</i>).....	274
Chapter 5	
THE COMPETENCE OF THE ANTIMONOPOLY BODY IN THE SPHERE OF PROTECTION OF COMPETITION	
	294
§ 1. The scope of discretion of authorities in the sphere of competition protection: the problems of justification and legal regulation of the subject and scope of discretion (<i>K.A. Pisenko</i>).....	294
§ 2. The powers of competition authorities to monitor compliance with the Federal law “On advertising” (<i>A.A. Gogin</i>)	305
§ 3. Control over compliance with requirements of the Federal law dated 18 July 2011 No. 223-FZ “On procurement of goods, works, services by separate types of legal entities” (<i>I.O. Shundieva, A. A. Filatova</i>)	312
Chapter 6	
LIABILITY FOR VIOLATION OF ANTIMONOPOLY LEGISLATION.....	
	318
§ 1. The fight against cartels as one of the areas of strengthening the national security of Russia (<i>A.Yu. Tsarikovsky</i>)	318
§ 2. Some problems of the invalidity of transactions that violate the requirements of Antimonopoly legislation (<i>M.A. Egorova</i>).....	328

Content

§ 3. Some of the issues of law enforcement and judicial practices in cases of anticompetitive agreements (<i>O.P. Franskevich</i>)	345
§ 4. Peculiarities of protection of rights and legitimate interests of participants of competitive relations (<i>V.G. Istomin</i>)	352
§ 5. Criminal liability for crimes committed in the field of competition (<i>T.O. Koshaeva</i>)	366

ВВЕДЕНИЕ

*А.В. Габов,
С.А. Сеницын,
О.А. Символоков*

Предметом исследования в монографии, подготовленной к XI Ежегодным научным чтениям «Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений», посвященным памяти профессора С.Н. Братуся, является конкуренция как одна из основ современного экономического строя, поддержка которой гарантируется российским правом.

Выбор темы продиктован научно-практическим значением проблем защиты добросовестной конкуренции и ее ограничений на товарных и финансовых рынках, а также ролью Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации в становлении российской научной школы конкурентного права и законодательства в этой области.

На текущем этапе развития рынка конкурентные отношения формируют одну из наиболее острых и дискуссионных проблем в законодательстве, доктрине и правоприменительной практике. Источники конкурентного права образуют обширный нормативно-правовой массив. Отражением поступательного развития конкурентных отношений стало принятие Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), в котором заложены качественно новые подходы к защите конкуренции. В Закон о защите конкуренции, действующий уже более 10 лет, неоднократно вносились изменения, именуемые «антимонопольными пакетами». На очереди принятие очередного, пятого «пакета».

Особое внимание в ходе совершенствования законодательства о защите конкуренции должно уделяться вопросу обеспечения реализации конституционных положений. Конституция Российской Федерации указывает на необходимость поддержки конкуренции, возводя ее в ранг конституционно защищаемых ценностей. Указанное положение представляется чрезвычайно важным, поскольку с какой бы точки зрения мы не подходили к исследованию этого явления, нельзя не признать: как механизм, способствующий отбору лучшего и передового, конкуренция — это благо для общества, это основа для его здорового развития. Однако одного признания мало для того, чтобы соответствующие конституционные положения были

действительно эффективны. Требуется продуманное законодательство, а в этой части есть множество проблем, которые нуждаются в решении.

Формирование конкурентного законодательства связано с состоянием рыночных отношений и не имеет давней истории, чем обусловлена разработка научно-практических проблем конкурентного права. В трудах С.Н. Братуся раскрывались правовые гарантии статуса субъектов гражданского права, обеспечивающие их свободное участие (от своего имени и в своем интересе) в товарообороте даже в условиях тотального государственного регулирования экономики¹. Его творческое наследие оказалось важным методологическим подспорьем в обосновании защиты и поддержки добросовестной конкуренции при становлении конкурентного законодательства в российской системе права на постсоветском пространстве. В стенах Института была создана научная школа конкурентного права, ярчайшие представители которой (Н.И. Клейн², Г.Е. Авилов³) вошли в число разработчиков и экспертов основных источников конкурентного законодательства (Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»; Федеральный закон от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях»; Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»). В трудах ученых Института были выявлены и научно обоснованы система и источники, базовые институты и понятия антимонопольного (конкурентного) законодательства, выявлена специфика разрешения споров, связанных с

¹ Братусь С.Н. Роль права в развитии советской экономики. М., 1971. С. 32; Идея о расширении автономии предприятий обосновывается С.Н. Братусем в других трудах: Братусь С.Н. Соотношение экономических и административно-правовых методов управления социалистическим производством. М., 1965; Его же: Государственная собственность и имущественные права предприятий // Хозяйство и право. 1989. № 8.

² См., например: Клейн Н.И. Антимонопольное законодательство и законодательство о естественных монополиях: проблемы применения и пути дальнейшего совершенствования // Право и экономика. 1998. № 1; Клейн Н.И. Принцип свободы договора и основания его ограничения в предпринимательской деятельности // Журнал российского права. 2008. № 1.

³ См., например: Авилов Г.Е. Правовые проблемы регулирования отношений в сфере естественных монополий / Г.Е. Авилов, Н.И. Клейн, О. Павлова // Право и экономика. 1994. № 21–22; Его же. Сотрудничество государств СНГ по вопросам антимонопольной политики и развития конкуренции / Н.И. Клейн, Г.Е. Авилов // Законодательство и экономика. 1995. № 3–4; Его же. Применение статей 4 и 18 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» в арбитражной практике / Г.Е. Авилов, Н.И. Клейн // Законодательство и экономика. 2000. № 6.

применением его норм, дифференцированы виды недобросовестной конкуренции и злоупотреблений доминирующим положением, разработаны основы правового положения государственных органов, к полномочиям которых относится противодействие монополизации и недобросовестной конкуренции (антимонопольных органов). Существенный вклад в осмысление проблем конкурентного законодательства внесен учеными Института — авторами учебных пособий, комментариев законодательства и судебно-арбитражной практики¹.

В настоящей монографии комплексно анализируются проблемы правового регулирования конкурентных отношений, выявляются пробелы и противоречия в законодательстве о защите конкуренции, а также формулируются рекомендации по их преодолению.

Монография включает шесть глав, охватывающих как общую проблематику конкурентного права, так и его отдельные институты.

В главе, посвященной общим вопросам, использован подход к рассмотрению конкуренции как к цели и предмету правового регулирования, как к правовой ценности. В этой части предлагается принятие концепции реформирования антимонопольного законодательства, а не очередного «пакета», с детальным анализом различных подходов, альтернатив, формулированием целей, задач и конкретных направлений реформирования, разработкой подробного плана законопроектной работы в этой области, что соответствовало бы современному этапу развития антимонопольного законодательства. Поднимается вопрос о праве на свободу добросовестной конкуренции и здоровую конкурентную среду как особую разновидность субъективных прав в экономической сфере. Обращается внимание на отсутствие гибкой и целенаправленной государственной политики в сфере предоставления преференций и на необходимость выра-

¹ См., например: Предпринимательское право: курс лекций / под ред. Н.И. Клейн. М., 1993; Н.И. Клейн была соавтором других учебных изданий: Конкурентное право Российской Федерации: учебное пособие для вузов / под ред. Н.И. Клейн, Н.С. Фонаревой. М., 1999; Конкурентное право России: учебник / отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. М., 2012 (второе издание учебника опубликовано в 2014 г. и посвящено памяти Н.И. Клейн); Авилов Г.Е., Клейн Н.И. Комментарий к Федеральному закону «О естественных монополиях» // Адвокат. 1996. № 12; Клейн Н.И. Государственный орган или орган местного самоуправления, не являющийся юридическим лицом, может быть ответчиком по делу, возбужденному на основании заявления о признании недействительным акта, принятого им в пределах своей компетенции // Комментарий судебно-арбитражной практики. М., Вып. 2. 1995; Ее же: Применение арбитражными судами антимонопольного законодательства при рассмотрении споров, возникающих в процессе заключения и исполнения договоров энергоснабжения // Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 11. М., 2004.

ботки дополнительных правовых гарантий, обеспечивающих эффективное использование средств государственной поддержки.

В книге уделено внимание проблемам толкования и направлениям развития правового регулирования недобросовестной конкуренции как одного из проявлений антиконкурентного поведения. Действующее антимонопольное законодательство основано на ранее принятой концепции запрещения недобросовестной конкуренции в рамках общего запрета, а также примерного перечня специальных запретов отдельных видов противоправного поведения, который будет дополняться с учетом потребностей правоприменительной практики.

Особенности экономических отношений на соответствующих рынках определяют отличия в регулировании конкурентных отношений, поэтому в монографии предусмотрена отдельная глава, в которой рассмотрены отраслевые и институциональные аспекты регулирования конкурентных отношений. В частности, проанализировано развитие конкуренции на общих рынках энергетических ресурсов Евразийского экономического союза; делается вывод о необходимости учета специфики конкуренции в отдельных отраслях экономики; отмечается, что существует риск превращения отраслевых антимонопольных норм в экономически не обусловленные препятствия развитию конкуренции на соответствующих рынках, например, в сфере электроэнергетики; выявлены причины монополизма гарантирующих поставщиков и отсутствия конкуренции на розничных рынках электрической энергии; отражена специфика соблюдения антимонопольного законодательства при проведении публичных закупок.

В настоящее время продолжается дискуссия о соотношении гражданско-правового и антимонопольного регулирования исключительных прав. Актуальным является вопрос о введении более гибкой системы регулирования рынка интеллектуальных прав: снятие абсолютного запрета на применение антимонопольного законодательства к их регулированию; предоставление больших возможностей по разработке дженериков и др. Требуется найти баланс между недопустимостью недобросовестной конкуренции и интересами правообладателя в сфере интеллектуальной собственности. Вопросам соотношения антимонопольного законодательства и законодательства о защите интеллектуальных прав посвящена специальная глава.

В фокусе исследования также разрешение проблем, связанных с реализацией компетенции антимонопольного органа в области защиты конкуренции. Так, возможным направлением устранения

правовой неопределенности в части разъяснений и рекомендаций по применению антимонопольного законодательства может быть установление их нормативного характера с одновременным законодательным детальным определением порядка их применения.

Исследование завершается главой об ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Сложившаяся экономическая и внешнеполитическая ситуация, стимулирующая рост числа картельных сговоров, их проникновение в стратегические, жизненно важные сферы деятельности государства, составляющие основу национальной безопасности страны, требуют реакции от ФАС России, правоохранительных органов и государства в целом. В монографии отмечается, что нужна консолидация усилий и ресурсов органов государственной власти для отстаивания национальных интересов Российской Федерации. Для достижения положительного результата в борьбе с картелями очень важно предусмотреть конкретные мероприятия по профилактике и противодействию картелям в системе стратегического планирования.

Внедрение частноправовых институтов в регулирование последствий нарушений антимонопольного законодательства должно способствовать наиболее полной и эффективной защите хозяйствующих субъектов, права которых были нарушены в результате антиконкурентного поведения.

Дела о картелях и иных антиконкурентных соглашениях остаются сложной и новой категорией дел как в практике антимонопольных органов, так и в судебной практике и вызывают сложность с точки зрения квалификации и доказывания. В связи с этим первоочередной задачей является формирование единообразных подходов в правоприменительной и судебной практике.

Тема правового регулирования конкуренции имеет комплексный межотраслевой характер. Авторы постарались раскрыть наиболее актуальные проблемы конкурентного права и надеются, что их коллективные усилия положительно отразятся на понимании пределов свободы и ограничений в условиях конкурентных рыночных отношений.

КОНКУРЕНЦИЯ КАК ПРАВОВАЯ ЦЕННОСТЬ

А.В. Габов

Конкуренция — одна из основ современного экономического строя; добросовестная конкуренция и предотвращение монополизации вместе с правом частной собственности, свободой собственности и договора образуют конституционную основу современной рыночной экономики¹. Конкуренция как правовая категория появилась в нашем праве сравнительно недавно, поэтому целесообразно рассмотреть ее природу, особенно с учетом того, что это понятие, прежде всего, экономическое, и развитие отечественного законодательства в этой области.

Советский период характеризовался противоречием в оценке роли конкуренции в экономической жизни общества. Эти противоречия можно заметить в тех частях текстов Конституции СССР 1977 г. и Конституции РСФСР 1978 г., которые посвящены экономической системе. С одной стороны, в советских Конституциях закреплены положения о социалистической собственности как основе экономической системы, что не предполагало частной инициативы в экономике и, соответственно, конкуренции в ее классическом экономическом понимании²; в некоторых сферах государство прямо признавало в качестве безусловной ценности *государственную монополию*³. В то же время они содержали положения, направленные на поощрение новаторства, творческого отношения к работе, активное использование хозяйственного расчета, прибыли, себестоимости, других экономических рычагов и стимулов. Можно вспомнить про *ин-*

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2010 г. № 22-П и определение Конституционного Суда РФ от 2 ноября 2011 г. № 1570-О-О.

² В партийных документах советского периода можно встретить положения о «конкуренции между социалистическими и капиталистическими элементами хозяйства» (см.: резолюция Четырнадцатой конференции РКП(б) 1925 г. (КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. Том третий. 1924—1927. М.: Издательство политической литературы, 1970. С. 189)).

³ В части описания предметов ведения союзного государства ст. 73 Конституции СССР 1977 г. указывала «внешнюю торговлю и другие виды внешнеэкономической деятельности на основе государственной монополии». Ранее Конституция СССР 1936 г. указывала на «внешнюю торговлю на основе государственной монополии» (ст. 14).

ститут социалистического соревнования¹, который некоторые авторы именуют заменой конкуренции в советские годы². Эти примеры показывают, что и в социалистическом обществе была потребность в *отборе лучшего* для получения определенных заданных результатов. Стимулирование соревнования (конкуренции) было всегда³. Следует отметить, что в некоторые конституции государств социалистического лагеря еще в 1970-е гг. были включены положения об ограничении экономической власти и монопольного положения⁴.

Реформа экономических отношений в конце 1980-х — начале 1990-х гг. привела к существенному изменению взглядов на конку-

¹ КПСС неоднократно, со ссылками на работы В.И. Ленина, принимались специальные постановления о социалистическом соревновании (см., например: Постановление ЦК ВКП(б) о социалистическом соревновании фабрик и заводов от 9 мая 1929 г. (КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. Том четвертый. 1927 — 1931. М.: Издательство политической литературы, 1970. С. 264 — 266), постановление ЦК ВКП(б) о социалистическом соревновании в промышленности и сельском хозяйстве от 4 января 1952 г. (КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. Том шестой. 1941 — 1954. М.: Издательство политической литературы, 1970. С. 336 — 340) и др.). О правовых аспектах социалистического соревнования см.: Орлов А.Г. Правовые вопросы организации распространения передовых методов труда и поощрения участников социалистического соревнования в промышленности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1956; Кучма М.И. Премирование работников промышленных предприятий по итогам социалистического соревнования // Ученые записки ВИЮН. Выпуск 17. М., 1969. С. 46 — 62; Гогуев В.К. Правовые основы организации социалистического соревнования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1983; Зеленко Б.И. Правовые вопросы стимулирования участников социалистического соревнования / отв. ред. Р.З. Лившиц. М.: Наука, 1987 и др. работы.

² Сухоруков А.С. Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. С. 4. А.Н. Варламова отмечает, что хотя понятие социалистического соревнования противопоставлялось понятию конкуренции, но преследовало те же цели (Варламова А.Н. Законодательство Российской Федерации о конкуренции: условия возникновения и создания // Право и экономика. 1997. № 13 — 14. С. 3).

Интересно, что в современный период относительно соотношения институтов конкуренции и социалистического соревнования высказана точка зрения о том, что «в условиях рыночной экономики конкуренция все более характеризуется восприятием элементов социалистического соревнования в целях повышения эффективности производства» (Еременко В.И. Правовое регулирование конкурентных отношений в России и за рубежом: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001. С. 20).

³ На предмет существования конкуренции в советское время есть и иная точка зрения: конкуренция в это время отсутствовала (Куншина Л.В. Административная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 3; Владимирова П.Н. Правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 3 и др.).

⁴ См.: Андреева Г.Н. Экономическая конституция в зарубежных странах. М., 2006. С. 124.

ренцию и как на экономическое явление, и как на предмет правового регулирования. М.С. Горбачев, объясняя изменение подходов к экономической политике, предложенное на июньском Пленуме ЦК КПСС 1987 г., отмечал: «предприятия должны быть поставлены в такие условия, когда между ними развертывается *экономическое соревнование* за лучшее удовлетворение спроса потребителей»¹. Соответствующее предложение, очевидно, коррелировало с основной идеей конкуренции — поиском лучшего, что хорошо видно из постановки вопроса: «Как же может двигаться экономика, если она создает тепличные условия для отстающих предприятий и бьет по передовым»². Результатом реализации экономической части решений указанного Пленума ЦК КПСС стал Закон СССР от 30 июня 1987 г. «О государственном предприятии (объединении)», ст. 2 которого установила следующие требования: *предприятия действуют в условиях экономического соревнования между собой, являющегося важнейшей формой социалистического соревнования, за наиболее полное удовлетворение спроса потребителей на эффективную высококачественную и конкурентоспособную продукцию (работы, услуги) с наименьшими затратами*. В этой же статье была указана обязанность государства *ограничивать монопольное положение предприятий как производителей определенного вида продукции (работ, услуг)*.

Позднее «соревнование» перестает быть единственным понятием, обозначающим поиск лучшего, оптимального, эффективного; появляется и термин «конкуренция». Объяснение этому легко найти в работах того периода, поставивших вопрос о так называемом социалистическом рынке как «объективной экономической и социальной реальности»³, о кооперации как о «двигателе перестройки»⁴ со ссылками на работу В.И. Ленина «О кооперации» — о социализме как «обществе с товарным производством, рынком, конкуренцией, валютой, демократией»⁵. Именно в законе, посвященном регулированию кооперации, — Законе СССР от 26 мая 1988 г. № 8998-ХІ

¹ Горбачев М.С. Перестройка и новое мышление для нашей страны и всего мира. М.: Политиздат, 1987. С. 83.

² Горбачев М.С. Указ. соч. С. 83.

³ См.: Яковлев А.Н. Реализм — земля перестройки: Избранные выступления и статьи. М.: Политиздат, 1990. С. 340.

⁴ Там же. С. 336.

⁵ Там же. С. 390. Изучение этой работы (см.: Ленин В.И. Избранные произведения. В 3-х т. Том. 3 (октябрь 1918 г. — март 1923 г.). М.: Политиздат, 1969. С. 711–717) показывает, что специально о роли и значении конкуренции при социализме В.И. Ленин не писал.

«О кооперации в СССР» понятие «конкуренция» впервые появилось в правовом пространстве¹.

Дальнейшее развитие новых институтов (конкуренции, ограничения монопольного положения) нашло отражение в союзных актах 1990 г.: в меньшей степени в Законе СССР от 4 июня 1990 г. № 1529-1 «О предприятиях в СССР», ст. 26 которого лишь указывала на допустимость государственного регулирования цен *на продукцию предприятий, занимающих монопольное положение на рынке товаров*; в большей — в постановлении Совета Министров СССР от 16 августа 1990 г. № 835 «О мерах по демополизации народного хозяйства», которое, наверное, можно считать первым актом, регулировавшим вопросы конкуренции и антимонопольной политики комплексно². Идеологическая установка этого документа была сформулирована предельно ясно: «сложность происходящих в экономике перестроечных процессов и глубина их противоречий в переходный период требуют незамедлительной выработки отвечающих требованиям общественного развития *принципиальных решений по демополизации производства и управления народным хозяйством*, а также безотлагательного их осуществления. Правительство СССР рассматривает эти решения как систему неотложных действий, *закладающих основу для выработки активной общенациональной государственной антимонопольной политики, направленной на развитие конкуренции и создание условий, препятствующих монополистической деятельности участников рыночных отношений и образованию ими монопольных структур*» (курсив наш. — А.Г.). В документе прямо указывалось, что необходимо *придать четкую антимонопольную направленность осуществляемым в ходе экономической реформы изменениям хозяйственного механизма*. Основным направлением государственной политики была объявлена демополизация. Подобная формулировка целей и мер экономической политики может быть

¹ В статье 1 этого Закона отмечалось, что деятельность кооперативов, высокая производительность труда и система его оплаты призваны *стимулировать развитие экономического соревнования, конкуренцию на рынке товаров, работ и услуг как между кооперативами, так и кооперативов с государственными предприятиями и организациями*, способствовать всемерному повышению эффективности хозяйствования.

² До него было принято также постановление Совета Министров СССР от 8 августа 1990 г. № 790 «О мерах по созданию и развитию малых предприятий», в преамбуле которого указывалось, что «развитие малых предприятий *должно способствовать быстрому насыщению рынка товарами и услугами, преодолению отраслевого и регионального монополизма, расширению конкуренции, внедрению достижений научно-технического прогресса, повышению экспортного потенциала*».

объяснена историческим моментом; однако вольное обращение с терминами в этом документе скорее показывает недопонимание предмета: по существу речь шла о борьбе с монополией, которая противопоставлялась конкуренции, т.е. использовалось в большей степени обыденное понимание монополии как «полной противоположности» конкуренции¹ (интересно также, что не определялось и того, что под монополией понимается)².

В 1990 году в Конституцию РСФСР 1978 г. были внесены изменения³, в соответствии с которыми на государство возлагались позитивные обязанности по *недопущению монополизма и пресечению злоупотреблений в хозяйственной деятельности*. Как видно, законодатель формулировал соответствующие ценности по принципу «от противного»: текст Конституции не определял, какие ценности защищаются и приветствуются, указывалось лишь на те действия, которые не соответствуют Конституции, а потому подлежат запрету или ограничению. В силу новизны этих явлений и отсутствия ясного понимания защищаемых позитивных ценностей формулировки запрещаемой деятельности были не вполне определенными: «злоупотребление в хозяйственной деятельности» можно было толковать предельно широко, а при описании монополизма было не совсем ясно: то ли монополия отрицалась вообще как определенный способ организации деятельности, изначально признаваясь негативным явлением, то ли речь шла о неких действиях, которые могли привести конкурентную среду в состояние монополии⁴. Тем более что отдельные акты, которые на тот момент регулировали экономические отношения, с приведенным текстом коррелировали слабо. К приме-

¹ Мизес Людвиг фон. Человеческая деятельность: Трактат по экономической теории / пер. с 3-го испр. англ. изд. А.В. Куряева. М., 2000. С. 262.

² В отношении актов советского периода интересное мнение высказал Г.Г. Агаев, указавший, что предпринятые в то время меры по демополизации носили скорее политико-идеологический, чем экономико-правовой характер; они были направлены не на борьбу с монополизацией, а главным образом на официальное признание этой проблемы (Агаев Г.Г. Правовое регулирование антимонопольной политики: теоретико-организационные аспекты: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 1994. С. 11).

³ Закон РСФСР от 15 декабря 1990 г. № 423-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР».

⁴ Поэтому при оценке соответствующих положений Конституции РСФСР вряд ли можно согласиться с мнением о том, что именно в этом документе был заложен «первый импульс к законодательному регулированию конкуренции и монополии» (Казачкова З.М. Государственное антимонопольное регулирование в России и США: сравнительное правовое исследование: автореф. ... дис. д-ра юрид. наук.. М., 2004. С. 16).

ру, ст. 20 Закона РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности» указывала, что в РСФСР гарантируется «недопущение монопольного положения на рынке отдельных предприятий и их объединений и недобросовестной конкуренции».

В 1991 году были последовательно приняты два специальных закона: российский — Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и союзный — Закон СССР от 10 июля 1991 г. № 2326-1 «Об ограничении монополистической деятельности в СССР», которые сходились как в части предметов регулирования и используемых понятий и правовых средств, так и своих недостатков: информацию о том, какие виды конкуренции, кроме совершенной, государство признает и поощряет, указанные законы не раскрывали. Это, очевидно, отражает некоторый рыночный романтизм той поры, отсутствие четкого понимания экономических законов и ориентацию на совершенную конкуренцию как на идеал — одну из основ нового экономического устройства. Соответствующий подход объясняется, скорее всего, соблюдением так называемого вашингтонского консенсуса¹, частью которого были положения о дерегулировании и развитии конкуренции.

Помимо специальных законов установка на недопущение монополизации, монополистической деятельности прослеживается в законодательстве о приватизации начала 1990-х гг. Собственно приватизация как одна из составных частей вашингтонского консенсуса, по мысли реформаторов, должна была уменьшить власть монополий² (хотя, как указывают некоторые ученые, прямой зависимости здесь может и не быть, и приватизация не обязательно приводит к «ослаблению монопольного эффекта»³). Уже первый российский закон о приватизации (Закон РФ от 3 июля 1991 г. № 1531-1 «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации») указывал на недопустимость создания холдинговых ком-

¹ О том, что вкладывается в это понятие см.: Полтерович В.М. Элементы теории реформ. М., 2007. С. 28–31; Стиглиц Дж. Ревущие девяностые. Семена развала / пер. с англ. и примеч. Г.Г. Пирогова. М., 2005. С. 279–282.

² См.: Полтерович В.М. Указ. соч. С. 391. В некоторых работах отмечается, что «сформировалась опасная точка зрения, согласно которой отказ государства от роли «общественного планировщика» и появление законной частной собственности достаточны для развития конкуренции на российских рынках» (См.: Шаститко А., Авдашева С., Голованова С. Конкурентная политика в период кризиса // Вопросы экономики. 2009. № 3. С. 54).

³ См.: Полтерович В.М. Указ. соч. С. 392.

паний, приводящего к монополизации производства тех или иных видов продукции (работ), оказания услуг. Вполне последовательным это законодательство назвать нельзя, так как в нем использованы понятия, которые не вполне коррелировали с положениями специального антимонопольного законодательства¹. Результаты приватизации в части развития конкуренции в литературе также оцениваются по-разному².

Принятая в 1993 г. Конституция в интересующей нас части содержит положения довольно общего характера³. Статья 8 указывает на *поддержку конкуренции*: «в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности». Статья 34, закрепляя право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, одновременно устанавливает *запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию*.

Какие важные выводы вытекают из данных положений Конституции 1993 г.?

Во-первых, *конкуренция рассматривается как явление экономическое*: обе статьи определяют основы экономической системы. Подчеркнем: конкуренция связывается не только с предпринимательством, соответствующее конкурентное состояние государство долж-

¹ К примеру, Государственная программа приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации, утвержденная Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. № 2284, предусматривала возможность создания *новых общероссийских интегрированных структур монопольного характера* (холдинговых компаний и предприятий, осуществляющих управление акциями создаваемых акционерных обществ).

² В некоторых работах указывается, что проведенная приватизация имела обратный эффект тому, который от нее ожидали, объясняется это не только недостатками самого процесса приватизации, но и отсутствием развитого антимонопольного законодательства (см.: Виноградов В.А. Расчеты и просчеты: к итогам российской приватизационной кампании 1992–1994 годов // Приватизация: глобальные тенденции и национальные особенности / отв. ред. В.А. Виноградов; Ин-т науч. информ. по обществ. наукам РАН. М., 2006. С. 743). Также см.: Клейн Н.И. Антимонопольное законодательство и законодательство о естественных монополиях // Право и экономика. 1998. № 1. С. 44.

³ Интересно, что необходимость поддержки конкуренции, как указывает Г.А. Гаджиев, первоначально не планировалась в тексте Конституции (Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., 2004. С. 206–207).

но поддерживать при регулировании любых экономических отношений.

Во-вторых, конкуренция понимается как процесс¹ (что, на наш взгляд, вытекает из слова «поддержка»), осуществление которого может привести к определенному результату экономической деятельности². Конституционный Суд РФ, истолковывая положения ст. 8 и 34 Конституции, отмечает, что из них вытекает *обязанность государства* по поддержке конкуренции и пресечению монополистической деятельности³, *обязанность (и право) государства: предусматривать меры, обеспечивающие поддержку конкуренции⁴, создавать условия для эффективного функционирования товарных рынков, противодействовать недопущению, ограничению, устранению конкуренции со стороны органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов и организаций⁵, не допускать экономическую деятельность, направленную на монополизацию и недобросовестную конкуренцию⁶.*

¹ Для пояснения этой мысли отметим, что в экономической литературе конкуренция понимается *и как ситуация (результат), и как процесс* (Кирцнер И. Конкуренция и предпринимательство Челябинск: Социум, 2010. С. 94 — 99; Хайек Фридрих А. Индивидуализм и экономический порядок. М.: Изограф, 2000. С. 102–114). В настоящее время преобладающей является вторая точка зрения (в некоторых правовых исследованиях авторы вообще настаивают на единственности и правильности соответствующего подхода (Варламова А.Н. Правовое обеспечение развития конкуренции. М., 2010. С. 16). Объясняя правильность такого подхода, Ф. Хайек писал: «широко распространено мнение, что так называемая теория «совершенной конкуренции» дает подходящую модель для оценки эффективности конкуренции в реальной жизни и что в той мере, в какой реальная конкуренция отклоняется от этой модели, она является нежелательной и даже вредной. Мне подобная установка представляется мало оправданной... то, о чем идет речь в теории совершенной конкуренции, вообще имеет мало прав называться «конкуренцией»... Причина, как мне кажется, кроется в том, что эта теория везде предполагает уже существующим то положение вещей, на создание которого (или приближение к нему), согласно давнему, но более верному подходу, устремлен процесс конкуренции» (Хайек Фридрих А. Указ. соч. С. 102).

² Отметим, что в литературе высказываются и иные точки зрения. К примеру, Д.И. Серегин, анализируя определение конкуренции еще в прежнем антимонопольном законе (которое по структуре не отличается от действующего), отмечал, что «рассмотренные проявления конкуренции» отражают «конкуренцию как статическую категорию» (Серегин Д.И. Недобросовестная конкуренция как правовая категория: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 2002. С. 13).

³ Определения Конституционного Суда РФ: от 16 ноября 2000 г. № 237-О, от 3 апреля 2012 г. № 630-О.

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П.

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 17 января 2013 г. № 1-П.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 31 мая 2005 г. № 6-П.

Государство именно так понимает свои функции в экономической сфере, судя по различного рода политико-правовым документам¹, в которых начиная с 1994 г.² используются такие понятия, как: «развитие конкуренции», «реализация мер по развитию конкуренции», «стимулирование конкуренции», «обеспечение равных условий конкуренции», «поощрение конкуренции» и т.д., а также по общим установкам³.

В-третьих, конкуренция представляет собой конституционную ценность. Конституционный Суд РФ, подчеркивая ее важность, использует формулировку: «конституционный принцип поддержки конкуренции»⁴. Признание поддержки конкуренции конституционно защищаемой ценностью обуславливает необходимость истолкования соответствующего положения с учетом конституционно-правового смысла иных конституционно защищаемых ценностей. Г.А. Гаджиев по этому поводу справедливо отмечает, что «между ценностями, указанными в ч. 1 ст. 8... существуют... не только взаимосвязи, но и особый конституционно-правовой баланс, поддер-

¹ Причем локальные задачи в итоге в этих документах фактически складываются в общую картину через понятие «национальная конкурентоспособность» с формулированием соответствующей цели: «повышение национальной конкурентоспособности» (см., например: Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р).

² См.: Государственная программа демонополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации, утвержденная постановлением Правительства РФ от 9 марта 1994 г. № 191; Программа Правительства Российской Федерации «Реформы и развитие российской экономики в 1995–1997 годах», утвержденная постановлением Правительства РФ от 28 апреля 1995 г. № 439; Программа развития конкуренции в Российской Федерации, утвержденная распоряжением Правительства РФ от 19 мая 2009 г. № 691-р; План мероприятий («дорожная карта») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденный распоряжением Правительства РФ от 28 декабря 2012 г. № 2579-р.

³ См., например, п. 1 Плана мероприятий («дорожная карта») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденного распоряжением Правительства РФ от 28 декабря 2012 г. № 2579-р: «поддержка конкуренции гарантируется Конституцией Российской Федерации, является одной из основ конституционного строя Российской Федерации, а также постоянным приоритетом государственной политики».

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 июня 2015 г. № 17-П.

Г.А. Гаджиев соответствующие конституционные положения (принцип поддержки конкуренции) относит к специальным конституционным принципам рыночной экономики (см.: Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., 2004).

жание которого — задача в первую очередь законодателя и по мере возможностей КС РФ»¹.

Для такого истолкования важно понять: о какой ценности (ценностях) идет речь, когда мы употребляем понятие «поддержка конкуренции». Субъект (лицо) исходя из принципа свободы экономической деятельности в рамках экономических отношений, реализуя свои интересы, имеет право на осуществление деятельности (производство товаров, оказание услуг или выполнение определенных работ). Действуя в собственных интересах, он самостоятельно или совместно с другими субъектами может вести такую деятельность с целью максимизировать ее результаты. Способствовать этому могут и классическое снижение издержек, и технические инновации — создание уникального продукта, заменителя которого нет у других производителей, что приводит к уходу этих производителей с рынка. Конкурентное преимущество может быть получено за счет новой технологии и производства абсолютно инновационного продукта, следствием этого является возникновение нового рынка, исчезновение самой технологии, с которой работают другие производители (а за этим и самих производителей).

Максимизация возможна в том случае, если лицу удастся привлечь для потребления производимых им благ как можно большее число других субъектов — потребителей. Такой охват теоретически обеспечит ему максимизацию результатов, если все или большая часть потребителей будут получать экономические блага именно этого субъекта (и/или связанных с ним лиц²). Достижение подобного результата будет *абсолютным благом для производителя*. Однако этот результат — проблема для потребителей, которые могут оказаться перед фактом диктата цен и снижения качества *при отсутствии выбора*; для других производителей (в том числе потенциальных), которым могут создаваться барьеры для входа на рынок; для госу-

¹ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина. 3-е изд., пересмотр. М., 2013. С. 102 (автор комментария — Г.А. Галджиев).

² Иначе говоря, любой участник конкурентного рынка в идеале стремится к его монополизации, что есть объективный экономический закон. На эту проблему — стремление экономического агента к монополии и вероятность совершения для достижения такого результата действий, направленных на ограничение конкуренции, — которую еще называют «наиболее существенным пробелом рыночного механизма» (Стиглиц Дж. Ревущие девяностые. Семена развала / пер. с англ. и примеч. Г.Г. Пирогова. М., 2005. С. 152), исследователи обращали внимание неоднократно (к примеру: Конкуренция и антимонопольное регулирование: учебное пособие для вузов / под ред. А.Г. Цыганова. М., 1999. С. 3).

дарства, которое может столкнуться сразу с рядом проблем: неэффективность отдельных секторов, рост цен, общее снижение конкурентоспособности и проч.

Ценность конкуренции состоит в том, что *она обеспечивает возможность выбора*, причем *выбора лучшего*¹, и чаще всего — более дешевого, что в итоге приведет 1) к удовлетворению интересов потребителей; 2) эффективности отдельных производителей; 3) поддержанию социальной стабильности в обществе² (при условии учета необходимости поддержки слабых и незащищенных); 4) обеспечению решения государственных задач³. Значение конкуренции заключается и в том, что *создается сопряжение интересов различных участников экономической деятельности*.

В связи с этим возникает задача государства — *в интересах всех* и каждого осуществлять политику по поддержанию конкуренции (как публичного блага) в целом и в отдельных секторах экономики, учитывая их специфику (отсюда естественные монополии) и прочие обстоятельства. Поддерживая конкуренцию (в различных формах, в том

¹ О том, что задачей конкуренции является «отбор лучшего», писал Л. фон Мизес (Мизес Людвиг фон. Социализм. Экономический и социологический анализ. М., 1994. С. 207), рассуждая о социальной конкуренции. По ней он понимал стремление индивидов занять наиболее благоприятное положение в системе общественного сотрудничества, превзойти друг друга (Мизес Людвиг фон. Человеческая деятельность: Трактат по экономической теории / пер. с 3-го испр. англ. изд. А.В. Куряева. М., 2000. С. 259; Его же: Социализм. Экономический и социологический анализ. М., 1994. С. 207)). Данная конкуренция, по его мнению, присутствует в любом представимом способе общественной организации, поскольку «это фундаментальный принцип общественного сотрудничества, без которого немислима общественная жизнь» (Мизес Людвиг фон. Социализм. Экономический и социологический анализ. С. 207).

² Поясним эту мысль. На первый взгляд, реализация принципа социального государства во всех его проявлениях (право на труд, на социальное обеспечение, благоприятную окружающую природную среду и т.д.) — это помеха конкуренции. Можно сказать, что принцип социального государства и принцип поддержки конкуренции — это принципы — конкуренты. Но такой вывод будет очень однобоким, связь этих принципов гораздо сложнее: предоставляемая конкуренцией *возможность выбора* способствует поддержанию социальной стабильности в обществе, а политика, осуществляемая государством для реализации принципа социального государства, способствует сглаживанию «провалов рынка», вследствие чего создает основу для здоровой конкуренции. Нельзя не согласиться с мыслью М.В. Баглая о том, что «цели социального государства достигаются отнюдь не только методами социальной политики» (Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 2005. С. 119).

³ Как образно отмечено в одном издании: «the benefits of competition are lower prices, better products, wider choice and greater efficiency than would be obtained under conditions of monopoly» (Whish Richard, Bailey David. Competition law. Seventh edition. Oxford University Press, 2012. P 4).

числе ограничивая монополизацию), развивая конституционные принципы, государство обеспечивает право всех и одновременно право каждого субъекта экономической деятельности на конкуренцию. Такое субъективное право на конкуренцию имеют как производители благ, так и их потребители, причем имеет его и сам экономический субъект, нацеленный максимизировать результат своей деятельности (стремящийся к монополизму), поскольку для производства своих благ, которые он должен продать на одном рынке, он потребляет необходимые для производства блага на другом рынке, где и выступает потребителем — носителем субъективного права на конкуренцию.

Значение принципа поддержки конкуренции, таким образом, двояко: как подчеркивается в исследованиях, этот принцип служит *ограничителем* экономической свободы¹ (применительно к возможности осуществления одним лицом или группой лиц деятельности в таком объеме, который может привести к негативным последствиям для других лиц), но он же одновременно направлен и на реализацию указанного принципа (поскольку создает возможность для лица участвовать в экономических отношениях). Можно сказать, что любой субъект имеет 1) и субъективное право на осуществление экономической деятельности, пределы которого ограничены интересами других субъектов и публичными интересами, 2) и субъективное право на конкуренцию².

Приведенное объяснение сознательно упрощено, *поскольку в нем исключен фактор институтов и влияние внешних условий*. Между тем «включение» указанных факторов придает определенный модус нашим рассуждениям о содержании принципа поддержки конкуренции. Экономика существует в институциональной среде, главным институтом в которой является государство. Как заметил Пол Кругман, «экономика неизбежно существует в рамках общеполитического контекста»³. Конституционные положения о конкуренции реализу-

¹ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина. 3-е изд., пересмотр. М., 2013. С. 103 (автор комментария — Г.А. Гаджиев). Г.А. Гаджиев отмечает, что «необходимость развития конкуренции может рассматриваться как публичная цель, оправдывающая различные по степени интенсивности ограничения предпринимательской деятельности» (Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). С. 206).

² Некоторые авторы со ссылками на зарубежные исследования указывают здесь на «право на свободную конкуренцию» (Парашук С.А. О конкурентном праве России // Право и бизнес в условиях экономического кризиса: опыт России и Германии. М., 2010. С. 106—107).

³ Кругман П.Р. Возвращение Великой депрессии? Мировой кризис глазами нобелевского лауреата / пер. с англ. В.Н. Егорова, под общ. ред. М.Г. Делягина, Л.А. Амелехина. М., 2009. С. 25.

ются государством в виде определенной политики. Проведение такой политики, особенно учитывая конкуренцию в международных экономических отношениях, требует принятия решений, которые могут привести к ограничению (а иногда запрету) конкуренции для реализации определенных государственных задач. Речь идет о проведении *промышленной политики*¹, когда используются правовые и экономические средства, с помощью которых реализуются протекционистские меры, необходимые для сохранения, развития (стимулирования роста) или создания определенных производств и отраслей. Проведение такой политики может дополняться мерами (и чаще всего дополняется), направленными на *импортзамещающую*² или *экспорториентированную*³ индустриализацию. При анализе без учета институциональных факторов любые действия по реализации такой политики (как и сама эта политика) будут однозначно восприниматься как нарушающие конкуренцию, а потому, если бы мы их рассматривали только с таких позиций, они неконституционны. Однако с точки зрения обеспечения реализации принципа свободы экономической деятельности для резидентов конкретного государства ситуация выглядит иначе: государство ограничивает вход на внутренний рынок иностранных резидентов в целях формирования конкурентной среды или поддержки своих экспорториентированных производителей для создания конкурентоспособных экономических агентов на внешних рынках (т.е. также поддерживает конкуренцию).

Конечно, на уровне конкретных политико-правовых решений перед государством стоит непростой выбор. С одной стороны, либерализация внешней торговли рассматривается как фактор для усиления конкуренции внутри самого государства и снижения монополизации внешнего рынка⁴. Здесь важно не «перегнуть палку» в ограничении внешней конкуренции настолько, чтобы не привес-

¹ О промышленной политике см.: Кругман П.Р., Обстфельд М. Международная экономика. Теория и политика / пер с англ. под ред. В.П. Колесова, М.В. Кулакова. М., 2003. С. 276–296.

² Такое название получила в работах экономистов «стратегия поощрения внутренней промышленности посредством введения ограничений на импорт» (Кругман П.Р., Обстфельд М. Указ. соч. С. 257).

³ Индустриализация, ориентированная преимущественно на внешние рынки (Кругман П.Р., Обстфельд М. Указ. соч. С. 260).

⁴ См.: Джагдиш Бхагвати. В защиту глобализации / пер. с англ. под ред. В.Л. Иноземцева. М., 2005. С. 83–84; Митин А.Н. Что мы знаем о принципах и правилах ВТО? / Право Всемирной торговой организации: влияние на экономику и законодательство государств Европейско-Азиатского региона / отв. ред. В.Д. Перевалов. М., 2014. С. 26 и др.

ти ситуацию к консервации технической отсталости, что в конечном счете приведет к снижению конкуренции (и конкурентоспособности государства в целом). С другой стороны, либерализация внешней торговли хороша, когда речь идет о нескольких одинаково сильных экономиках, ни одна из которых не проигрывает от такой либерализации (в форме деиндустриализации, вывоза капитала, потери части населения и т.д.). Если же в торговле участвуют неравномерные экономики, либерализация может привести к выигрышу в конкуренции производителей, представляющих сильные внешние экономики, и к проигрышу слабых экономик вплоть до утраты экономического суверенитета, когда о поддержке конкуренции станет просто бессмысленно говорить.

Хорошей иллюстрацией к этому тезису служит высказывание *И. Валлерстайна* о том, что «существует особая выгода быть предпринимателем из сильной по мировым меркам страны. Определенное позиционирование страны в межгосударственной системе дает предпринимателям явные преимущества. Мощные государства способны, например, препятствовать более слабым вводить особые, обладающие монопольным характером преференции собственным гражданам или местным предпринимателям»¹. Нельзя не учитывать и то, что продвижение идей о либерализме во внешней торговле может иметь характер вполне осмысленной политики, направленной на получение экономическими агентами из более сильной экономики конкурентных преимуществ за счет фактического разрушения более слабых экономик. Это хорошо понимаешь, читая рассуждения *Д. Стиглица* о триумфе и поражении идей «вашингтонского консенсуса» в различных странах: «в Соединенных Штатах мы признавали границы рыночного механизма и считали, что государство должно играть важную (хотя и ограниченную) роль. Но хотя мы сами не верили в рыночный фундаментализм как в концепцию, согласно которой рыночный механизм может решить все проблемы экономики (и общества), мы пропагандировали рыночный фундаментализм для всего мира»² (курсив наш. — А.Г.). Как отметил *Г. Колодко*, «пренебрежение региональной и национальной спецификой под стандартным и вместе с тем наивным лозунгом неолиберализма *one size fits all*, т.е. призывом игнорировать специфику в экономической политике,

¹ Валлерстайн И. Конец знакомого мира: Социология XXI века / пер. с англ. под ред. В.И. Иноземцева. М., 2004. С. 90–91.

² Стиглиц Дж. Революция девяностые. Семена развала / пер. с англ. и примеч. Г.Г. Пирогова. М., 2005. С. 280.

многим странам вышло боком. Но не без того, что кое-кто нагрел на этом руки»¹.

Конституция РФ не дает ясного понимания, *поддержку какой конкуренции (какого вида) она предполагает*. С учетом истолкования, которое было дано Конституционным Судом РФ², можно утверждать однозначно, что речь идет о *добросовестной конкуренции*. Указанная характеристика тем не менее не дает ответа на поставленный вопрос с учетом того, как понятие «конкуренция» раскрывается в экономических исследованиях. В них общее определение конкуренции часто совпадает с определением *конкуренции совершенной* (или *чистой*)³. Однако в экономической теории предметом изучения также является *несовершенная конкуренция*, т.е. ситуация, когда один продавец или покупатель достаточно велик, чтобы оказывать воздействие на рыночную цену⁴. К видам такой конкуренции относят: *монополистическую конкуренцию*⁵, *олигополию*⁶ и *монополию*, которую называют «крайним»⁷, или «простейшим»⁸, случаем несовершенного рынка.

Конституция РФ не отсылает и к какому-либо специальному закону, которым следовало бы определить конкуренцию и ее границы. Однако понимание того, что является конкуренцией при истолковании соответствующих положений Конституции, возможно только с учетом положений специальных законов, которые это определение содержат и которые были приняты после вступления в силу Конституции РФ 1993 г.⁹

¹ Колодко Гжегож В. Мир в движении / пер. с пол. Ю. Чайникова. М., 2009. С. 27.

² В Постановлении Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2010 г. № 22-П и в определении Конституционного Суда РФ от 2 ноября 2011 г. № 1570-О-О.

³ См. определения и признаки такой конкуренции в экономических исследованиях: Самуэльсон Пол А., Нордхаус Вильям Д. Экономика / пер. с англ. М., 1997. С. 785. Шерер Ф., Росс Д. Структура отраслевых рынков / пер. с англ. М., 1997. С. 17; Кирцнер И. Указ. соч. С. 28.

⁴ Самуэльсон Пол А., Нордхаус Вильям Д. Указ. соч. С. 785.

⁵ Там же. С. 787; Чемберлин Э.Х. Теория монополистической конкуренции / пер. с англ. Э.Г. Лейкина, Л.Я. Розовского / под ред. О.Я. Ольсевича. М.: Издательство иностранной литературы, 1959. С. 41.

⁶ Самуэльсон Пол А., Нордхаус Вильям Д. Указ. соч. С. 789.

⁷ Фишер С., Дорнбуш Р., Шмалензи Р. Экономика / пер. с англ. со 2-го изд. М., 1998. С. 192.

⁸ Кругман П.Р., Обстфельд М. Указ. соч. С. 115.

⁹ В некоторых исследованиях эта связь указывается следующим образом: «законодательство о конкуренции, базирующееся на конституционно-правовых нормах, является одним из ключевых элементов конституционно-правового регулирования конкуренции» (Сухоруков А.С. Указ. соч. С. 3).

В частности, в Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (в редакции 1995 г.¹) конкуренция была определена так: «состязательность хозяйствующих субъектов, когда их самостоятельные действия эффективно ограничивают возможность каждого из них односторонне воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке». Сходное определение² закреплено в ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»: «конкуренция — соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке».

Сопоставляя эти определения с тем, как понимается конкуренция в экономических исследованиях, можно сделать вывод: когда Конституция использует слово «конкуренция», речь идет о конкуренции совершенной³. Подобное понимание объяснимо с экономической точки зрения: считается, что именно такая конкуренция «есть благо для экономики в целом, поскольку она приводит к эффективному распределению ресурсов, т.е. такому, при котором ресурсы не расстрачиваются впустую»⁴.

Этот вывод создает проблему, связанную с понятием монополия и его использованием в законах и иных нормативных правовых актах.

Монополию ни Конституция, ни специальные законы не определяют и не запрещают. Собственно, такой запрет выглядел бы крайне странно на фоне приведенных выше результатов экономи-

¹ В редакции Федерального закона от 25 мая 1995 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

² Замена слова «состязательность» на «соперничество» и некоторые другие стилистического характера различия не имеют здесь значения.

³ Для такого вывода достаточно посмотреть определения и признаки такой конкуренции в экономических исследованиях (см.: Самуэльсон Пол А., Нордхаус Вильям Д. Указ. соч. С. 785. Шерер Ф., Росс Д. Указ. соч. С. 17; Киршнер И. Указ. соч. С. 28 и др. работы).

⁴ Фишер С., Дорнбуш Р., Шмалензи Р. Указ. соч. С. 175. Р. Макконел и С. Брю отмечали: «экономика конкурентных цен стремится распределить ограниченные количества ресурсов, имеющихся в распоряжении общества, таким образом, чтобы максимизировать удовлетворение потребностей» (Макконел Кэмпбелл Р., Брю Стэнли Л. Экономика: Принципы, проблемы и политика. В 2 т. / пер с англ. 11-е изд. Т. 2. М., 1992. С. 84–85).

ческих исследований (монополия признается не чем иным, как видом конкуренции (пусть и несовершенной)).

Отметим также, что в России признается (применительно к объектам интеллектуальной собственности) «*легальная монополия*»¹. В прошлом нормативные документы признавали и так называемую временную монополию². Тем не менее полной определенности в отношении монополии нет, что можно продемонстрировать на нескольких примерах.

Первый из них — естественная монополия³. Экономисты понимают под ней (в самом общем виде) монополию, возникающую вследствие того, что единственная фирма обеспечивает рынок каким-либо товаром или услугой с меньшими издержками, чем это сделали бы две или более фирмы⁴. Попытки перенесения в правовую плоскость результатов экономических исследований в части естественных монополий имели место в 1994–1995 гг., когда сразу в нескольких подзаконных актах были даны соответствующие определения⁵, имевшие различия (причем, иногда существенные). В 1995 году был принят Федеральный закон от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях», ст. 3 которого дала следующее определение (функциональное, подчеркнем это) естественной монополии: «состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее *в отсутствие конкуренции* (курсив наш. — А.Г.) в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема про-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2004 г. № 171-О.

² См.: Государственная программа демополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации (основные направления и первоочередные меры), утвержденная постановлением Правительства РФ от 9 марта 1994 г. № 191.

³ Такая монополия, как отмечается, чаще всего характерна для рынков услуг (Якобсон Л.И. Экономика общественного сектора: Основы теории государственных финансов. М., 1996. С. 18).

⁴ Мэнкью Н.Г. Принципы экономикс. СПб.: Питер Ком, 1999. С. 319.

⁵ Определение естественной монополии было дано: в Государственной программе демополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации (основные направления и первоочередные меры), утвержденной постановлением Правительства РФ от 9 марта 1994 г. № 191, Указе Президента РФ от 28 февраля 1995 г. № 220 «О некоторых мерах по государственному регулированию естественных монополий в Российской Федерации», Программе Правительства Российской Федерации «Реформы и развитие российской экономики в 1995–1997 годах», утвержденной постановлением Правительства РФ от 28 апреля 1995 г. № 439.

изводства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров».

Даже признавая, что определение носит функциональный характер, нельзя не отметить, что понятие монополии здесь *используется как антипод понятию конкуренции*. Такое вольное отношение к используемым словам и выражениям не может не настораживать. Если Конституция РФ не упоминает о видах конкуренции, которые подлежат безусловной поддержке, и если исходить из экономического анализа, то понятно, что и монополия есть вид конкуренции. Тогда понятны место закона о естественных монополиях и его конституционные основания. Если же монополия — *антипод конкуренции* (а такой подход, видимо, также возможен), то тогда указанный Закон «О естественных монополиях» *неконституционен* в целом.

Другой пример — *государственная монополия*. Возврат к соответствующему понятию (которое использовали конституции советского периода) имел место в новой экономической реальности (после 1991 г.) еще до принятия Конституции РФ 1993 г.¹ Но и после 1993 г., несмотря на отсутствие какого-либо упоминания в тексте Конституции об этом виде монополии, было принято несколько законов и иных правовых актов о такой монополии². Оценка поло-

¹ См.: Указы Президента РФ от 3 июня 1993 г. № 849 «Об усилении государственного контроля за отпуском и реализацией драгоценных металлов и драгоценных камней» и от 11 июня 1993 г. № 918 «О восстановлении государственной монополии на производство, хранение, оптовую и розничную продажу алкогольной продукции».

² Это следующие правовые акты: постановление Правительства РФ от 22 апреля 1994 г. № 358 «О мерах по восстановлению государственной монополии на производство, хранение, оптовую и розничную продажу алкогольной продукции»; Федеральный закон от 13 октября 1995 г. № 157-ФЗ «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» (в настоящее время не действующий), которым была введена (ст. 17) *государственная монополия на экспорт и/или импорт отдельных видов товаров*; Федеральный закон от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции», который (ст. 4) указал, что государственная монополия на производство и (или) оборот этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции *на территории Российской Федерации может вводиться федеральным законом*; Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах», ст. 5 которого введена *государственная монополия на культивирование наркосодержащих растений для ис-*

жений указанных актов затруднена тем, что *нет никаких общих положений о государственной монополии, не ясно, в чем заключается ее «государственность», на каком основании она вводится, в каких сферах, для защиты чьих (и каких) интересов и какими правовыми средствами она реализуется*. Показательно, что, наверное, единственный документ, в котором была предпринята попытка дать общее определение государственной монополии — Государственная программа демополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации (основные направления и первоочередные меры), утвержденная постановлением Правительства РФ от 9 марта 1994 г. № 191. По существу в этом документе ограничились констатацией, что такая монополия — есть монополия... созданная законом. Поэтому, каждый из актов, которым в той или иной сфере эта монополия вводилась, *закрепляет свой собственный правовой режим такой монополии*¹.

пользования в научных, учебных целях и в экспертной деятельности, а также на некоторые виды деятельности, связанные с оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров; Федеральный закон от 26 марта 1998 г. № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях», в ст. 10 которого установлена государственная монополия на опробование и клеймение государственным пробирным клеймом ювелирных и других изделий из драгоценных металлов, а также государственная монополия на регулирование экспорта необработанных алмазов; Федеральный закон от 19 июля 1998 г. № 114-ФЗ «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами», ст. 4 которого установила государственную монополию на деятельность в области военно-технического сотрудничества.

¹ К примеру, в постановлении Правительства РФ от 22 апреля 1994 г. № 358 указано, что государственная монополия в сфере производства и реализации алкогольной продукции осуществляется *посредством системы мер государственного регулирования, направленных на защиту экономических интересов государства, прав потребителей*. Таким образом, косвенно указаны основания для введения такой монополии, интересы, для охраны которых она вводится, и правовые средства ее реализации (хотя и в общем виде). Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» в части реализации монополии установил, что культивирование наркосодержащих растений для использования в научных, учебных целях и в экспертной деятельности, а также виды деятельности, связанные с оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, которые попадают под монополию, осуществляются *государственными унитарными предприятиями и государственными учреждениями*. Таким образом, «государственность» монополии заключается в том, что соответствующие виды деятельности будут осуществляться хотя и созданными государством, но формально самостоятельными лицами, некоторые из которых и вовсе являются коммерческими организациями. Положения о государственной монополии, введенной Федеральным законом от 26 марта 1998 г. № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях», помещены в ст. 10, которая называется «Цели и способы государственного регулирования отношений в области геологического изучения и разведки месторождений драгоценных металлов и драго-

В виде государственной монополии перед нами пример ограничения (а в некоторых случаях — запрета) конкуренции. Как и в случае с естественными монополиями, возникает *вопрос о конституционных основах соответствующего законодательства*. Причем в данном случае этот вопрос стоит в еще более жесткой форме, поскольку *государственная монополия чаще всего вызывается не экономическими, а иными основаниями, иными конституционными ценностями*.

Феномен государственной монополии в настоящее время¹ может быть понят только с учетом понимания баланса между такими цен-

ценных камней, их добычи, производства, использования и обращения». То есть можно предположить, что государственная монополия — это способ государственного регулирования отношений в определенной сфере. Согласно ст. 17 Федерального закона от 13 октября 1995 г. № 157-ФЗ «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» (в настоящее время не действует) правовым средством реализации государственной монополии на экспорт и/или импорт отдельных видов товаров было названо лицензирование деятельности по экспорту и/или импорту товаров. В Федеральном законе от 19 июля 1998 г. № 114-ФЗ «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами» государственная монополия названа *основным принципом государственной политики* при осуществлении военно-технического сотрудничества с иностранными государствами. Этот Закон не только установил государственную монополию на деятельность в области военно-технического сотрудничества, но и назвал в качестве основного принципа государственной политики при осуществлении военно-технического сотрудничества с иностранными государствами *государственный протекционизм*. Законом предусмотрены конкретные правовые средства для обеспечения указанной государственной монополии, среди которых *недопущение конкуренции на внешнем рынке нескольких российских субъектов военно-технического сотрудничества посредством разделения сфер их деятельности*.

¹ В советское время, как показывает анализ партийных документов, такая монополия обосновывалась вполне рациональными мотивами, которые мы сегодня обозначили бы так: сохранение экономического суверенитета, защита внутреннего рынка, протекционизм, экономическая безопасность. Например, в резолюции Тринадцатой конференции РКП(б), проходившей в январе 1924 г., читаем: «монополия внешней торговли вполне оправдала себя, в частности в условиях нэпа, и как орудие охраны богатств страны от расхищения их туземным и иностранным капиталом, и как средство социалистического накопления. Только целиком сохраняя систему монополии внешней торговли, мы могли добиться уже сейчас активного торгового баланса...» (КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. Том второй. 1917—1924. М.: Издательство политической литературы, 1970. С. 522—523). В резолюции октябрьского пленума ЦК РКП(б) 1925 г. отмечалось, что «организация внешней торговли пролетарского государства в капиталистическом окружении должна быть подчинена двум основным задачам: а) максимальное содействие и стимулирование развития производительных сил страны и б) защита строящегося социалистического хозяйства от экономического наступления капиталистических стран». «Главным нашим орудием для выполнения этих задач» признавалась монополия

ностями, как *социальное государство, поддержка конкуренции, суверенитет и безопасность*.

Первая из них — принцип социального государства во всех его проявлениях (право человека на труд, на социальное обеспечение, благоприятную окружающую природную среду и т.д.). С точки зрения чистой экономической логики эти факторы не подлежат учету. Более того, их учет, как отмечается исследователями, может создать помехи для конкуренции и исказить ценовые сигналы¹. Между тем подчеркнем: субъект экономических отношений существует в определенной социальной среде и осуществляет свою деятельность в определенном государстве (государствах), а потому он не может быть свободен от учета указанных факторов в своей деятельности; его экономические решения осложнены этими факторами, потому и правотворчество также должно учитывать баланс соответствующих конституционно защищаемых ценностей. Конституционный Суд РФ неоднократно², формулировал положение о том, что в силу конституционного принципа справедливости, проявляющегося, в частности, в необходимости обеспечения баланса прав и обязанностей всех участников рыночного взаимодействия, свобода, признаваемая за лицами, осуществляющими предпринимательскую и иную не запрещенную законом экономическую деятельность, равно как и гарантируемая им защита, *должны быть уравновешены обращенным к этим лицам (прежде всего к тем из них, кто занимает доминирующее положение в той или иной сфере) требованием ответственного отношения к правам и свободам тех, кого затрагивает их хозяйственная деятельность*.

Суверенитет является «необходимым качественным признаком»³ государства; по своему содержанию он предполагает⁴ «верховенство,

внешней торговли» (КПСС в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК. Том третий. 1924–1927. М.: Издательство политической литературы, 1970. С. 224–225).

О государственной монополии внешней торговли в СССР также см.: Кожевников Ф. К некоторым вопросам монополии внешней торговли // Советское государство и революция права. 1931. № 8. С. 80–95; Поздняков В.С. Государственная монополия внешней торговли в СССР. М.: Издательство «Международные отношения», 1969 и др.

¹ Козловски П. Принципы этической экономики / пер с нем. В.С. Автономова. СПб.: Экономическая школа, 1999. С. 221.

² Постановление от 24 июня 2009 г. № 11-П, определения от 19 октября 2010 г. № 1277-О-О, от 18 октября 2012 г. № 1918-О, от 16 июля 2015 г. № 1714-О.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П.

⁴ Постановления Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П и от 9 июля 2012 г. № 17-П.

независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на его территории и независимость в международном общении», признается в решениях Конституционного Суда РФ «конституционной ценностью»¹ (или «конституционно значимой ценностью»²). Составной частью этого суверенитета и такой же конституционной ценностью является *экономический суверенитет*, заключающийся в возможности государства самостоятельно и в собственных интересах определять и проводить *экономическую политику*³. Конституционный Суд РФ отмечал, что «осуществление экономических прав в условиях конституционного правопорядка сопряжено с необходимостью учета иных конституционно одобряемых ценностей как частного, так и публичного характера. Реализация экономической свободы не должна противоречить в том числе *публичным интересам общества и государства, связанным, в частности, с сохранением экономического суверенитета* (курсив наш. — А.Г.), обеспечением обороны страны и безопасностью государства, а федеральный законодатель, руководствуясь целями защиты такого рода интересов, вправе устанавливать определенные условия осуществления и ограничения экономических прав». В приведенном фрагменте отчетливо прослеживается конституционная ценность, баланс с которой необходимо поддерживать при реализации конституционного принципа поддержки конкуренции, — *безопасность во всех ее проявлениях*⁴, в том числе и *экономическая безопасность*⁵.

¹ Постановления Конституционного Суда РФ от 14 мая 1999 г. № 8-П и от 12 мая 2011 г. № 7-П, определение Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2009 г. № 137-О-О.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 9 июля 2012 г. № 17-П.

³ Этот вывод следует и из решений Конституционного Суда РФ, в которых говорится о необходимости поддержания экономического суверенитета государства (Постановление от 20 июля 2011 г. № 20-П, определение от 19 мая 2009 г. № 596-О-О), защиты экономического суверенитета (Постановление от 23 апреля 2004 г. № 8-П, определения: от 8 июня 2000 г. № 118-О, от 8 июня 2000 г. № 165-О, от 12 мая 2011 г. № 737-О-О, от 19 января 2010 г. № 87-О-О, от 2 ноября 2011 г. № 1447-О-О, от 17 ноября 2011 г. № 1621-О-О), сохранении экономического суверенитета (определение от 5 июля 2011 г. № 924-О-О).

⁴ В тексте Конституции РФ говорится о безопасности (ст. 37, 71, 74), безопасности граждан (ст. 56), безопасности других людей (ст. 98), безопасности государства (ст. 13, 55, 82), государственной безопасности (ст. 114), общественной безопасности (ст. 72), экологической безопасности (ст. 72).

⁵ В тексте Конституции РФ слов «экономическая безопасность» нет, тем не менее, решения Конституционного Суда РФ однозначно такую ценность признают (см. Постановления от 14 мая 1999 г. № 8-П и от 12 мая 2011 г. № 7-П).

Конкретные правовые решения, основанные на соответствующем балансе, могут значительно отличаться от правовых решений, которые могли бы быть приняты, опираясь исключительно на конституционный принцип поддержки конкуренции. Хороший пример — запрет (недопущение) конкуренции на внешнем рынке нескольких российских субъектов военно-технического сотрудничества посредством разделения сфер их деятельности, установленный Федеральным законом от 19 июля 1998 г. № 114-ФЗ «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами». С точки зрения принципа поддержки конкуренции данный запрет абсолютно неконституционен, однако при использовании подхода, основанного на балансе конституционно значимых ценностей, он имеет понятную логику, является следствием приоритетности такой ценности, как безопасность. Еще один пример — Федеральный закон от 31 декабря 2014 г. № 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации», устанавливающий специальные правовые средства для развития промышленности, а именно предусмотренный ст. 16 этого Закона специальный инвестиционный контракт.

Вопросы, которые здесь подняты, не сводятся исключительно к правильности/неправильности использованной терминологии. Проблема в том, что *эта терминология имеет значение*. Право в данном случае следует результатам экономических исследований, в которых, обратим на это внимание, также нет единства, а потому было бы целесообразно определиться как с терминами, так и с тем содержанием, которое в них вкладывается. И здесь проблемы не только с категориями «конкуренция — монополия», их соотношением и содержанием, но и с тем, какая терминология используется в отраслевых законах. Приведем несколько примеров.

Статья 20 Федерального закона от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» одним из принципов государственного регулирования и контроля в электроэнергетике называет «развитие конкурентного рынка электрической энергии». Понятие «конкурентный рынок» экономисты используют¹, причем в значении, близком к тому, которое имеет понятие «конкуренция совершенная». Но вот вопрос: *что именно* имели в виду разработчики указанного Закона, когда включили в его текст понятие «конкурентный рынок», ведь оно нигде не определяется, нет его точных параметров. Следовательно, толкование соответствующей нормы с использованием

¹ См.: Шерер Ф., Росс Д. Указ. соч. С. 18.

результатов экономических исследований не сможет привести нас к искомому результату: определенности в регулировании отношений.

Статья 12 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 190-ФЗ «О теплоснабжении» указывает, что «в случае возможности осуществления в пределах отдельной системы теплоснабжения экономически оправданного перехода *из состояния рынка, характеризующегося отсутствием конкуренции, в состояние конкурентного товарного рынка* (курсив наш. — А.Г.) регулирование тарифов в сфере теплоснабжения в такой системе теплоснабжения может быть отменено». Что такое «состояние конкурентного товарного рынка» (обратим внимание: не «конкурентный рынок», а именно его «состояние»)? Что имели в виду авторы этого Закона под словами «состояние рынка, характеризующееся отсутствием конкуренции»? Монополию? Но тогда какую: естественную (допускаемую) или противоправную? И чем эта монополия *предопределена*? Выше мы говорили о том, что естественность монополии предопределяется исключительно экономическими факторами, собственно, таково ее понимание и в законе. Но ведь наше право признает и ситуации, когда конкуренция невозможна (без использования какого-либо понятия для обозначения такой ситуации) по техническим причинам. К примеру, в Основных направлениях реформирования электроэнергетики Российской Федерации, одобренных постановлением Правительства РФ от 11 июля 2001 г. № 526, читаем: «в регионах, где по техническим причинам временно невозможно развитие конкуренции, сохраняется государственное регулирование».

В нормативных актах встречается понятие «инфраструктурная монополия»¹. Однако: что такое инфраструктурная монополия? Точного определения этого понятия нигде нет, а в Мерах по реализации среднесрочной программы структурных реформ (письме о политике развития для целей третьего займа на структурную перестройку экономики), прилагаемых к постановлению Правительства РФ от 19 июля 1999 г. № 829 видим, что понятие «инфраструктурная мо-

¹ К примеру, в Указе Президента РФ от 10 сентября 2012 г. № 1276 «Об оценке эффективности деятельности руководителей федеральных органов исполнительной власти и высших должностных лиц (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации по созданию благоприятных условий ведения предпринимательской деятельности» в качестве одного из перечней направлений для оценки эффективности названо расширение доступа субъектов малого и среднего предпринимательства к закупкам инфраструктурных монополий и компаний с государственным участием.

нополия» есть синоним монополии естественной. Но тогда зачем использовать новое понятие, когда уже есть то, к которому все привыкли?

Подобный хаос в терминологии может быть объясним по-разному: и сложностью регулируемых отношений, и различными подходами, и прочими обстоятельствами¹, однако это *неприемлемо*. Это в обыденной жизни мы можем, используя мысль Джона Локка, сказать о словах, употребляемых без назначения, что они «суть не что иное, как ничего не значащий шум»². В праве так нельзя; здесь используемые слова *имеют значение* и ведут к *определенным* последствиям.

Конституция РФ, устанавливая однозначный *запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию*, указывает пределы (границы) осуществления прав, а также создает основу для ограничения свободы экономической деятельности. Конституционный Суд РФ указывал, что экономическая свобода сопряжена с соблюдением условий, которые устанавливаются законом; реализация соответствующего конституционного принципа не должна выходить за объективные пределы, определяемые недопустимостью нарушения прав и свобод других лиц и запретом осуществления экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, а также может подвергаться определенным законодательным ограничениям, вводимым в соответствии с конституционно обусловленными критериями, установленными ч. 3 ст. 55 Конституции РФ³. В другом определении, оценивая конституционность ряда положений о государственном контроле, которые закреплены статьями гл. 7 Федерального закона «О защите конкуренции», Конституционный Суд РФ установил, что они направлены на реализацию закрепленных в ст. 8 и 34 Конституции РФ принципов свободы экономической деятельности, поддержки добросовестной конкуренции, в том числе путем пресечения монополистической деятельности, а потому не

¹ В литературе высказывалась точка зрения, согласно которой выделяемые экономической наукой типы конкуренции (их называют типы рынков с точки зрения конкуренции на них) «не поддаются адекватной юридической трактовке, прямому отражению и регулированию в текущем законодательстве из-за нечеткости, размытости классификационного критерия» (Хашукаев Р.Ф. Государственно-правовое регулирование конкуренции на товарных рынках Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 9).

² Локк Дж. Сочинения в трех томах. Т.1. М., 1985. С. 465.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 14 мая 2015 г. № 1076-О.

могут рассматриваться как нарушающие конституционные права субъектов¹.

Приведенные конституционные положения создают возможность для формулирования, закрепления в правовых нормах и осуществления государством определенных регулирующих и контрольных функций. В частности, они (вместе с рядом некоторых других положений) создают основу для регулирования цен². В части антимонопольного контроля можно отметить правовую позицию, высказанную в постановлении Конституционного Суда РФ от 17 января 2013 г. № 1-П, где отмечено, что «государство вправе и обязано осуществлять в сфере экономических отношений контрольную функцию, которая по своей конституционно-правовой природе производна от его организующего и регулирующего воздействия на общественные отношения и присуща всем органам государственной власти в пределах закрепленной за ними компетенции. В этих целях и исходя из необходимости защиты прав и свобод граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью, принят ряд федеральных законов, включая Федеральный закон «О защите конкуренции», и сформирована система федеральных органов исполнительной власти по контролю за их соблюдением».

Развитие конституционного принципа поддержки конкуренции, запрета экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, осуществляется в рамках специального законодательства.

Если конституционные нормы создают общие требования к правотворчеству и правоприменительной деятельности в интересующей нас сфере, то нормативные акты, составляющие соответствующее законодательство, определяют: права и обязанности экономических агентов, государственные органы и их компетенцию, основные принципы и методы государственной политики, правовые средства, которые государство вправе использовать для реализации конституционных принципов и запретов, основания и размеры ответственности и прочие вопросы.

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. № 619-О.

² Соответствующая правовая позиция сформулирована Конституционным Судом РФ. К примеру, в определениях от 8 июля 2004 г. № 255-О, от 8 февраля 2007 г. № 288-О-П и № 291-О-П читаем: возможность и необходимость государственного регулирования цен прямо вытекает из предписаний Конституции РФ, согласно которым не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, а установление правовых основ единого рынка и основы ценовой политики находятся в ведении Российской Федерации.

В Российской Федерации таким специальным законодательством является *антимонопольное законодательство*¹, связь которого с конституционными нормами неоднократно подчеркивалась в той или иной форме Конституционным Судом РФ².

Это законодательство в современной России проделало значительный путь. Первый антимонопольный закон (Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках») был принят 25 лет назад — в 1991 году. В части, которая была нацелена (после 1993 г.) на развитие конституционного принципа поддержки конкуренции и реализацию конституционных запретов экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию³, он прекратил действовать в 2006 г.⁴ За время своего существования (15 лет) в первоначальной редакции и до 2006 г.

¹ Понятие «антимонопольное законодательство» было введено в Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» Федеральным законом от 25 мая 1995 г. № 83-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». Статья 1.1 этого Закона указывала, что антимонопольное законодательство Российской Федерации состоит из Конституции РФ, Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», издаваемых в соответствии с ним федеральных законов, указов Президента РФ, постановлений и распоряжений Правительства РФ. В 2002 году (Федеральным законом от 9 октября 2002 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках») определение было откорректировано: теперь антимонопольное законодательство состояло из Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», федеральных законов, регулировавших отношения, предусмотренные ст. 2 указанного Закона. Остальные акты формально из состава этого законодательства были исключены.

В настоящее время используется еще одно понятие: «конкурентное законодательство» (ст. 75 Договора о Евразийском экономическом союзе, подписанного в г. Астане 29 мая 2014 г.), причем используется оно как аналог законодательства антимонопольного (применение государствами-членами *норм своего конкурентного (антимонопольного) законодательства* к хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) государств-членов осуществляется одинаковым образом и в равной мере независимо от организационно-правовой формы и места регистрации таких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) на равных условиях). С нашей точки зрения такой термин также не является удачным.

² Определения: от 15 января 2003 г. № 45-О, от 19 октября 2010 г. № 1277-О-О, от 3 апреля 2012 г. № 630-О, от 29 января 2015 г. № 185-О.

³ В части определения аффилированности он до сих пор является действующим.

⁴ После вступления в силу Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

он изменялся *десять раз*¹ (причем во многих случаях весьма существенно). Действующий закон в этой сфере — Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» — появился, как отмечал И.Ю. Артемьев, как результат осмысления явлений, «сдерживающих развитие экономики»². Этот Закон за время своего действия (10 лет) подвергался еще большему числу изменений. Когда говорят об изменениях этого Закона, обычно говорят о так называемых антимонопольных пакетах³ (эту сленг-терминологию используют и в некоторых разъяснениях⁴). Принятие каждого из законов, которые включают в соответствующий «пакет», имело свою логику⁵, опиралось на определенную программу, план, утвержден-

¹ Период действия этого Закона включает также период действия Федерального закона от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг».

² Говоря об этом Законе в 2007 г., он отмечал: «одно из них — все еще существующий монополизм, тормозящее влияние которого на экономику вряд ли нужно доказывать. В XXI веке российское государство сформулировало задачу: предотвращение произвола монополий и разработка способов адекватного противодействия злоупотреблениям рыночной властью... Чтобы решать новые задачи, потребовался совершенной иной правовой инструментарий» (Артемьев И.Ю. Монополизм и чиновничий произвол губительны для экономики // Законы России. 2007. № 6. С. 6). Также см.: Артемьев И., Аверкин А., Сушкевич А. Конкуренция как объект правовой защиты // Хозяйство и право. 2007. № 9. С. 12–24 (Хозяйство и право. 2007. № 10. С. 3–14).

³ Первым из этих «пакетов» считается собственно сам Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»; вторым «пакетом» называют несколько законов, принятых в 2009 г. (Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 164-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации», Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и отдельные законодательные акты Российской Федерации», Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 173-ФЗ «О внесении изменений в статьи 17.1 и 53 Федерального закона «О защите конкуренции», Федеральный закон от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации»); третьим «пакетом» называют федеральные законы, принятые в 2011 г. (Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации», Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 404-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»); четвертым «пакетом» называют Федеральный закон от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁴ См.: Письмо ФАС России от 24 декабря 2015 г. № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета».

⁵ В частности, см.: Артемьев И.Ю. Новые нормы антимонопольного законодательства // Законы России. 2010. № 1. С. 3 — 5; Пузыревский С.А., Груничев А.С. Некоторые итоги реформы антимонопольного регулирования // Законы России. 2016. № 3. С. 3–9 и др. работы

ный государственными органами. Однако этот закон изменялся уже *36 раз*. Даже признавая, что часть таких изменений носит юридико-технический характер и следует изменению в регулировании в какой-либо области¹, это все равно много (заметим: мы не учитываем здесь изменений в других законах, а их тоже было более чем достаточно). И это явно *не свидетельствует* о том, что в развитии конституционного принципа поддержки конкуренции и конституционных запретов экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, выстроено адекватное регулирование.

Законодательство (с 2006 г.) значительно изменилось; эти изменения могут быть оценены позитивно, они показывают углубление наших представлений о предмете регулирования, понимание нюансов, которые были не видны при создании нового законодательства; апробированы на практике некоторые институты, направленные на развитие конкуренции (торги и т.п.). Однако, учитывая дискуссии, которые сопровождали принятие «антимонопольных пакетов», изменение международно-правового регулирования, экономических отношений², становится очевидным, что развитие правового регулирования, направленного на реализацию конституционного принципа поддержки конкуренции и конституционных запретов экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, будет продолжено.

В связи с этим рассмотрим некоторые общие проблемы правового регулирования.

Несколько слов о *понятии и содержании* антимонопольного законодательства. Закон о защите конкуренции, как и Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», говорит об «антимонопольном законодательстве» (ст. 2). С нашей точки зрения и в 1995 г., и в 2006 г. выбор названия для законодательного масси-

¹ Для примера приведем только один закон: Федеральный закон от 11 июля 2011 г. № 200-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации».

² Нельзя не согласиться с А.Г. Сушкевичем в том, что «конкуренция, частная рыночная власть и иные знакомые явления экономической жизни наполнились новым содержанием, зачастую диаметрально противоположным тому, которое в них традиционно вкладывалось экономической и правовой наукой» (Сушкевич А.Г. Институты конкурентного права и новая экономика: как добиться соответствия // Законы России. 2016. № 3. С. 25).

ва — «антимонопольное» — сомнителен. Конституция РФ, как мы отметили выше, монополию в принципе не отвергает (а иногда и прямо признает), она говорит о запрете лишь экономической деятельности, направленной на монополизацию. Между тем название подчеркивает, что соответствующее законодательство против (*анти*) монополий. В этом смысле название неудачно и не в полной мере соответствует смыслу конституционных положений (ст. 8 и 34 Конституции РФ). Не вполне понятно сочетание этого названия с наименованием Закона — «О защите конкуренции» в свете приведенных выше рассуждений о монополии как виде несовершенной конкуренции. Впрочем, и само название указанного Закона¹, в котором говорится о *защите* конкуренции, представляется не вполне корректным: слово «защита» в большей степени направлено на реализацию положений ст. 34 Конституции РФ, в которой говорится о запретах, но никак не связано с реализацией конституционного принципа поддержки конкуренции².

Действующий Закон о защите конкуренции, говоря о содержании антимонопольного законодательства, практически воспроизводит ст. 1.1 Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (в редакции 2002 г.), указывая, что в такое законодательство помимо самого Закона о защите конкуренции, входят иные федеральные законы, регулирующие отношения, указанные в ст. 3 этого Закона, определяющей сферу его применения. Соответствующие отношения это отношения, *которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.*

Такое определение содержания антимонопольного законодательства неверно, поскольку не ясно, *как* отношения должны быть «связаны с защитой конкуренции», в какой части и в какой степени, чтобы закон мог считаться частью антимонопольного законодательства? Между тем за последние годы принято множество законов, в которых встречаются соответствующие вопросы, а именно:

¹ Следует отметить, что обоснование выбора именно такого названия в пояснительной записке к проекту федерального закона № 186242-4 «О защите конкуренции» (который впоследствии стал Федеральным законом № 135-ФЗ) не приводится.

² Неудачность использования слова «защита» в названии, его нерелевантность целям и задачам регулирования отмечались в исследованиях (см.: Шайхеев Т. Развитие антимонопольного законодательства в России // Административное право. 2015. № 3. С. 26–27).

— ряд законов содержит специальные и иные структурные части, где устанавливаются так называемые *антимонопольные требования* общего характера (ст. 17 Закона РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах», ст. 39 Федерального закона от 24 апреля 1995 г. № 52-ФЗ «О животном мире» и др.); или *особенности антимонопольных требований* применительно к определенной сфере отношений (ст. 14 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе»); или *антимонопольные требования к определенным субъектам* (ст. 15 Федерального закона от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»);

— ряд законов устанавливает права и обязанности антимонопольного органа, особенности его деятельности в рамках определенных отношений (ст. 34 и 35 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», ст. 13 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»);

— некоторые законы предусматривают принципы осуществления деятельности с учетом необходимости поддержания конкуренции и требования к конкуренции в определенной сфере (ст. 6 и 8 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»);

— некоторые акты провозглашают развитие конкуренции в качестве одной из целей (ст. 1 Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»);

— есть законы, которые указывают на антимонопольные меры как на средство для создания благоприятных условий для развития определенной деятельности (ст. 11 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений») и т.д.

Возникает вопрос: все ли названные (и иные) законы, в которых затрагивается рассматриваемая специфика, являются частью антимонопольного законодательства? Если да, то не слишком ли безбрежным, а потому неопределенным по составу получается это законодательство? Вопрос этот отнюдь не риторический, что можно продемонстрировать на примере Федерального закона от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях». Закон о защите конкуренции *не позволяет* ответить на вопрос, относится ли этот Закон к области антимонопольного законодательства по причинам, изложенным выше (противопоставление конкуренции и монополии). В современ-

ной литературе относительно и этого Закона, и всего массива актов, которые в его развитие принимаются (его обозначают в теории и нормативных актах как «законодательство о естественных монополиях»), существует две точки зрения. Согласно первой из них законодательство о естественных монополиях, хотя и «тесно связано с антимонопольным законодательством», есть не что иное, как «самостоятельный сегмент российского законодательства, поскольку в отличие от антимонопольного законодательства законодательство о естественных монополиях устанавливает не принципы защиты конкуренции на товарном рынке, а принципы государственного управления товарным рынком, характеризующимся отсутствием конкуренции как таковой в силу естественно экономических причин»¹. Вторая точка зрения заключается в том, что законодательство о естественных монополиях входит в состав законодательства о защите конкуренции² (или антимонопольное законодательство³ (авторы используют различные наименования для соответствующего законодательного массива)). Первая точка зрения, как мы отметили, лишает такое законодательство права на существование. Но и вторая точка зрения при существующем регулировании не может быть однозначно принята⁴.

Анализируя состав антимонопольного законодательства нельзя обойти вниманием следующую проблему: Закон о защите конкуренции, являясь базовым, не дает определения понятия «*поддержка конкуренции*». Важнейшее конституционное понятие остается по сути не раскрытым. При этом цели указанного Закона (ст. 1) сфор-

¹ Нельговский И.Е. Административно-правовое регулирование режима естественных монополий в Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 13, 20.

Отметим здесь точку зрения Н.И. Клейн, хотя и высказанную в отношении прежнего антимонопольного закона, но относящуюся к действующему. Она предполагала, что оба закона (о конкуренции и о естественных монополиях) являются антиподами (Клейн Н.И. Антимонопольное законодательство и законодательство о естественных монополиях. С. 46).

² Чукалова С.Н. Государственное регулирование естественных монополий (административно-правовой аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 7.

³ Григорьева О.А. Правовое регулирование естественных монополий: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург., 2003. С. 6, 15; Оводов А.А. Административно-правовое регулирование антимонопольной деятельности в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 8.

⁴ Хотя понятно, что вопрос о месте этого законодательства исходя из результатов исследований экономистов должен быть решен в пользу включения его в общий массив законодательства, который формируется для реализации конституционного принципа поддержки конкуренции.

мулированы достаточно широко: «обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков». По существу, в этих целях воспроизведен текст ст. 8 Конституции РФ 1993 г. и указаны все содержащиеся в ней конституционно защищаемые ценности. Не определяя, что является содержанием конституционного принципа «поддержка конкуренции», данный Закон и по целям, и по своим предметным областям, не только шире своего названия, но и почти претендует на роль одного из основополагающих актов регулирования экономической деятельности. Возможно, что такой подход к конструированию этого Закона казался его авторам верным. Однако он не вытекает из Конституции РФ. Кроме того, он вряд ли реализуем, поскольку экономические отношения сложны и разнообразны, а потому регулировать их одним актом едва ли выполнимая правовая задача. По существу, нереализуем даже подход, при котором в одном законе собираются все меры, определенные как меры, направленные на поддержку конкуренции. Даже ориентировочный список таких мер более чем значителен¹. Множество нормативных актов, которые по объему значительнее, чем указанный Закон, направлены на поддержку конкуренции, но в так называемое антимонопольное законодательство не входят (к примеру, акты, направленные на регулирование внешнеторговой деятельности). Изначальный предметно-структурный дефект Закона привел к ожидаемой тенденции: расширению его предметных областей, которые, вполне возможно, и связаны с поддержкой конкуренции, но по сути не вписываются в Закон, делают его многопредметным, несистемным, обширным, напоминающим ничем не связанную ассоциацию правовых положений². Нормы этого Закона начинают пересекаться с областью гражданского законодательства, в результате чего пропадает целостность нормативного акта. В то же время деятельность регулирующих органов по

¹ См., например: Варламова А.Н. Правовое содействие развитию конкуренции на товарных рынках: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 10.

² Критика в этой части уже высказывалась некоторыми авторами. К примеру, С.А. Парашук пишет: «Закон о защите конкуренции относит к антимонопольному законодательству нормы, регулирующие самые различные отношения, связанные с монополией и конкуренцией, в том числе пресечением недобросовестной конкуренции, регулирование государственных и естественных монополий, развитие конкуренции и др. Такой подход законодателя представляется бессистемным и неоправданно расширяет сферу применения антимонопольного законодательства» (Парашук С.А. Указ. соч. С. 98).

расширению предметов регулирования Закона продолжается. Так, можно вспомнить идею об ограничении создания унитарных предприятий¹. Возможно, здесь нет проблем, однако, такое развитие может привести к необходимости коренной реформации всего сложившегося правового регулирования.

Принимая во внимание изложенное, можно заключить, что выводы отдельных исследователей относительно того, что формирование антимонопольного законодательства «как отдельной отрасли законодательства завершено»², преждевременны. Целесообразно вернуться к обсуждению вопроса о том, в рамках какого массива (массивов) законодательства должны получить развитие конституционный принцип поддержки конкуренции и конституционные запреты экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, и какой должен быть состав такого массива (массивов). В литературе были предложения о замене понятия «антимонопольное законодательство» на понятие «законодательство о защите конкуренции»³; высказывалось мнение о необходимости разграничения законодательства в сфере недобросовестной конкуренции и монополистической деятельности⁴, в том числе предложение о принятии отдельного закона о защите от недобросовестной конкуренции⁵; предлагалось принять отдельный федеральный закон о поддержке конкуренции⁶ и проч. Все эти предложения заслуживают серьезного научного анализа. Тем более, что конкуренция, поддержка конкуренции, запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию, запрет экономической деятельности, направленной на недобросовестную конкуренцию, — это явления, каждое из которых требует серьезного и детального описания в нормативных актах. Очевидно, что все они связаны между собой и, реализуя в Законе указанные запреты, развивается конституционный принцип поддержки конкуренции. Но

¹ См.: Проект федерального закона № 602468-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции», иные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации».

² Шальман О.В. Роль антимонопольного законодательства в становлении и развитии рынка: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2002. С. 16.

³ Владимирова П.Н. Указ. соч. С. 10.

⁴ Кондратовская С.Н. Правовые проблемы пресечения недобросовестной конкуренции на товарных рынках: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2005. С. 8.

⁵ Еременко В.И. Указ. соч. С. 9.

⁶ Сухоруков А.С. Указ. соч. С. 11.

надо ли все эти явления использовать в одном законе? Поддержка конкуренции — понятие несоизмеримо более широкое, чем просто результат реализации двух указанных запретов, такая поддержка осуществляется путем применения сложного комплекса не только этих, но и иных запретов, мер стимулирующего характера (правовых стимулов) и т.д. Кроме того, оба запрета являются совершенно самостоятельными предметами регулирования, ведь недобросовестно конкурировать можно и не осуществляя запрещенной экономической деятельности, направленной на монополизацию. Законодатель в последние годы значительно детализировал регулирование в части недобросовестной конкуренции. И если еще в начале 2000-х гг. было справедливо утверждение, что закон содержит лишь общие положения о недобросовестной конкуренции и формах ее проявления¹, то сегодня² уже видно развернутое регулирование такой конкуренции, причем структурно оформленное отдельной главой, чего раньше не было.

Предмет, требующий обсуждения, — учет отраслевой специфики. Здесь необходимо обратить внимание на основания и последствия дифференциации в регулировании. Исследователями справедливо отмечается, что «при разработке отраслевых норм конкурентного права следует учитывать их направленность именно на формирование конкурентной среды на отраслевом рынке. Отраслевые нормы не должны стать механизмом, который вместо помощи конкурентным отношениям на том или ином товарном рынке установит новые барьеры на пути свободной конкуренции»³. Однако это только одна сторона проблемы, нельзя забывать и о других, а именно: об определении отраслей, в которых возможна государственная монополия; перечне сфер, в которых желательна естественная монополия. Необходимо понимать, что *свободная конкуренция в совокупности с либерализацией внешней торговли хороша только до тех пор, пока она не разрушает национальную экономику*. Говоря об отраслевом аспекте, надо также помнить, что действую-

¹ Табастаева Ю.Г. Правовые средства пресечения недобросовестной конкуренции в сфере интеллектуальной собственности в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 3.

² После изменений, внесенных Федеральным законом от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

³ Варламова А.Н. Отраслевой аспект в конкурентном праве // Конкурентное право. 2015. № 3. С. 3–7.

щий Закон о защите конкуренции (ст. 15¹) предполагает при всей его, казалось бы, либеральной направленности, возможность полного и существенного изъятия из него, причем пропорции такого изъятия ничем не определены.

Требуется оценка эффективности тех мер по поддержке конкуренции, которые активно продвигаются в последние годы, прежде всего в части развития законодательства о закупках. Создание очевидных конкурентных начал в этой области, вне всякого сомнения, дало положительный эффект, однако накопились и проблемы. Более того, обнаружилось, что существующие конкурсные процедуры совершенно не препятствуют негативным явлениям² (сговор и проч.), а также часто не только не обеспечивают повышение качества приобретаемых товаров, услуг и работ, но, напротив, ведут к снижению такого качества (не позволяют провести качественный отбор³). Значит, требуется настройка правовых инструментов, а также изменение положений об ответственности.

За годы, прошедшие с момента принятия первого антимонопольного закона, значительно изменяются представления о правомерном и противоправном в исследуемой области и развивается институт ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Определение ответственности осложняется новизной регулируемых отношений, недопониманием того, какие из них и как стоит регулировать. В результате — неоднократные и при том существенные изменения в области административной и уголовной ответственности (данный тезис подтверждает эволюция ст. 178 Уголовного ко-

¹ Данная статья, указывая на общий запрет федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции этих органов органам или организациям, организациям, участвующим в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, содержит следующее изъятие: *за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия)*.

² См.: Островная М., Подколзина Е. Снижение эффективности аукционов и борьба с ограничением конкуренции в государственных закупках // Вопросы экономики. 2014. № 11. С. 41–56; Истомин В.Г. Антимонопольные требования к торгам: юридический анализ норм Закона «О защите конкуренции» и практика их применения // Юрист. 2015. № 1. С. 31–35 и др.

³ Баженова О.И. Проблемы предоставления субсидий муниципальным предприятиям или Борьба за конкуренцию продолжается // Местное право. 2014. № 1. С. 57–58 и др. работы.

декса, которая, если не считать первоначальную редакцию, менялась пять раз¹).

Самого серьезного научного анализа требует вопрос о взаимодействии международного и национального права. Россия является участником ВТО, что накладывает определенный отпечаток на наше законодательство. Однако как показывает опыт, участие России в этой организации отнюдь не гарантирует свободного доступа товаров на зарубежные рынки и не препятствует односторонним действиям (санкции) со стороны иностранных государств в отношении товаропроизводителей. К тому же в настоящее время активно обсуждаются вопросы, связанные с заключением новых международных торговых соглашений, где участие России не предполагается. Более того, их заключение может привести к дискриминационным условиям для участия России в мировой торговле. Здесь требуется выработка адекватных правовых ответов, оценка релевантности имеющегося законодательства (Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» и иные акты) новым угрозам экономической безопасности страны. Существенный вопрос — насколько получится реализовать общую политику в области конкуренции в рамках Евразийского экономического пространства², учитывая, что по вопросу о возможности проведения такой

¹ См.: Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации»; Федеральный закон от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ «О внесении изменения в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации» (а также пояснительную записку к проекту Федерального закона № 167805-5 «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации»); Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (а также пояснительную записку к проекту Федерального закона № 576274-5 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации»); Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»; Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 45-ФЗ «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации» (а также пояснительную записку к проекту Федерального закона № 260190-6 «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»).

² Речь идет прежде всего о регулировании, которое будет складываться в развитие Договора о Евразийском экономическом союзе, подписанного в г. Астане 29 мая 2014 г. О важности регулирования вопросов конкуренции в этом Договоре указано уже в его преамбуле, где говорится об одной из целей нового образования: гарантировать *добросовестную конкуренцию*. Соблюдение принципов рыночной экономики и добросовестная конкуренция в ст. 3 Договора названы также прин-

политики на международном уровне в целом ряд экономистов высказывается довольно критично¹.

Давно дискутируемый вопрос — о возможности применения антимонопольного законодательства к обладателям исключительных прав. Сегодня здесь имеется определенный иммунитет, закрепленный в ст. 10 и 11 Закона о защите конкуренции, который в литературе и некоторых судебных актах (определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2004 г. № 171-О) именуют «легальной монополией» (используют также понятие «легальная временная монополия»²).

Однако все чаще раздаются голоса о необходимости кардинального пересмотра идеологии регулирования³. Высказываются доводы о том, что действия обладателей исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации могут приводить к злоупотреблению этими правами. Для аргументации своей позиции в дискуссиях часто приводятся ссылки на the TRIPS Agreement и The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health как составные части соглашений, подписанных Россией в рамках ВТО. Первое из указанных соглашений (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) прямо признает (Section 8), что некоторые виды лицензионной практики или условия, относящиеся к правам интеллектуальной собственности, *которые ограничивают конкуренцию*, могут иметь неблагоприятное воздействие на торговлю и препятствовать передаче и распространению технологии⁴. Указывается, что в этом

ципами функционирования нового Союза. Договор содержит раздел XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» (ст. 74–77), Протокол об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе); а также и специальные положения о естественных монополиях (раздел XIX «Естественные монополии» (ст. 78), Протокол о единых принципах и правилах регулирования деятельности субъектов естественных монополий (приложение № 20 к Договору о Евразийском экономическом союзе).

¹ Авдашева С., Шаститко А. Международный антиконтраст: потребности, ограничения и уроки для Таможенного союза // Вопросы экономики. 2012. № 9. С. 110–124.

² Сесекин В.Б. Патентное право и право свободы конкуренции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1994. С. 3; Бикетова Т.А. Патентные права как объект гражданских прав и монополия в гражданском обороте РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 3 и мн. др.

³ К примеру: Пузыревский С.А. В России назрела необходимость определить правила применения антимонопольного законодательства к обладателям исключительных прав // Закон. 2016. № 2. С. 6–15.

⁴ «Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology» (https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04d_e.htm#8).

соглашении ничто не препятствует его участникам устанавливать в своем законодательстве виды лицензионной практики или условия, которые в отдельных случаях могут являться злоупотреблением правами интеллектуальной собственности, оказывая неблагоприятное воздействие на конкуренцию на соответствующем рынке. Отмечается, что участники соглашения могут *согласно другим его положениям* принимать надлежащие меры, чтобы предотвращать или контролировать такую практику¹. Второй из указанных документов (The Doha Declaration²) важен для понимания некоторых оснований (в данном случае таким основанием выступает *защита публичных интересов*) практики применения принудительного лицензирования (*compulsory licensing*)³.

Сторонники другого подхода считают, что распространять положения закона о конкуренции на сферу исключительных прав нельзя; что вопросы, связанные со злоупотреблением правообладателями их исключительными правами, могут успешно разрешаться при помощи уже действующих юридических инструментов. Возражения против возможных изменений понятны: отказ от соответствующих исключений может создать почву для серьезных перекосов в сторону ограничения прав вполне добросовестных правообладателей. Решение этого вопроса не может быть линейным (состоять в исключении соответствующего иммунитета из Закона о защите конкуренции или, напротив, в полном отказе от использования правовых средств, предусмотренных для защиты конкуренции и ограничения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции), проблема требует серьезного обсуждения.

В качестве выводов отметим следующее. Конституция указывает на необходимость *поддержки конкуренции*, возводя ее в ранг конституционно защищаемых ценностей. Указанное положение представляется чрезвычайно важным, поскольку с какой бы точки зрения мы ни подходили к исследованию этого явления, нельзя не признать:

¹ «Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member» (https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04d_e.htm#8).

² URL: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm

³ Также см.: Peter Van den Bossche, Werner Zdouc. The World Trade Organization. Text, Cases and Materials. Third edition. Cambridge University Press. 2014. P. 997–1002.

как механизм, способствующий отбору лучшего и передового, конкуренция — благо для общества, основа для его здорового развития. В некоторых исследованиях отмечается, что конкуренция по существу стала одним из тех средств (институтов), набор которых в итоге привел к росту богатства и влияния тех государств, которые мы сегодня обобщенно называем Западом¹.

Однако одного признания мало для того, чтобы соответствующие конституционные положения действительно стали эффективными. Необходимо развитое и продуманное законодательство, а здесь есть множество проблем, которые требуют своего решения. Возможно, что настало время для реформирования текущего законодательства в сфере конкуренции не по принципу принятия очередного «пакета», а путем обсуждения и принятия концепции реформирования антимонопольного законодательства с детальным анализом различных подходов, альтернатив, формулированием целей, задач и конкретных направлений реформирования, разработкой подробного плана законопроектной работы в этой области.

¹ См.: Розенберг Н., Бирцелл Л. Как Запад стал богатым: экономическое преобразование индустриального мира / пер. с англ. под ред. Б. Пинскера; науч. ред. В. Бусыгин. М.: Челябинск: Социум ИРИСЭН, 2015; Фергюсон Нил. Цивилизация: чем Запад отличается от остального мира/ пер. с англ. К. Бандуровского; под ред. И. Кригера. М., 2014.

Глава 1

КОНКУРЕНЦИЯ — ЦЕЛЬ И ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

§ 1. ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА КАК КОНСТИТУЦИОННАЯ ОСНОВА РАЗВИТИЯ КОНКУРЕНЦИИ В РОССИИ

Е.Е. Никитина

В Конституции Российской Федерации закрепляются основные принципы рыночной экономики — единство экономического пространства, свобода экономической деятельности и поддержка конкуренции. Для дальнейшего развития и поддержки добросовестной конкуренции в России актуально требование расширения экономической, политической и информационной свободы. Необходимым условием для такого качественного изменения правовой практики является эффективная реализация института конституционных экономических прав человека.

Особая важность института основных экономических прав для вопроса поддержки и защиты конкуренции в России заключается в особенностях конституционного закрепления экономической основы Российской Федерации. Если ранее в советских конституциях экономическая система закреплялась в конституции непосредственно, то в Конституции РФ суть всей экономической системы определяется опосредованно, через основные экономические права человека и гражданина¹.

В российской Конституции закреплено, что в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. Экономические права граждан являются неотъемлемой частью основных прав, которые неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения. Таким образом, государство признает

¹ Гаджиев Г.А. Основные экономические права: сравнительное исследование конституционно-правовых институтов России и зарубежных государств. Автореф. дисс... док-ра юрид. наук. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М., 1996. С. 3.

естественно-правовую природу экономических прав человека. Это означает, что экономические права человека имеют самостоятельную ценность, и государство не может посягать на них, то есть отменять и ограничивать их по своему усмотрению.

История юридического оформления прав человека начинается с признания права частной собственности¹, на котором базируются все экономические права. В самой первой Декларации прав человека и гражданина 1789 г. было зафиксировано, что цель всякого политического союза — обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека. Таковые — свобода, собственность, безопасность и сопротивление угнетению.

Значение самого права собственности трудно переоценить. С.Л. Франк писал, что «частная собственность есть реальное условие бытия человека как духовно—телесного существа; тем самым она есть реальное условие его свободы как члена общественного целого и, следовательно, условие бытия самого гражданского общества. А так как общественное строение в форме гражданского общества как сотрудничества и взаимодействия свободно—индивидуальных центров активности есть неустранимый момент интегральной природы общества, то институт частной собственности, утвержденный на этом его функциональном значении как условия общественного служения, есть неустраняемая основа общественной жизни»².

Впервые после длительного перерыва, право быть собственником провозглашалось в ст. 22 Декларации прав и свобод человека и гражданина РСФСР 1991 г. Но экономические права в качестве конституционного правового института в России получили полноценное оформление только с принятием Конституции РФ 1993 г. Хотя развитие научных идей и формирование содержания конкретных экономических прав человека в России имеет длительную и яркую историю.

В литературе встречается мнение о том, что права человека никогда не являлись и никогда не станут традиционными ценностями в России. Однако следует провести четкое различие и разграничение таких явлений и понятий, как *идея, концепция (теория) и ее реализа-*

¹ Л.Д. Воеводин справедливо полагает: «Возникшая в процессе становления капиталистической формации частная собственность послужила отправным пунктом для появления всех других современных прав и свобод как в области индивидуально—частной жизни, так и в сфере политической». Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России: учебное пособие. М., 1997. С. 169.

² Франк Л.С. Духовные основы общества. Paris, YMCA PRESS, 1930. С. 307.

ция, воплощение в жизнь. Это позволяет избежать их смешения¹. В вопросе о ценности прав человека для русского менталитета следует разделять идею и ее реализацию.

Действительно российская политическая практика соблюдения прав человека не соответствовала образцам развитых стран Западной Европы и Северной Америки. Е.А. Скрипилев замечает, что «в то время как на Западе, в первую очередь во Франции, уже в конце XVIII в. были провозглашены неотъемлемые права человека и гражданина, а пользование ими было обеспечено в большем или меньшем объеме конституциями, ничего подобного в России не было»².

Отсутствие в России основных атрибутов гражданского общества, таких как неприкосновенность личности, частная собственность, свобода заключения контрактов, наличие негосударственных ассоциаций побуждает прийти к выводу об отсутствии его в России. Но некоторые авторы рассматривают российскую модель гражданского общества как некий особый архетип, формировавшийся на перекрестке восточной и западной культур в особых исторических, социо- и этнокультурных условиях атрофии общественного и гипертрофии государственного начал, что обусловило его своеобразие и неповторимость³.

Однако отрицание аксиологического понимания прав человека в России, в особенности по отношению к трудам и идеям отечественных правоведов, не соответствует действительности. Исследования русских ученых, особенно представителей либеральных взглядов, в области прав человека вполне соответствовали уровню и качеству работ их европейских коллег. Дореволюционными либеральными русскими юристами было обосновано, что права человека значимый институт правового государства, а приоритет прав человека является не только признаком и свойством правового государства, но и его первостепенной целью, которой подчинены иные его характеристики⁴.

¹ Марченко М.Н. Правовое государство и гражданское общество (теоретико-правовое исследование): учебное пособие. М., 2014. С. 15.

² Скрипилев Е.А. Права личности в России до октября 1917 г. Права человека: время трудных решений. М., 1991. С. 158.

³ Туманова А.С. Общественные организации и русская публика в начале XX в. М., 2008. С. 20; Сафонов А.А. Полемика о свободе совести в контексте формирования институтов гражданского общества в позднеимперской России // Гражданское общество в России и за рубежом. 2011. № 1. С. 28.

⁴ Туманова А.С., Киселев Р.В. Права человека в правовой мысли и законодательстве Российской Империи второй половины XIX — начала XX века. М., 2011. С. 7–8.

Исторически сложилось, что в русской либеральной дореволюционной литературе права человека, которые понимаются в настоящее время как основные экономические, в значительной части относились к личным правам. Во многом связано с тем, что экономические права обладают сложной природой. У основных экономических прав имеется две стороны: публично-правовая и частноправовая. Демонстрируя свое публично-правовое содержание, нормы об основных экономических правах действуют в сфере отношений между государством и индивидом¹. Когда же данные нормы обнаруживают свое частноправовое содержание, они активно взаимодействуют с нормами гражданского права и действуют в сфере частных отношений.

Неясности вопроса о природе основных экономических прав способствовало классическое разделение русского права на публичное и частное или гражданское право. Гражданское право или частное право, полностью регулировало и защищало право частной собственности. Выдающийся русский цивилист Г.Ф. Шершеневич указывал, что «противоположение частного и общественного лежит в основании всей современной экономической организации, построенной главным образом на частном начале²». Поэтому право собственности — это, прежде всего, личное право. В доказательство этому Г.В. Шершеневич писал: «Существует, несомненно, такой круг личных и имущественных отношений, которые самым тесным образом окружают лицо в его ежедневной жизни, которые ему наиболее близки, которые он готов защищать с отчаянным мужеством³».

Классический взгляд на экономические права, в том числе на право частной собственности, выражал Б.Н. Чичерин. Выдающийся русский ученый, сторонник экономического либерализма и индивидуалистической свободы, утверждал: «Собственность составляет первое и основное проявление свободы человеческой личности. Посредством собственности человек налагает руку на природу и действует в материальном мире. Здесь личное право выражается в двух началах: 1) в свободном распоряжении собственностью и 2) в ограждении ее от произвола власти⁴». Как и большин-

¹ Гаджиев Г.А. Там же. С. 41.

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Лекции, читанные в Московском Коммерческом Институте в 1909/10 академ. году. С. 133.

³ Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 132.

⁴ Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. Ч. I. Общее государственное право. М., 1894. С. 207.

ство его коллег, Б.Н. Чичерин относил свободу и неприкосновенность собственности к личным правам человека. К ним он относил свободу промыслов и занятий, свободу слова, включающую в себя свободу преподавания, свободу собраний и товариществ.

Законодательную защиту личных прав в этом понимании поддерживало большинство российских правоведов. В.М. Хвостов писал, что «в настоящее время в науке уже достаточно твердо установилось убеждение, что государство является плохим предпринимателем само по себе. Его главная задача состоит в регулировании самодеятельности граждан. Оно должно обеспечить свободу и порядок..., чем меньше государство берет на себя непосредственно экономических и научных предприятий, тем лучше для дела»¹.

Следует отметить, что некоторые современные исследователи относят часть трудовых прав, в том числе право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, запрет на принудительный труд, право на вознаграждение за труд к экономическим правам. Правовые вопросы, связанные с этой частью экономических отношений в России, занимали одно из центральных мест общественной дискуссии. Б.Н. Чичерин высоко ставил экономическую свободу предпринимательства и резко возражал против законодательного установления 8 часового рабочего дня. Он отмечал, что «промышленность подлежит общим условиям и стеснениям, которое налагает на нее государство в видах безопасности и общественной пользы. Здесь государство может вступаться лишь в качестве верховного опекуна над неполноправными лицами. На этом основана регламентация работ женщин и детей на фабриках. Но ограничение работы взрослых мужчин, вдобавок пользующихся политическими правами, не оправдывается никакими юридическими началами. Это — вторжение государства в частную область»².

Последнее положение Б.Н. Чичерина страстно критиковал П.И. Новгородцев. Он полагал, что такое утверждение «покоится на одной коренной ошибке, раскрытой как нельзя ярче общественным развитием XIX века: ставя целью права охрану свободы и отделяя от этого потребность в восполнении средств, эта теория забывает, что пользование свободой может быть совершенно парализовано недостатком средств. Задача и сущность права состоит действительно в охране личной свободы, но для достижения этой

¹ Цит. по Туманова А.С., Киселев Р.В. Там же. С. 116.

² Чичерин Б.Н. Там же. С. 213.

цели необходима и забота о материальных условиях ее осуществления: углубленное и расширенное понятие свободы подкрепляет в данном случае те требования, которые вытекают из углубленного и расширенного понимания принципа равенства»¹. Полагаясь на такое видение личной свободы, П.И. Новгородцев формулировал право на достойное человеческое существование чрезвычайно широко. Юридическими следствиями признания этого права выступали: признание за каждым трудящимся права на обеспечение на случай болезни, неспособности к труду и старости, права на труд и на приложение результатов своего труда, права на определенный уровень жизни, права на широкое допущение профессиональных союзов. В качестве механизма обеспечения права на достойное человеческое существование П.И. Новгородцев рассматривал фабричное законодательство, перед которым ставилась задача не ограничиваться охраной свободы, а «осуществлять общее регулирование материальных условий ее осуществления»².

Позицию государственного вмешательства для защиты экономических прав отстаивал Ю.С. Гамбаров: «Свободная собственность», оторванная от своих общественных функций и фактически недостижимая для большинства населения, и «свобода труда» при резком неравенстве условий ее применения совершенно различны от нравственной свободы, обеспечиваемой за каждой человеческой личностью. Единственным выходом из этого положения является государственное вмешательство в хозяйственные отношения, ограничивающие экономическую свободу имущих и расширяющих ту же свободу неимущих, уравнивающее, по возможности, условия достижения собственности и вступления в договоры на предмет человеческого труда для тех и других, обеспечивающее этим самым нравственную свободу и содействующее, в то же время, экономическому и социальному прогрессу»³.

Аналогичные взгляды высказывал В.С. Соловьев. При рассмотрении экономических вопросов, позиция автора противопоставлялась взглядам классических либералов, которых он называл «антихристами-консерваторами». По мнению В.С. Соловьева, экономическая жизнь не может быть свободна от соображений нравственности или от государственного вмешательства. Первона-

¹ Новгородцев П.И. Введение в философию права. Ч. II. Кризис современного правосознания. М., 1909. С. 319.

² Туманова А.С., Киселев Р.В. Там же. С. 88.

³ Гамбаров Ю.С. Свобода и ее гарантии. Популярные социально-юридические очерки. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1910. С. 15.

начально автор считал неограниченную частную собственность и нестесненное соревнование необходимыми условиями экономического прогресса и не имел мысли о том, что усиление нравственного контроля над экономикой может привести, кроме всего прочего, к росту экономической производительности. А. Валицкий замечает, что в «Оправдании добра» Соловьев поддерживал частную собственность иным образом и по иным причинам. Он подчеркивал ее относительный характер и в тоже время связывал ее с человеческой свободой и самодетерминацией, выделяя ее нравственное, а не только лишь экономическое значение¹.

Следует заметить, что дискурс в России о праве на достойное человеческое существование носил общеевропейский характер. Но оригинальность позиции Соловьева состояла в философском, религиозном и нравственном ее обосновании. Русский мыслитель очень широко определял минимум благосостояния, необходимого для достойного существования, и удивительно современно расширял его далеко за границы удовлетворения базовых физических потребностей, включая в него и досуг для своего духовного совершенствования. Справедливо отмечается в литературе, что «специфический современный элемент в этом определении «права на достойное существование» — акцент на положительной свободе, на обеспечение каждого материальными средствами для духовного совершенствования — исходит не от кантианства, а от собственной религиозной философии Соловьева»².

Исключительно нравственный взгляд Соловьева на проблему права на достойное существование критиковал Б.А. Кистяковский: «не в силу чувства жалости, а в силу самой природы правовой организации в нормальном социальном строе каждому человеку должно быть гарантировано право на достойное человеческое существование, служащее основанием для целого ряда правовых притязаний личности. Необходимо, что бы всякий человек притязал, только тогда он будет и дерзать, т.е. будет свободным»³.

В связи с исследованием экономических прав человека, следует отметить, что в литературе встречается поверхностный взгляд на идеи об экономических правах человека в императорской России. В частности, Е.А. Скрипилев полагает, что в дореволюционных

¹ Валицкий А. Философия прав русского либерализма. М., 2012. С. 242.

² Валицкий А. Там же. С. 240.

³ Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 587–588.

трудах по праву «свободы граждан подразделялись на три группы 1) личные свободы, т.е. личная и жилищная свобода, тайна переписки, свобода профессий и свобода передвижения; 2) общественная свобода, то есть совести (веры), мысли, слова, печати, собраний и союзов; 3) свобода экономическая и материальная, то есть свобода собственности, труда, промышленности торговли»¹. С таким выводом трудно согласиться. Большое заблуждение, что взгляды ученых-правоведов в дореволюционной литературе были консолидированы. В литературе того периода выделяют различные школы: позитивизма, возрождения естественного права, консервативное направление, социологической юриспруденции и т.д., которые с противоположных позиций рассматривали права человека, включая экономические права.

В российской правовой литературе того времени была широко распространена теория Георга Еллинека о системе прав человека и гражданина. Г. Еллинек, называя права человека «публично-правовыми притязаниями», подразделял их на три большие категории, в соответствии с которыми различно определяется и статус лица: 1) притязания, направленные на отрицательную деятельность государства — это отдельно признанные направления индивидуальной свободы, которая сама по себе едина и означает свободное от вмешательства государства состояние индивида (например, неприкосновенность частного жилища, свобода совести, печати, соблюдение почтовой тайны, право собраний и сходок); 2) положительное или гражданское состояние, это — притязание на положительные действия государства в интересах индивида (право на судебную защиту, притязания на административную деятельность в интересах индивида); 3) состояние активного гражданина или расширенное право гражданства — это признание за гражданином возможность воздействовать на государство². Был еще начальный статус, когда человек находится в подчинении у государства, это — пассивное состояние, при котором исключено самоопределение и личность³. В частности, поддерживал рассматриваемую теории прав человека В.М. Гессен, который вслед за Еллинеком выделял права свободы, положительные публичные права и политические права⁴.

¹ Скрипилов Е.А. Там же. С. 151–168.

² Еллинек Г. Право современного государства. Т. 1. Общее учение о государстве. СПб.: Изд. товарищества «Общественная польза», 1903. С. 273–276.

³ Кистяковский Б.А. Там же. С. 527.

⁴ Гессен В.М. Основы конституционного права. Петроград: Издание Юридического книжного склада «Право», 1918. С. 58–60.

Б.А. Кистяковский, суммируя взгляды Еллинека, рассматривал публично-правовое положение индивидуума с четырех сторон: индивидуум или исполняет обязанности по отношению к государству, или свободен от вмешательства государства, или предъявляет требования к государству, или же действует за государство¹. Основной заслугой автора труда «Система субъективных публичных прав» Б.А. Кистяковский считал, что «Г. Еллинеку мы обязаны тем, что для решения этого вопроса установлена и расчищена строго юридическая почва; благодаря этому он и мог выработать в точном смысле слова научную систему субъективных публичных прав и создать их юридико-догматическую классификацию»².

Творчески воспринимая учение Еллинека в отношении экономических прав, Ю.С. Гамбаров объясняет, что отрицательная свобода индивида, состоящая в его праве на государственное невмешательство заключается в том, что государство не может, например, нарушить свободу передвижения или истинную, т.е. равную для всех, свободу труда, в которой нельзя не видеть одного из главных выражений индивидуальной деятельности. Поэтому же не может быть речи и о лишении кого бы то ни было права на продукты его труда. Индивидуальные монополии на орудия производства, например капитал, предоставляют собой посягательство на свободу труда, и, рассуждая логически, государству не следовало бы признавать капиталистическую собственность. Признание этой собственности вынуждено и условлено специальным экономическим положением; оно не дает собственнику на капитал индивидуального права против государств и есть лишь следствие объективной нормы, по существу своему, изменчивой³.

Для Б.А. Кистяковского концепция субъективных публичных прав Еллинека показала, что существующая власть права служит основанием будущего социалистического государства. «Признание социалистических прав частью прав человека и гражданина, — считал Б.А. Кистяковский, — естественно вытекает из системы субъективных публичных прав, теоретическое обоснование и разработку которой дал Еллинек»⁴.

Таким образом, теория прав человека, включая экономические права, развивалась в России как часть европейской науки, и по

¹ Кистяковский Б.А. Там же. С. 529.

² Кистяковский Б.А. Там же. С. 515.

³ Гамбаров Ю.С. Там же. С. 80.

⁴ Цит. по Валицкий А. Философия прав русского либерализма. М., 2012. С. 448.

своему значению и вкладу в современное обществознание ничуть не уступала последней. Следует согласиться с оценкой отечественной науки того периода, сделанной А.С. Тумановой, что «трактовки института прав человека, данные учеными-юристами, по своей масштабности, глубине теоретической разработке, уровню обобщения западного опыта и учета национально-исторической специфики России являются «золотым фондом» отечественного наследия¹.

Важной особенностью всей современной системы конституционных прав человека является их целостность, взаимовлияние и взаимопроникновение. Нарушение одного конституционного права может повлечь за собою ограничение или нарушение реализации целого комплекса конституционных прав, как и поддержка, восстановление конкретного конституционного права будет основанием, гарантией для других прав. Поэтому выделение экономических прав из всей конституционной системы прав человека носит условный характер.

Как правило, под основными экономическими правами и свободами понимают совокупность конституционных прав, определяющих юридические возможности человека в экономической сфере. Однако в науке не существует единого взгляда на систему основных экономических прав. Очень часто право собственности, которое является системообразующей категорией экономических прав, причисляют к личным правам.

Наиболее распространенной является классификация прав человека по сферам их реализации: личные (гражданские), политические, социальные, экономические и культурные права. Возможно, основным критерием создания такой структуры стали международные документы, в которых зафиксирован современный кодекс прав человека, поскольку в Билль о правах входят помимо Всеобщей декларации прав человека Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Международный пакт о гражданских и политических правах².

¹ Туманова А.С., Киселев Р.В. Там же. С. 8.

² Следует заметить, что в обоих названных Международных пактах право собственности не упоминается вообще. И только в ст. 17 Всеобщей декларации прав человека говорится о том, что каждый человек имеет право владеть имуществом как единолично, так и совместно с другими, и никто не должен быть произвольно лишен своего имущества. Это связано с существованием системы социалистических стран, включая СССР, которые не считали возможным признавать частную собственность и вытекающую из нее свободу предпринимательства. Поэтому в Билле о правах закреплены лишь те права, которые были приемлемы для всех государств мира. См.: Мовчан А.П. Международная защита прав человека. М., 1958. С. 41–145.

Что касается предложенной структуры прав человека, то следует согласиться с мнением, Н. Варламовой, которая считает, что на деле речь идет о классификации сфер жизнедеятельности человека, в которых могут быть использованы те или иные права, а не самих прав. Очевидно, что все права человека являются личными в том смысле, что принадлежат личности (человеку) и реализуются ею. Право собственности, традиционно относимое к экономическим правам, может быть реализовано и в сфере сугубо личной (частной, индивидуальной) жизни, если это не связано с производительным ее использованием (предпринимательской деятельностью). Таким образом, данный критерий вообще не позволяет систематизировать права человека, ибо не связан с их характером; он указывает лишь на предполагаемую (не всегда обоснованно) сферу их возможной реализации¹.

Более того, очень часто в литературе² экономические права не выделяются в отдельную группу прав, а объединяются с социальными правами. Причин для такого объединения действительно много. Основная из них — невозможность четко распределить конституционные права по категориям, как было уже указано выше. Но это не единственный аргумент для появления социально-экономических прав человека и гражданина.

Исторически сложилось в советской науке, что по идеологическим мотивам на первом месте из всех прав гражданина СССР выделялись социально — экономические права, куда входили право на труд, на отдых, материальное обеспечение в старости и в случае потери трудоспособности, право на образование, право личной собственности и ее наследования. Целесообразность использования именно такой классификации позволяла «более глубоко и всесторонне раскрыть социалистическое содержание основных прав советских граждан и более правильно определить их значение и роль в осуществлении функций государственной власти»³.

Таким образом, выделение единых социально-экономических прав имело яркий идеологический контекст. Е.И. Козлова и О.Е. Кутафин подчеркивают, что «в прежнем подходе ярко проявлялась ориентация на главенствующую роль государства в предоставлении экономических и социальных благ человеку, которого оно как бы

¹ Варламова Н. Классификация прав человека: подходы к проблеме // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 4. С. 158.

² См., например: Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. М., 2005. С. 205.

³ Лепешкин А.И. Курс советского государственного права. Т. 1. М., 1961. С. 488.

оказывало со всех сторон опекой. Личность была лишь пользователем этих благ, пассивным их созидателем по указаниям государства... Отказ от глобального огосударствления экономики, признание того, что объективно необходима частная собственность, основанная на экономической заинтересованности, активности и ответственности человека, не смогли не привести к изменению роли государства в обеспечении экономических и социальных прав и свобод личности»¹. Поэтому в современных условиях, при иной конституционной концепции прав и свобод человека не следует объединять социальные и экономические права в единую группу.

Совершенно справедливо по этому поводу замечает Л.Д. Воеводин, что «для каждого общества характерен иной тип прав, свобод и обязанностей его членов, их объем, содержание и порядок распределения. Классификация прав, свобод и обязанностей, будучи одним из способов научного анализа не может абстрагироваться от этого, не рискуя превратиться в пустую схоластику. Отсюда не может быть какой-то универсальной классификации»².

Помимо существенных изменений политико-экономического устройства и сменой идеологической парадигмы, существует и иная причина для разделения указанных групп прав. Экономические права детерминируются областью производства общественного продукта, а не сферой его распределения, как социальные права. На этом основании экономические права можно разграничивать с социальными правами.

Не существует единого перечня экономических прав. Есть права, которые чаще всего относят к экономическим, — право собственности и право выбирать род деятельности или занятий, а вопрос о принадлежности всех остальных прав еще не решен в научной литературе.

Дискуссионным является вопрос о включение в экономические права человека трудовых прав. Некоторые авторы³ считают, что составной частью экономических прав и свобод и основой построения экономической системы государства являются трудовые права. В частности, Н.В. Колотова обосновывает ведущее место в каталоге экономических прав право на труд, поскольку «труд является одним

¹ Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник. М., 2006. С. 241.

² Воеводин Л.Д. Там же. С. 182.

³ См., например: Максимов А.А. Некоторые проблемы конституционно-правового обеспечения равенства прав и свобод мужчин и женщин в сфере труда // Трудовое право в России и за рубежом. 2016. № 1. С. 13–16.

их условий возникновения первоначального права на собственность»¹. Думается, что не следует все трудовые права включать в экономические права, а только те, которые напрямую детерминируются производственной сферой. В таком случае, такие права как право на отдых, право на забастовку не будут входить в круг основных экономических прав. Большинство авторов, которые обосновывают такую позицию, исходят из единого комплекса социально-экономических отношений.

Многие авторы² объединяют экономические, социальные и культурные права в единую группу прав, поэтому их перечень содержит как экономические, так и иные права. Положительной стороной такой классификации является сохранение единства и полноты некоторых правовых комплексов, имеющих двойственную природу, в частности, трудовых прав. Однако объединение в единую группу экономических, социальных, и нередко культурных прав, не позволяет полноценно проанализировать исследуемые явления. Слишком широкое основание для классификации прав не ведет «к цели раскрыть их общественную полезность, выделить, подчеркнуть, оттенить тот или иной их коренной признак, их важную особенность»³.

Л.Д. Воеводин выделяет права и свободы в сфере экономической жизни и деятельности. К ним относятся право собственности (ст. 35 Конституции РФ), право на предпринимательскую и иную не запрещенную законом экономическую деятельность (ст. 34), право на землю (ст. 36), право на жилище (ч. 1 ст. 40), обязанность платить законно установленные налоги и сборы (ст. 57)⁴. В этой классификации следует отметить содержание единого комплекса основных экономических прав и обязанностей, что делает классификацию рассматриваемого института более содержательной.

Довольно внушительный перечень основных экономических прав излагает Г.А. Гаджиев. Автор выделяет:

¹ Права человека: учебник для вузов / отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2000. С. 164.

² Авакьян С.А. Конституционное право России. Учебный курс в 2 т. Т. 1. М., 2007. С. 575, 638–667; Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации: учебник для вузов. М., 2005. С. 177. В.Е. Чиркин выделяет экономические, социальные и культурные права, но для краткости называет их все социально-экономическими. См.: Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран: учебник. М., 2005. С. 73. Такая же схема наблюдается в учебнике Права человека. Учебник для вузов / отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2000. С. 159.

³ Воеводин Л.Д. Там же. С. 181.

⁴ Воеводин Л.Д. Там же. С. 214.

1) право выбирать род деятельности или занятий — свобода быть либо наймодателем-предпринимателем, либо нанимателем (ст. 37 Конституции);

2) право передвигаться, выбирать место пребывания и жительства — свобода рынка труда (ст. 27);

3) право объединения для совместной экономической деятельности — свобода выбора организационно-правовой формы предпринимательской деятельности и образования в уведомительном порядке различных предпринимательских структур (ст. 34);

4) право иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, свобода владеть, пользоваться и распоряжаться землей и другими природными ресурсами — свобода обладания недвижимостью (ст. 34 и 35) и свобода рынка земли (ст. 36, ч. 2);

5) право на свободу договора — свобода заключать гражданско-правовые и иные сделки (ч. 2 ст. 35);

6) право на защиту от незаконной конкуренции (ч. 2 ст. 34);

7) свобода заниматься любой предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельностью в соответствии с принципом «разрешено все, что не запрещено законом» (ч. 1 ст. 34)¹.

В этот перечень действительно включены все основные экономические права человека. В рамках нашего исследования следует особо выделить право на защиту от недобросовестной конкуренции. Автор справедливо указывает, что принцип поддержки конкуренции относится к числу опорных категорий «экономической конституции». Основной закон различает два понятия: добросовестную конкуренцию и недобросовестную конкуренцию. В части 1 статьи 8 Конституции РФ гарантируется поддержка конкуренции со стороны государства, т.е. речь идет о добросовестной конкуренции. В части 2 статьи 34 Конституции РФ, напротив, установлено, что «не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию»².

Таким образом, необходимо признать, что идеи, положившие начало институту основных экономических прав человека в России имеют глубокое философско-правовое обоснование в русской дореволюционной литературе. В современной российской науке экономические права продолжают традиционно рассматриваться как

¹ Гаджиев Г.А. Там же. С. 28.

² Гаджиев Г.А. Там же. С. 29.

социально-экономические и с точки зрения их государственно-правового содержания. Однако современное состояние теоретического анализа основных экономических прав человека нуждается в дополнительных исследованиях. Актуальной задачей является обоснование, что конституционные экономические права не только учреждают определенную экономическую систему, но и защищают экономическую свободу конкретных частных собственников. Решение этой проблемы будет способствовать созданию правовых гарантий защиты конкуренции в Российской Федерации.

§ 2. СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО НА ЗДОРОВУЮ КОНКУРЕНТНУЮ СРЕДУ И СВОБОДУ ДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

С.А. Сеницын

Особую разновидность субъективных прав в экономической сфере составляет право на свободу добросовестной конкуренции и здоровую конкурентную среду, которое осуществимо только при эффективной профилактике и пресечении недобросовестной конкуренции правопорядком. Профилактика и пресечение проявлений недобросовестной конкуренции составляет важную задачу в механизме государственного регулирования рыночной экономики, выполнение которой во многом необходимо для создания благоприятной среды для развития бизнеса и инвестиционной привлекательности экономики. Поведенческий аспект добросовестных форм конкуренции субъектов рыночных отношений показывает динамику стратегии действий субъектов рынка, находящихся в условиях естественного соперничества за сегменты производства и сбыта товара в действии правового поля: дозволений, запретов и правовых гарантий, установленных национальным законодательством. Правовое регулирование складывающихся отношений и в этой сфере не может игнорировать правовой статус субъектов права как носителей субъективных прав и обязанностей. Сама по себе возможность рассмотрения недобросовестной конкуренции как разновидности противоправных действий участников рынка предполагает наличие и охраняемого законом самостоятельного субъективного права у участников рынка.

На сегодняшний день в отечественной доктрине правовая природа субъективного права на свободу конкуренции и здоровую конкурентную среду подробно не раскрывается. В зарубежной юридической литературе обращается внимание, что недопустимость ограничения добросовестной конкуренции формирует особый в сравнении с гражданско-правовыми началами диспозитивности регулирования и автономии воли правовой принцип нейтральности к конкуренции (*Grundsatz der Wettbewerbsneutralität*), выраженный одновременно в законодательстве и как запрет недобросовестной конкуренции, и как дозволение и поощрение добросовестной конкуренции. Принцип нейтральности к конкуренции образует стержень конкурентного права, действующий в одинаковой мере и в отношении субъектов рынка, и полномочных органов власти. Для обеспечения здоровой конкуренции правопорядок использует различные правовые средства: создает ее, обеспечивая равный доступ на рынок; поддерживает уже существующую на рынке конкуренцию в отдельных сегментах рынка; ограничивает ее отдельные проявления общеобязательными ко всем или адресными к отдельным участникам рынка требованиями.

В этих условиях одновременно реализуются различные функции конкурентного права: общее обеспечение благоприятной среды для деятельности участников рынка как задача законодателя и главное направление деятельности антимонопольных органов (регулирующая функция); защитная функция, направленная на компенсацию и восстановление позиции участника рынка, пострадавшего от недобросовестных и противоправных действий конкурентов, а в отношении участников рынка, ограниченных в реализации свободы конкуренции картельными или административными мерами, на нейтральность к конкуренции, способствует легитимации вмешательства (функция легитимации), когда обращение антимонопольного органа к участнику рынка служит цели создания конкуренции на одинаковых условиях для всех, например, антимонопольный орган обращается к собственнику сетей с требованием-обязанием открыть сеть для конкуренции.

Наконец, «при создании правовыми средствами конкуренции дополнительно появляется ответственность законодателя за организованный им процесс конкуренции». Здесь нейтральность к конкуренции определяет наиболее объективную, прозрачную, контролируемую и предоставляющую равные шансы организацию процесса», что позволяет вести речь о гарантирующей функции

принципа нейтральности к конкуренции¹. Полномасштабное действие принципа нейтральности к конкуренции обусловило и модернизацию принципа свободы договора в догматике гражданского права, поскольку его существенное ограничение было связано с недопущением недобросовестных соглашений конкурентов² независимо от форм таковых.

В любом случае общим является формулировка правопорядком в нормативных актах общеобязательных требований общего действия, принуждающих «действовать нейтрально по отношению к конкуренции» в целях обеспечения блага для рыночных механизмов в целом. В связи с этим указывается, что принцип нейтральности к конкуренции выводится из совокупного рассмотрения относящихся к конкуренции гарантий, на толкование и применение которых он имеет обратное действие на уровне поощрения добросовестного поведения на рынке. Сфера применения принципа нейтральности к конкуренции обусловлена каждым случаем в отдельности и в целом обеспечена основными конституционными правами, особенно правами свободы предпринимательской деятельности и равенства, запретом ограничений, что индивидуализирует принцип нейтральности к конкуренции применительно к деятельности субъектов рынка в качестве субъективного права, которое не является во всех случаях одинаковым по своему содержанию³, хотя бы потому что свободе конкуренции противостоят не только действия недобросовестных участников рынка, но и особые правомочия, которые принадлежат определенным субъектам рынка в силу их особого гражданско- (или) административно-правового статуса с заведомо выигрышной конкурентной позицией. Спорным считается, служит ли принцип нейтральности к конкуренции только защите конкурента или же выступает как общая юридическая гарантия роли конкуренции в экономике. Германскими авторами отмечается, что право на свободу и неприкосновенность добросовестной конкуренции обеспечено средствами защиты, как и любое субъективное право, в том числе

¹ Öffentliches Wettbewerbsrecht Neuvermessung eines Rechtsgebiets herausg. G. Krichhof, S. Korte, S. Magen. Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2014. S. 14, 102–104.

² См.: Historisch-kritischer kommentar zum BGB herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2007. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. S. 119.

³ См.: Öffentliches Wettbewerbsrecht Neuvermessung eines Rechtsgebiets herausg. G. Krichhof, S. Korte, S. Magen. Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg ... S. 14, 101; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Grosskommentar herausg. O. Teplitzky, K-H Peifer, M. Leistner. Berlin-Boston, 2014. S. 641.

§ 823 BGB, что позволяет его относить к числу абсолютных прав¹, в большинстве случаев свобода конкуренции рассматривается как самостоятельный вид субъективного права в современном европейском конкурентном праве². Абсолютность права для защиты от недобросовестных действий конкурентов, как правило, выводится из правовых гарантий, адресованных всем участникам рынка, о нарушении их экономических интересов в результате недобросовестной конкуренции.

Нельзя не отметить, что такое понимание не является общепризнанным. Изначально недобросовестная конкуренция воспринималась как нарушение экономической индивидуальности и свободы, поэтому действия нарушителя квалифицировались как вмешательство в обязательственные права других конкурентов. Однако практика показала, что многочисленные недостойные одобрения правом действия предпринимателей нельзя или же только искусственно можно интерпретировать как вмешательство в чужие личные и обязательственные права, в связи с чем было предложено рассматривать добросовестную конкуренцию как самостоятельный объект правовой защиты, в сохранении которой заинтересован не только отдельный конкурент, но и его контрагенты и, наконец, сам оборот и общество в целом³. На базе этого было предложено считать, что признак недобросовестной конкуренции следует усматривать не в нарушении субъективного права, а в нарушении норм объективного права⁴.

Недобросовестная конкуренция не обязательно должна затрагивать индивидуальные интересы других конкурентов, поэтому достаточным критерием недобросовестной конкуренции следует считать нарушение норм конкурентного законодательства, но при этом ошибочно будет считать, что нарушение норм конкурентного законодательства и нарушение соответствующих им субъективных прав во всех случаях являются взаимоисключающими: нарушение норм конкурентного законодательства в большинстве случаев нарушает и субъективные права участников рынка на свободу конкуренции. Отмечалось и то, что право на конкурентное положение обладает

¹ См.: Erbert B. *Geschäftsamassung*. Berlin, 2000. S. 131.

² См.: *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge* herausg. A. Bogdandy, J. Bast. Jena, 2013. S. 769.

³ Kummer M. *Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlautern und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb // Abhandlungen zum schweizerischen Recht*. Bd. 338. Stämpfli, Bern, 1960. S. 85.

⁴ Pedrazzini Mario M., Pedrazzini, Federico A. *Unlauterer Wettbewerb UWG*. Bern, 2001. S. 53.

слишком неопределенным (конкретизируемым только в отдельном случае) содержанием, чтобы его можно было признать субъективным правом — разработчик такого подхода рассматривает обеспеченную законодательством о конкуренции защиту предпринимательской деятельности как выражение субъективных прав, предусматривающих ответственность за нарушение законодательства о конкуренции¹.

С точки зрения К.Х. Фецера нарушение прав на свободу конкуренции в равной степени влечет «нарушения объективно-правового, субъективно-правового и нравственно правового характера в отношениях между конкурентами». Однако последний подход сам полон неопределенности, которая мешает его однозначному пониманию. Другая группа авторов аргументирует позицию о том, что конкурентное законодательство защищает только частные интересы, предусматривая правовые санкции для защиты этих интересов, в нем закреплено особое «абсолютное право на фактические отношения между конкурентами»², которое может быть отнесено к особой разновидности личных прав. Непонятно лишь, каким образом право по своему содержанию регулирует фактические отношения, не ограничиваясь при этом функцией защиты.

В целом следует различать право на здоровую конкурентную среду и право требования по воздержанию от конкуренции со стороны конкретных лиц, принявших на себя такое обязательство. Обязанность по воздержанию от конкуренции чаще всего является договорной, выражает в чистом виде гражданское правоотношение между субъектами оборота и может квалифицироваться как обязательство с отрицательным содержанием. В юридической литературе отмечалось, что «субъективные права на несомнение действий»³ основаны на нормах объективного права, устанавливающих запрет, из чего следует, что установленная законодательством защита является доказательством существования субъективного права, в результате чего и на основании законодательно признанной возможности для заявления иска о несомнении определенных действий существенным образом стирается «различие между защищенными правом интересами и субъективными

¹ Fezer K.-H. Markenschutz durch Wettbewerbsrecht ... und subjektives Recht im Wettbewerbsrecht // WRP 1993. S. 565, 571.

² Gubler E. Der Ausstattungsschutz nach UWG. Stämpfli, 1991. S. 12.

³ Enneccerus L., Nipperdey H.C. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: ein Lehrbuch. Tübingen, 1952. Bd. I. S. 432.

правами»¹. Столь категоричных выводов можно было бы избежать, если учесть, что установленные законодательством запреты формируют должную модель поведения обязанного лица, что само по себе еще не является достаточным доказательством формирования субъективного права в его конкретном содержании и объеме, тем более не ясно, что является основанием возникновения искомого права. При этом нельзя забывать, что А. Тур говорит здесь о праве на запрет вообще, но не отдельно о конкурентных правах.

Формально-позитивный подход игнорирует, что конкурентное законодательство защищает и частные интересы конкретных конкурентов как субъектов права, для чего правопорядок создает и гарантирует здоровую конкурентную среду. При таких обстоятельствах недобросовестное поведение конкурентов является вмешательством в частные интересы другого конкурента и потому непременно является нарушением его субъективного права. В связи с этим справедливо отмечается, что при применении антимонопольного законодательства «субъективно-правовая и объективно-правовая защита правовых ценностей совпадают»². Соответственно правонарушение в этом случае может считаться двуобъектным, поскольку недобросовестными действиями конкурентов нарушаются одновременно и общий запрет на недопустимость недобросовестной конкуренции, установленный нормами объективного права в конкурентном законодательстве, и субъективные права других конкурентов.

Таким образом, содержание субъективного права на здоровую конкурентную экономическую среду тесно связано с понятием недобросовестной конкуренции. Абсолютность этого субъективного права обусловлена запретом на недобросовестную конкуренцию и выражает право на ненарушение собственных экономических интересов в результате недобросовестной конкуренции, обращенное к неопределенному кругу лиц. Интересно отметить, что в цитируемой работе М. Куммер определяет конкурентное субъективное право как абсолютное, понимая под ним «право на положение в качестве конкурента на рынке», содержание которого ориентировано на объективно-правовую норму (масштаб добросовестности), которое моделировалось учеными в значении особого «абсолютно-

¹ Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München und Leipzig, 1918. Bd. 2. Hälfte 2. S. 479.

² Portmann W. Wesen und System der subjektiven Privatrechte. Zürich, 1996. S. 152, 153, 154, 166.

го права со своеобразной, разделенной на две части негативной защитой», с одной стороны, являющейся защитой от недобросовестных действий, а с другой — защитой экономической свободы¹. Данный вывод влечет важные последствия для правопонимания, поскольку допускает ограниченную защиту абсолютного права против заранее определенного круга лиц (например, по законодательству и правоприменительной практике Швейцарии требования картельного законодательства распространяются в принципе только на картели и приравненные к ним организации, а также их членов), что дополняет классические представления об абсолютных правах.

Охрана и защита свободной и добросовестной конкуренции образует не только цель государственной политики в сфере регулирования экономики, но одновременно формирует и особое субъективное право на свободу добросовестной конкуренции у субъектов рынка, признание осуществления которого является необходимым условием свободы экономической деятельности, в то время как уровень развития национального антимонопольного законодательства является индикатором степени защиты государством свободы торговли и предпринимательства.

Цели антимонопольного законодательства, базирующегося на сочетании элементов частного и публичного регулирования, связываются с защитой не только публичного порядка, но и прав субъектов предпринимательской деятельности². Некоторые сомнения вызывает лишь ограниченность утверждения о том, что антимонопольное законодательство защищает только гражданские права. Очевидно, что заключение и исполнение антиконкурентных соглашений, злоупотребление доминирующим положением на рынке причиняют вред не только экономической среде в целом, но и ущемляют права и законные интересы конкретных участников рынка: в этом смысле антимонопольное нарушение является двубъектным, поскольку с одной стороны, им нарушается установленный законодательством запрет недобросовестного поведения, а с другой стороны, субъективное право и законные интересы уже конкретного субъекта, но в тоже время нарушение субъективного права конкретного субъекта не является необходимым условием и признаком недобросовестной конкуренции. Право на здоровую конкурентную среду осуществляется при деятельном содействии государства, по-

¹ Kummer M. Op. cit. S. 81, 124.

² Конкурентное право России: учебник / под ред. И.Ю. Артемьева, А.Г. Сушкевича. М., 2012. (автор главы — Н.И. Клейн). С. 48.

казателем чего выступает эффективная деятельность антимонопольных и судебных органов, в то время как предусмотренные антимонопольным законодательством санкции реализуются в отношении конкретного правонарушителя.

Сущностное содержание и структура субъективного права на здоровую конкурентную среду не отвечают признакам субъективных гражданских прав, поскольку не могут осуществляться только властью и в интересе только отдельного предпринимателя — участника рынка исключительно по его усмотрению, в то время как само нарушение антимонопольного законодательства не локализуется интересами и обеспеченными правом возможностями отдельного предпринимателя. Особенности проявляются уже на стадии возникновения права на здоровую конкурентную среду: достаточно быть участником соответствующего рынка, в силу чего такое право возникает и подлежит защите у всех участников рынка одновременно в силу закона, наступления специальных фактов-оснований для этого не требуется. Специфика содержания этого права позволяет, как нам представляется, его отнести к числу субъективных публичных прав, которые реализуются при непосредственном деятельном содействии органов государственной власти и вне его немыслимы. Такой подход объясняет широкий арсенал правовых средств защиты права на здоровую конкурентную среду, который не ограничивается правовыми средствами отдельной отрасли.

Интересно рассмотрение применения гражданско-правовых исков для защиты пострадавших от нарушений антимонопольного законодательства. Объективно нарушения антимонопольного законодательства посягают на здоровую конкурентную среду на товарном рынке и могут причинить имущественный вред его участникам. Российские авторы считают, что по примеру зарубежных правовых порядков взыскание убытков как разновидность судебного способа защиты от антимонопольных нарушений «может и должно» стать востребованным механизмом параллельно с обращениями в антимонопольные органы с жалобами в административном порядке. В качестве оснований потенциально возможных исков приводятся ссылки на ст. 15 ГК РФ¹. По своей природе рассматриваемый способ защиты от недобросовестного поведения монополиста отличен от распространенных на практике способов взыскания убытков как меры защиты нарушенных гражданских прав, об этом свидетельст-

¹ Борзило Е.Ю. Некоторые вопросы возмещения убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства // Вестник ВАС. 2014. № 5. С. 23, 25.

вует сам характер правонарушения (нарушение норм антимонопольного законодательства монополистом), специфика обстоятельств, подлежащих доказыванию (например, вынужденные затраты конкурентов монополиста, понесенные вследствие нарушения последним антимонопольного законодательства, изменение в динамике уровня цен на товары до и после нарушения монополистом антимонопольного законодательства; расходы, связанные с вынужденным уходом с рынка или наоборот с невозможностью влиться в здоровую конкурентную среду и др.), круг потенциальных истцов по требованиям о возмещении убытков (конкуренты, прямые и последующие приобретатели товара у монополиста или же и те, и другие, выступающие соистцами в индивидуальном или коллективном исках). Неслучайно зарубежная практика различно квалифицирует заявляемые требования: «оптимальный штраф», «тройные убытки», что еще раз подчеркивает специфику действия мер гражданско-правовой защиты в рассматриваемых условиях.

Для применения ст. 15 ГК РФ обязательно конкретизировать нарушенное субъективное право истца, которое, с нашей точки зрения, должно считаться правом на здоровую конкурентную среду на рынке товаров, относимым к числу субъективных прав в экономической сфере. В этой ситуации целесообразно говорить и об особом гражданско-правовом способе защиты прав добросовестных конкурентов на рынке, о действии специального механизма компенсации за недобросовестное поведение монополиста, что может обосновывать и применение специальных мер ответственности.

§ 3. ПРЕДЕЛЫ СВОБОДЫ И ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ КАК УСЛОВИЯ КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТИ РЫНОЧНОЙ ЭКОНОМИКИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

В.П. Камышанский

По общему праву свобода конкуренции в любой развитой экономике презюмируется. Она стимулирует товаропроизводителя производить качественные товары в необходимом количестве и ассортименте, надлежало выполнять работы и оказывать надлежащие услуги. При этом любая свобода конкуренции, как осознанная необходимость, имеет свои границы. В противном случае безграничная свобода одних может превратиться в произвол по отношению

к другим участникам гражданского оборота. В связи с этим нуждается в постоянных исследованиях границы пределов осуществления и ограничения свободы конкуренции в Российской Федерации с целью их оптимизации в интересах рыночной экономики.

Рыночная экономика предполагает развитие отношений между участниками рынка на основе равенства, взаимной выгоды, свободы и справедливости. Без наличия этих, казалось бы, очевидных, но далеко не всегда существующих условий сложно представить прогресс и процветание рыночных отношений в Российской Федерации и за ее пределами.

Конкуренция призвана обеспечить наиболее благоприятные условия для развития рыночных отношений на рынке товаров, работ и услуг. С этой целью представляет определенный интерес анализ действующего законодательства, регулирующего отношения, нуждающиеся в правовых гарантиях обеспечения свободы конкуренции в целом ряде секторов экономики. Имеется, прежде всего:

- правовое регулирование градостроительной деятельности;
- развитие малого и среднего бизнеса в сфере оказания гостиничных услуг;
- аренда земельных участков муниципальной собственности, необходимых для эксплуатации объектов недвижимости малого и среднего бизнеса;
- управление многоквартирными жилыми домами в сфере ЖКХ;
- предоставление земельных участков под строительство многоквартирных жилых домов.

Свобода конкуренции предполагает равные возможности для участников рынка в осуществлении предпринимательской деятельности. Вместе с тем декларированное законодательством равенство возможностей на практике зачастую наталкивается на действия, которые явно отвечают не столько интересам общероссийского рынка, сколько интересам отдельно взятых субъектов, занимающих доминирующее положение в определенном секторе экономике, либо обладающими властными полномочиями в сфере государственной власти или местного самоуправления. Это могут быть чиновники различного уровня органов публичной власти и местного самоуправления, представители силовых ведомств, энергоснабжающие организации, различного рода контролирующие органы и пр.

Глубокая модернизация гражданского законодательства Российской Федерации последних лет и, прежде всего, Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) привела к тому, что

далеко не всегда внесение изменений в текст ГК РФ сопровождалось одновременно внесением соответствующих изменений в иные федеральные законы, регулирующие отношения, относящиеся к предмету гражданского права. Не является исключением и Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ¹ (далее Закон о защите конкуренции).

Согласно п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции *под конкуренцией принято понимать* «соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке». К хозяйствующим субъектам в данном случае законодатель относит не только коммерческие, но и некоммерческие организации, осуществляющие деятельность, приносящую ей доход. Из этого следует, что на общие условия обращения товаров, работ и услуг отдельно взятый участник не вправе воздействовать самостоятельно по собственной инициативе и исключительно в свою пользу. Такие действия подпадают под понятие «недобросовестная конкуренция».

В связи с этим нуждается в уточнении само понятие недобросовестной конкуренции, закрепленное в п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции. Согласно тексту федерального закона недобросовестная конкуренция представляет собой «любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ *при осуществлении предпринимательской деятельности* (выделено мною — В.К.), противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям *добросовестности* (выделено мною — В.К.), разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации».

Как нам представляется, такое нормативное определение недобросовестной конкуренции, с одной стороны, сужает сферу его воздействия до исключительно предпринимательской деятельности. С другой стороны, — страдает явными признаками неопределенности, позволяющими толковать его содержание весьма широко в процессе правоприменительной деятельности. В связи с этим нуждаются в уточнении следующие аспекты содержания нормативно закрепленного определения недобросовестной конкуренции.

¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

Во-первых, действия хозяйствующих субъектов, направленные на получение преимуществ, могут не иметь непосредственного отношения к предпринимательской деятельности, а представлять собой иную деятельность. Например, высшие учебные заведения, являясь некоммерческими организациями, в борьбе за абитуриента могут позволить себе нанести вред деловой репутации своим конкурентам на рынке оказания образовательных услуг путем распространения недостоверных сведений об их деятельности. Или, к примеру, распределение бюджетных мест среди образовательных учреждений в зависимости от формы собственности, а не уровня учебно-материальной базы, качества профессорско-преподавательского состава, востребованности выпускников работодателями ставит в неравное положение государственные и частные, профильные и так называемые непрофильные, федеральные, опорные и обычные учебные заведения высшего профессионального образования. Однако эта деятельность не имеет ничего общего с устоявшимися представлениями о предпринимательской деятельности и недобросовестной конкуренции. Государственные и муниципальные преференции должны способствовать развитию конкуренции, стимулировать деятельность хозяйствующих субъектов, способных обеспечить наиболее эффективное использование предоставляемого им государственного и муниципального имущества, имущественных льгот вне зависимости от их организационно-правовой формы и формы собственности.

Следует признать, что буквальное толкование закрепленного в Законе о защите конкуренции нормативного понятия недобросовестной конкуренции не позволяет обеспечить защиту прав добросовестного участника рынка товаров, работ и услуг от действий недобросовестных конкурентов в отношении целого ряда некоммерческих организаций, поскольку их приносящая доход деятельность, разрешенная в силу закона, не является предпринимательской деятельностью и не подпадает под действие Закона о защите конкуренции.

Например, некоторые образовательные учреждения, являющиеся некоммерческими организациями, уже не могут заниматься в силу ГК РФ предпринимательской деятельностью. В апреле 2014 года Государственной Думой РФ был принят очередной пакет изменений Гражданского кодекса РФ. На этот раз поправки коснулись общих положений о юридических лицах, закрепленных в гл. 4 ГК РФ. Согласно принятым поправкам определенные некоммерческие организации теперь могут осуществлять не предпринимательскую,

а приносящую доход деятельность. При этом они должны соблюдать следующие условия: во-первых, эта деятельность должна служить достижению уставных целей НКО, ради которых они созданы; во-вторых, приносящая доход деятельность должна соответствовать целям, ради которых создается то или иное НКО; в-третьих, если эти виды деятельности предусмотрены учредительными документами некоммерческой организации.

Ранее в ГК РФ говорилось о том, что НКО могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям. Правовая природа приносящей доход деятельности достаточно подробно анализировалась в юридической литературе¹, что в последующем получило нормативное закрепление в ГК РФ в процессе его модернизации. Поскольку понятия «предпринимательская деятельность» и «приносящая доход деятельность» не равноценные и неравнозначные, в настоящее время возникла необходимость внести соответствующие изменения в нормативно закреплённое понятие «конкуренция» в Законе о защите конкуренции. Предпринимательскую деятельность нельзя рассматривать по отношению к приносящей доход деятельности как часть общего, вид и род. Она не есть часть целого (общего), поскольку имеет свою специфику и характерные признаки. Наличие прибыли всегда предполагает превышение доходов над расходами. В противном случае предпринимательская деятельности теряет всякий смысл как деятельность, направленная на систематическое извлечение прибыли в интересах учредителей и участников коммерческих организаций.

Согласно п. 1 ст. 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Предпринимательская деятельность характеризуется наличием риска и системности получения прибыли.

В отличие от предпринимательской деятельности приносящая доход деятельности не предполагает в обязательном порядке получения прибыли. Расходы могут превышать доходы, вследствие чего приносящая доход деятельности может оказаться и планоубыточной изначально, либо на каком-то этапе, либо в отношении опре-

¹ См., например: Лескова Ю.Г. Предпринимательская и приносящая доход деятельности некоммерческих организаций // *Гражд. суд. процесс.* 2009. № 2. С.

деленного круга лиц, либо в силу ее социальной значимости. Эта деятельность может не иметь системного характера.

Некоммерческая организация может осуществлять один вид деятельности или несколько видов деятельности, не запрещенных законодательством Российской Федерации и соответствующих целям деятельности некоммерческой организации, которые предусмотрены ее учредительными документами (п. 1 ст. 24 «Виды деятельности некоммерческой организации» ФЗ «О некоммерческих организациях»).

Основной деятельностью бюджетного и казенного учреждений признается деятельность, непосредственно направленная на достижение целей, ради которых они созданы. Исчерпывающий перечень видов деятельности, которые бюджетные и казенные учреждения могут осуществлять в соответствии с целями их создания, определяется учредительными документами учреждений.

Законодательством Российской Федерации могут устанавливаться ограничения на виды деятельности, которыми вправе заниматься некоммерческие организации отдельных видов, а в части учреждений, в том числе, отдельных типов. Так согласно ч. 2 п. 2, 3 ст. 298 ГК РФ автономное и бюджетное учреждение в равной мере вправе осуществлять приносящую доходы деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых оно создано, и соответствующую этим целям, при условии, что такая деятельность указана в его учредительных документах. Доходы, полученные от такой деятельности, и приобретенное за счет этих доходов имущество поступают в самостоятельное распоряжение автономного или бюджетного учреждений.

Казенное учреждение может осуществлять приносящую доходы деятельность в соответствии со своими учредительными документами. Доходы, полученные от указанной деятельности, поступают в соответствующий бюджет бюджетной системы Российской Федерации (ч. 2 п. 4 ст. 298 ГК РФ). При этом в отличие от бюджетных и автономных учреждений для казенного учреждения приносящая доходы деятельность не ограничена исключительно целями его создания. Главное, чтобы эти виды приносящей доходы деятельности соответствовали учредительным документам.

В отличие от казенного учреждения, в отношении которого приносящая доходы деятельность не должна соответствовать его учредительным документам, частное учреждение вправе осуществлять приносящую доходы деятельность, только, если такое право прямо предусмотрено в его учредительном документе.

Как следует из ГК РФ, учреждения всех типов могут заниматься приносящей доходы деятельностью и не могут заниматься предпринимательской деятельностью. Это означает, что осуществляемая ими приносящая доходы деятельность вне зависимости от ее содержания не может быть квалифицирована как недобросовестная конкуренция по формальному признаку, поскольку она не является предпринимательской.

Во-вторых, законодатель связывает понятие недобросовестной конкуренции с такими оценочными категориями как добросовестность, разумность и справедливость. Как нам представляется, оценочные категории всегда привносят некоторую неопределенность при оценке действий любого субъекта гражданского оборота, в том числе и применительно к правилам о соблюдении конкуренции на рынке товаров, работ и услуг. Вызывает определенные сомнения относительно целесообразности закрепления в понятии «недобросовестная конкуренция» для раскрытия его содержания категории «добросовестность». Ее следует заменить на категорию «добросовестность», получившую закрепление в качестве одного из основополагающих принципов гражданского права в п. 3 ст. 1 ГК РФ, согласно которому «при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Не добросовестность, а именно добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются в иных нормах ГК РФ (п. 5 ст. 10 ГК РФ). Согласно общему посылу, закреплённому в гражданском законодательстве, не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Законодатель посчитал целесообразным выделить следующие признаки ограничения конкуренции (п. 17 ст. 4 Закона о конкуренции):

- сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке; рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке;
- отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке;
- определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями ино-

го лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке;

- иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке;

- установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации.

Представляется, этот перечень следует дополнить, как минимум, еще одним пунктом. Речь идет о некоторой конкретизации такого признака ограничения конкуренции, как иных обстоятельств, создающих возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке. Такая возможность может возникнуть у хозяйствующих субъектов при необоснованном предоставлении им государственных или муниципальных преференций, предусмотренных п. 20 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

Ограничением права на свободу доступа к рынкам товаров, работ и услуг следует рассматривать государственные и муниципальные преференции. Дело в том, что лица, не получившие преференции, оказываются в неравных условиях по отношению к тем участникам гражданского оборота, которые получили государственные и муниципальные преференции. «Государственные или муниципальные преференции — предоставление федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями отдельным хозяйствующим субъектам преимущества, которое обеспечивает им более выгодные условия деятельности, путем передачи государственного или муниципального имущества, иных объектов гражданских прав либо путем предоставления имущественных льгот, государственных или муниципальных гарантий» (п. 20 ст. 4 Закона о конкуренции).

Согласно п. 1 ст. 19 Закона о защите конкуренции государственные или муниципальные преференции могут быть предоставлены

непосредственно на основании правовых актов федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта Российской Федерации, органа местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных органов или организации исключительно для достижения целей, исчерпывающий перечень которых закреплен в указанной статье (всего 15 целей). По своему характеру речь идет о социально значимых целях, на финансирование которых из бюджета в течение многих десятилетий традиционно не выделялось необходимых средств (наука, образование, здравоохранение, культура, сельское хозяйство, поддержка малого и среднего бизнеса и пр.)

По общему правилу предоставление преференций для указанных целей допускается только с предварительного письменного согласия антимонопольного органа. К сожалению, такого рода гарантии справедливости распределения преференций пока, как показывает практика, явно недостаточно.¹

Более того, в целом ряде случаев такого согласия антимонопольного органа для предоставления государственных и муниципальных преференций совсем не требуется. Например, когда преференции предоставляются на основании федерального закона, правового акта Президента Российской Федерации, правового акта Правительства Российской Федерации, законов субъектов Российской Федерации о бюджете, нормативных правовых актов органов местного самоуправления о бюджете, содержащих либо устанавливающих порядок определения размера государственной или муниципальной преференции и ее конкретного получателя (п. 1 п. 3 ст. 19 Закона о защите конкуренции); либо в соответствии с государственными программами (подпрограммами) Российской Федерации, государственными программами (подпрограммами) субъектов Российской Федерации и муниципальными программами (подпрограммами), содержащими мероприятия, направленные на развитие малого и среднего предпринимательства (п. 4 п. 3 ст. 19 Закона о защите конкуренции).

Такая практика распределения государственных и муниципальных преференций существенно повышает субъективную составляющую и содержит в себе коррупционную составляющую. В связи с этим нуждается в дополнительных правовых гарантиях законодательное закрепление правил и критериев отбора субъектов граждан-

¹ Возьмем, к примеру, совершенно непрозрачную практику докапитализации ликвидности системообразующих коммерческих банков за счет фонда национального благосостояния РФ, предоставление бюджетных мест для поступающих в образовательные учреждения, распределение различного рода грандов и пр.

ского оборота, способных наиболее эффективно использовать предоставляемые материальные блага для определенных социально значимых целей.

В настоящее время отсутствует гибкая и целенаправленная государственная политика в сфере предоставления преференций. Действующая система преференций не позволяет обеспечить справедливость перераспределения государственных и муниципальных ресурсов в пользу наиболее нуждающихся и способных эффективно их использовать по целевому назначению¹. Чаще преференции предоставляются определенным категориям лиц вне зависимости от степени их нуждаемости и наличия возможностей реализовать преференции наиболее эффективным образом. Одним из путей решения этой проблемы видится более активное подключение общественного контроля за обоснованностью предоставления и поэтапной реализацией государственных и муниципальных преференций за счет представителей науки, образования, здравоохранения, культуры, обладающих потенциальными возможностями на их получение.

§ 4. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОНКУРЕНЦИИ НА УНИВЕРСАЛЬНОМ УРОВНЕ: СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ

А.Я. Капустин

Конкуренция в современной экономической доктрине и политико-правовых концепциях государственного развития большинства государств мира предстает в качестве основы успешно развивающейся рыночной экономики². Вместе с тем в современном международном праве, а также в международном экономическом праве, в том числе в доктрине, ей уделяется ничтожно мало внимания³, что

¹ См. подробнее: Карасевич М.С. Содержание преференций и их влияние на формирование правосознания // Пробелы в российском законодательстве. М., 2012, № 5. С. 121—125.

² См.: Ячеистова Н.И. Международная конкуренция: законодательство, регулирование и сотрудничество. Нью-Йорк, Женева, 2001. С. XIII.

³ Достаточно обратиться к учебникам по международному экономическому праву, изданным в последнее время в нашей стране. В большинстве из них отсутствуют специальные разделы или параграфы, посвященные сотрудничеству в сфере конкурентной политики. См., например: Шумилов В.М. Международное экономическое право. М., 2011; Международное экономическое право: учебное пособие / под ред. А.Н. Вылегжанина. М., 2012; Ковалев А.А. Международное экономиче-

имеет логичное объяснение. Международное право, как известно, предназначено для регулирования отношений между государствами и иными субъектами международного права (международными межправительственными организациями и др.).

Регулирующее воздействие международного права распространяется не на всю совокупность международных экономических отношений, а лишь на ту их часть, в которых участвуют суверенные государства и международные организации. Причем современная система международных экономических отношений структурно очень неоднородна: она включает суверенные государства, обладающие развитой экономикой, а также большое количество бедных, экономически слабых государств, экономика которых по мировым меркам признается неконкурентоспособной. В этих условиях ожидать разработки каких-либо глобальных подходов к регулированию мировой конкуренции, например, в ООН, не приходится, хотя тезис о том, что в «условиях интернационализации экономических связей конкуренция, так же как и способы ее нелегального ограничения, приобретают международный характер»¹, в целом не вызывает возражений.

Проблема заключается в том, что государства как субъекты международного экономического права не выступают (за редким исключением) в качестве хозяйствующих субъектов в международных экономических отношениях. Они принимают на себя обязательства в международных экономических отношениях не только для того, чтобы определить или подтвердить свои соответствующие международные права и обязанности, но и для того, чтобы обеспечить

ское право и правовое регулирование международной экономической деятельности: учебное пособие. М., 2007. В последнем случае у профессора А.А. Ковалева материал об ограничительных мерах и недобросовестной практике помещен в раздел, посвященный международной экономической безопасности, и специально не выделен. Отдельный параграф о недобросовестной и противоправной коммерческой практике (конкуренции) помещен в главу XII «Нарушения и ограничения международных торгово-экономических отношений» в учебнике профессора Г.М. Вельяминова. См.: Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. (Академический курс): учебник. М., 2004. С. 301–303. В зарубежных изданиях по международному экономическому праву длительное время этой теме также не уделялось внимания. См., например: August R. International business law. Text, cases and Reading. Prentice Hall, 1993. В то же время в работе французских юристов Д.Карро и П.Жюйара в главу о многосторонних правилах торговой защиты включены материалы о нечестной деловой практике предприятий и борьбе с ней. См.: Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право. М., 2002.

¹ Там же.

интересы непосредственных хозяйствующих субъектов. Последние не являются субъектами международного права, но могут пользоваться теми правовыми режимами и условиями, которые формируются заинтересованными государствами. В зависимости от уровня развития национальной экономики хозяйствующие субъекты, выходя на мировой рынок, могут быть носителями справедливой конкуренции, если они сталкиваются с экономиками и рынками других стран, находящихся на близком им уровне экономического развития, и благоприятным отношением со стороны принимающего государства. Если же государство или группа государств, находящихся в равных экономических условиях, проводит протекционистскую политику в отношении своих фирм и компаний, то налицо отклонение от принципов справедливой конкуренции, чем бы не обосновывались такие защитные меры.

Вместе с тем, если хозяйствующие субъекты из более развитых стран мира проникают на рынки менее развитых стран, то они из носителей справедливой конкуренции могут превратиться в ее разрушителей, а протекционистская политика слаборазвитых стран будет выглядеть не отклоняющейся от соответствующих принципов, а обеспечивающей их действие. Таким образом, противоречивое отношение к обеспечению конкуренции на международном уровне объясняется самой структурой современных международных экономических отношений, в которых участвуют государства с развитой экономикой, развивающиеся государства, экономический уровень которых не позволяет им на равных конкурировать с развитыми странами. Еще в более сложном положении находятся наименее развитые страны, которые в определенных случаях обладают неконкурентоспособными экономиками, а также страны с так называемой переходной экономикой, уступающие по уровню экономического развития развитым странам.

С учетом того, что в международном экономическом праве еще не сложилось особого института — международного конкурентного права в силу указанных выше причин, некоторые специалисты предлагают взаимодействие государств в данной сфере определять либо как «международное сотрудничество по вопросам конкурентной политики»¹, либо как «международное регулирование в сфере конкуренции»². В принципе оба термина имеют право на существо-

¹ См.: Matsushita M., Schoenbaum Th.J., Mavroidis P.C. The World Trade Organization. Law, Practice and Policy. Oxford, 2006. P. 885–892.

² См.: Ячеистова Н.И. Указ.соч. С. 143–246.

вание, хотя при этом следует иметь в виду, что международно-правовые формы регулирования на различных уровнях сотрудничества (универсальном, региональном, специализированном двустороннем) могут значительно отличаться. Так, если на универсальном уровне (ООН, ВТО) преобладают акты мягкого права и международные договоры, то на региональном уровне, например в региональных организациях экономической интеграции, таких как Европейский Союз (ЕС), наряду с договорными широкое распространение получили юридически обязательные акты институтов и решения международного судебного органа (Суда ЕС), также можно встретить акты мягкого права.

Нередко в международно-правовой доктрине сотрудничеству государств в области конкурентных отношений придается негативный оттенок, поскольку акцент делается на нарушения и искажения международно-правового режима торгово-экономических отношений, которые могут совершаться как частными лицами — коммерсантами и компаниями, так и государствами¹. Вместе с тем нельзя не отметить, что международное сотрудничество государств в конкурентной сфере направлено и на достижение позитивных результатов, образцов, т.е. на формирование правил справедливой, добросовестной конкурентной практики, т.е. на принятие всевозможных рекомендательных актов, призванных содействовать государствам в подготовке национально-правовых актов о конкуренции².

Международно-правовое регулирование на универсальном уровне осуществляется, как правило, ООН или международными организациями, входящими в систему ООН. Однако специфика международных экономических отношений состоит в том, что наряду с ООН на универсальном уровне осуществляется регулирование Всемирной торговой организацией (ВТО), формально не входящей в систему ООН. Хотя такая институциональная архитектура международных экономических отношений может привести к определенным трениям и соперничеству между универсальными межправительственными организациями, она сформирована и существует, указывая на некоторый дуализм международно-правового регулирования конкуренции на универсальном уровне.

¹ См.: Вельяминов Г.М. Указ соч. С. 300—301.

² Так, в 2000 г. ЮНКТАД приняла «Типовой закон о конкуренции» в виде проекта комментариев к возможным элементам статей типового закона или типовых законов.

С учетом того, что конкуренция относится к специальным и в принципе не традиционным для международных отношений и международного права вопросам, в ООН можно выделить несколько уровней регулирования конкуренции.

Первый уровень — это непосредственное регулирование конкуренции ООН, которое осуществляется, как правило, путем формулирования в актах рекомендательного характера принципов поведения государств. В качестве примера можно привести резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН 35/63 «Ограничительная деловая практика», принятую в 1980 г. на ее 35-й сессии, в приложении к которой был утвержден «Комплекс согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой». В этом документе впервые на универсальном уровне заложены основы для сотрудничества в сфере международного антимонопольного регулирования в международной торговле. В преамбуле резолюции государства — члены ООН специально подчеркнули, что принципы и правила предлагаются для контроля за ограничительной деловой практикой и принимаются в форме рекомендаций.

Основная цель данного документа состояла в том, чтобы обеспечить такое положение, когда ограничительная деловая практика не затрудняет и не сводит на нет использование выгод, связанных с либерализацией тарифных и нетарифных барьеров, затрагивающих международную торговлю, в частности торговлю и развитие развивающихся стран. Он предназначен для устранения отрицательных факторов для торговли и развития, которые могут возникнуть вследствие ограничительной деловой практики транснациональных корпораций или других предприятий, и, таким образом, содействия максимальному увеличению выгод для международной торговли, в частности, для торговли и развития развивающихся стран. Установленные в нем правила и принципы, принятые на международном уровне, должны способствовать принятию и укреплению законодательства и политики в этой области на национальном и региональном уровнях.

Следовательно, ООН поставила задачу разработать рекомендации для государств и региональных межправительственных организаций в целях развития международной торговли с учетом особых интересов развивающихся государств.

Во втором разделе приводятся некоторые определения (ограничительная деловая практика, господствующее положение на рынке, предприятие), а также определяется сфера применения правил и

норм. Данный Комплекс принципов и правил применяется к ограничительной деловой практике, включая ограничительную деловую практику транснациональных корпораций, оказывающую отрицательное воздействие на международную торговлю, особенно в развивающихся странах, и на экономическое развитие этих стран. Он применяется независимо от того, затрагивает ли такая практика предприятия в одной или нескольких странах. В то же время предусмотрено, что он не применяется ни к межправительственным соглашениям, ни к ограничительной деловой практике, проводимой на основе таких соглашений.

Третий раздел посвящен общим справедливым принципам контроля за ограничительной деловой практикой, факторам, подлежащим учету при применении Комплекса принципов и правил, преференциальному или дифференцированному режиму для развивающихся стран, принципам и правилам в отношении предприятий, включая транснациональные корпорации, принципам и правилам в отношении государств на национальном, региональном и субрегиональном уровнях. Четвертый и пятый разделы предусматривают международные меры, касающиеся развития сотрудничества по конкуренции и формированию международного институционального механизма.

Для контроля за реализацией государствами — членами ООН положений «Комплекса согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой» каждые пять лет проводится Конференция по обзору всех его аспектов. Конференция предоставляет возможность главам ведомств по конкурентной политике различных по уровню развития государств (развитых и развивающихся стран, включая наименее развитые страны и страны с переходной экономикой) устанавливать прямые контакты между собой, создавая условия для добровольного сотрудничества и обмена наилучшими практиками. Кроме того, Конференция по обзору выступает форумом для обсуждения способности ЮНКТАД оказывать содействие в разработке конкурентной политики и осуществлении программ технической помощи, направленных на содействие эффективному применению национального конкурентного законодательства и двустороннего и регионального сотрудничества.

Таким образом, можно заключить, что еще в прошлом веке государства — члены ООН предприняли усилия для налаживания международного сотрудничества по установлению справедливых норм (причем достаточно подробно разработанных), регулирующих конкуренцию как в государствах, так и на предприятиях. Не удиви-

тельно, что достигнутый уровень взаимопонимания позволил принять эти правила и принципы в форме рекомендации Генеральной Ассамблеи ООН. Тем не менее ООН, используя механизм обзора реализации этого документа (своеобразного мониторинга рекомендательного акта), стремится к прогрессу в совершенствовании национального конкурентного законодательства и практики его применения, а также международного и регионального сотрудничества в этой сфере.

Второй уровень регулирования — это косвенное воздействие на конкуренцию, которое осуществляется в форме либо рекомендательных, либо обязательных международно-правовых актов. В качестве примера рекомендательного акта, косвенно воздействующего на конкуренцию, можно привести Руководящие принципы для защиты интересов потребителей, принятые резолюцией 39/248 Генеральной Ассамблеи ООН в 1985 г., которые впоследствии пересматривались, последняя версия документа одобрена Генеральной Ассамблеей ООН в 2015 г. Характерно, что в этот документ включено положение о том, что правительствам следует разрабатывать, укреплять или сохранять, в зависимости от конкретных обстоятельств, меры (включая средства обеспечения выполнения этих мер), относящиеся к контролю за ограничительной и другой недобросовестной деловой практикой, которая может нанести ущерб потребителям. В связи с этим правительствам следует руководствоваться своими обязательствами в соответствии с комплексом согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой, принятым Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 35/63 от 5 декабря 1980 г.

Косвенное воздействие на конкуренцию проявляется также в разработке и принятии в ООН или в международных организациях, входящих в ее систему, международных договоров в отдельных областях сотрудничества. Так, в 2006 г. Международной организацией труда (МОТ) принята Сводная конвенция о труде в морском судоходстве, которая регулирует вопросы, связанные с порядком найма моряков на работу, условиями их труда и социальной защиты, охраной здоровья и обеспечением техники безопасности. По мнению Генерального директора МОТ Г. Райдера, эта конвенция является вехой в морской истории. Этот результат трехстороннего диалога и международного сотрудничества позволяет обеспечить достойные условия работы и жизни моряков, а также честную конкуренцию для судовладельцев. Подобные акты, направленные на развитие конкуренции, встречаются и в других отраслях международного

права, например, регулирующих вопросы воздушного или морского транспорта.

В 1994 году была учреждена Всемирная торговая организация (ВТО), в числе основных целей которой создание интегрированной, более жизнеспособной и устойчивой многосторонней торговой системы на основе Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ), прежних достижений в либерализации торговли и всех результатов Уругвайского раунда многосторонних торговых переговоров.

В истории международных экономических отношений до создания ВТО отмечаются две серьезные попытки создать всесторонние нормативные рамки для международных экономических отношений¹. Одна из них была предпринята на Женевской международной экономической конференции в 1927 г. и другая — после окончания Второй мировой войны при обсуждении проекта создания Международной торговой организации. В обоих случаях конкурентное (или антистрестовское) право понималось как важная составная часть предполагаемых нормативных решений. В принципе логика рассуждений была понятна. Для того чтобы планируемые нормативные рамки стали эффективными, они должны были включать не только нормы, регулирующие поведение государств, но и нормы, направленные на регулирование поведения частных лиц (предприятий, компаний и т.д.), которые обладают достаточной мощностью, чтобы в своих корыстных интересах создавать препятствия международной торговле и справедливой или честной конкуренции. Действия частных лиц рассматривались в этих проектах как представляющие угрозу международной конкуренции и потенциально не менее опасные, чем те, которые осуществлялись государствами.

Несмотря на осознание политической необходимости разработки международной модели конкурентного права, положения о нем не были включены в соглашения, учредившие ВТО, а усилия некоторых стран включить его в повестку переговоров об учреждении ВТО провалились. В середине 90-х годов прошлого века в ходе Уругвайского раунда ЕС предпринимает попытку включить вопрос о конкурентном праве в качестве составной части права проектируемой ВТО. Эта позиция объяснялась тем, что ключевые лидеры

¹ См., подробнее: Gerber J. David. Competition law and the WTO: rethinking the relationship//Davey J William, Jackson J. The Future of International Economic Law. Oxford, N/Y/, 2008, p.269-274.

Комиссии ЕС в тот период осознали необходимость его введения в правила многосторонней торговли. В ответ на эти попытки в ВТО назначили ответственным за проведение исследований указанного вопроса известного французского экономиста и вице-президента Совета по конкуренции Франции Ф. Дженни. Дженни предпринял усилия по оказанию поддержки этой идее и даже предполагал, что был близок к цели, однако, попытка включить этот вопрос в повестку дня не удалась ввиду противодействия со стороны США и большой группы развивающихся государств.

США небезосновательно опасались, что включение конкурентного права в право ВТО может быть прежде всего направлено против интересов транснациональных компаний (ТНК), штаб-квартиры большинства из которых расположены в США. Правящие круги США не были готовы согласиться с такой угрозой национальным интересам страны. Развивающиеся страны также не высказали большого доверия тому, что режим конкурентного права в ВТО сможет быть имплементирован таким образом, что будет отвечать интересам широкого круга государств-членов. Более того, многие из них опасались, что основным последствием принятия норм конкурентного права будет содействие в получении доступа на их рынки и к их природным ресурсам американских, европейских и японских компаний¹. Следует признать, что такие опасения не были напрасными.

Анализ системы соглашений, входящих в право ВТО, показывает, что в некоторых из них были закреплены определенные правила, которые направлены на ограничение недобросовестной и нечестной конкуренции. К ним можно отнести следующие соглашения ВТО: Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС), Соглашение о технических барьерах в торговле, Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), Соглашение по инвестиционным мерам, связанным с торговлей (ТРИМС), Соглашение по субсидиям и компенсационным мерам, Соглашение по применению ст. VI ГАТТ-1994 г.(антидемпинг) и Соглашение по защитным мерам².

Вместе с тем продолжают выдвигаться различные предложения о разработке норм конкурентного права на универсальном уровне с тем, чтобы обеспечить развитие мировой экономики и усовер-

¹ См.: Gerber J. David. Op. cit., p.271.

² См.: Matsushita M., Schoenbaum T.J., Mavroidis C.P. The World Trade Organization/ Law, Practice and Policy. Oxford, 2006, p. 858-863.

шенствовать механизмы ее правового регулирования. Одна из позиций заключается в том, чтобы более полно использовать уже разработанный в ВТО нормативно-правовой массив, который видится достаточным для достижения целей конкурентной политики. Так, Э. Фокс считает, что нормы ВТО могут с пользой для всех расширить обязательства государств-членов по запрещению трансграничных картелей или по меньшей мере помочь в открытии производств и исполнении решений против собственных национальных компаний, когда об этом просят государства, пострадавшие от картелей¹. Другие рассматривают четыре варианта действий для того, чтобы консолидировать на договорно-правовом уровне различные подходы к применимости конкурентного права. Первый вариант — это принятие декларации о том, что конкурентная политика является составной частью права ВТО, в которой следует провозгласить основные принципы конкурентной политики как в отношении государств, так и в отношении частных лиц. Второй вариант — заключение многостороннего соглашения по конкурентной политике в рамках ВТО, которое будет реализовано в два этапа. На первом этапе предполагается имплементировать нормы, запрещающие антиконкурентное поведение частных лиц, противоречащее целям ВТО (международные картели, импортные и экспортные картели). На втором этапе ВТО будет решать вопрос о проведении переговоров относительно заключения международного соглашения по конкурентной политике, которое сможет охватить широкую сферу, включая вертикальные ограничения, слияния и поглощения.

Третий вариант — разработка и принятие юридически не обязательного многостороннего рамочного документа по сотрудничеству в конкурентной политике между государствами — членами ВТО. Основной акцент в реализации такого документа будет делаться на сотрудничестве антимонопольных ведомств, обмене информацией, мнениями, технической помощью и опытом в части образовательных программ.

Четвертый вариант — частично обязательный многосторонний рамочный документ. Эта идея содержалась в предложении ЕС, направленном в 2000 г. В этом документе предлагалось включить ряд базовых принципов, таких как недискриминация, транспарентность

¹ См.: Fox M.E. Competition law//Lowenfeld F.A. International Economic law. Oxford, N.Y., 2002, p.382.

и надлежащая правовая процедура, необходимых для реализации норм конкурентного права. Данные базовые принципы, по мысли авторов, должны были рассматриваться как обязательные для государств-членов ВТО¹.

Таким образом, на данном этапе развития международного права сотрудничество между государствами на универсальном уровне осуществляется в рамках системы как ООН, так и ВТО. Вместе с тем, если в ООН для координации конкурентной политики государств преимущественно используются акты «мягкого права», то в ВТО эти задачи решаются путем принятия многосторонних соглашений по отдельным вопросам, затрагивающим специальные сферы сотрудничества. Использование в ВТО «распыленного» договорного метода регулирования не компенсирует отсутствия единого многостороннего договора общего характера. Неудовлетворенность в связи с отсутствием эффективного универсального механизма регулирования конкурентной политики стимулирует поиск концептуальных решений проблемы. Россия, столкнувшаяся в последние годы с так называемой санкционной политикой развитых государств Запада, которая по сути своей направлена на ограничение конкурентоспособности отечественной экономики, также должна предложить свой вариант формирования такого механизма для недопущения подобных поворотов в будущем.

§ 5. ГИПЕРКОНКУРЕНЦИЯ В ГЛОБАЛЬНОМ МИРЕ — НОВЫЙ ВЫЗОВ РОССИЙСКОМУ ПРАВУ

Н.М. Казанцев

Понятие гиперконкуренции стало исследоваться и обсуждаться с момента выхода в 1994 г. книги профессора бизнес-школы при Дартмутском колледже Ричарда д'Авени «Гиперконкуренция: управление динамикой стратегического маневрирования»². Он показывает, что стратегия конкурирования на мировых рынках посредством так называемых конкурентных преимуществ, получивших обосно-

¹ См.: Matsushita M., Schoenbaum T.J., Mavroidis C.P. Op6. cit., p.901-906/

² D'Aveni. R. Hypercompetition: Managing the Dynamics of Strategic Maneuvering. New York, The Free Press, 1994. P. 57.

вание в знаменитых трудах М. Портера¹ и других ученых, устарела, поскольку любое конкурентное преимущество больше не может сохраняться долго. Для нас выразителен пример России, которую отечественные эксперты в 2005–2007 гг. провозглашали энергетической империей и сверхдержавой, а теперь ее экономика не может выйти даже на нулевые темпы роста вместо отрицательных к тому же при существенном сокращении обрабатывающей промышленности и уровня потребления.

Любое конкурентное преимущество, будь то преимущество отдельной компании или целого государства, постоянно подвергается конкурентами эрозии, уничтожается и потому должно постоянно вновь создаваться, восстанавливаться путем стратегического маневрирования и развития. Причем маневрирование и развитие уже относятся не к одному из типов конкурирующих субъектов — компании или государству, а к обоим.

Многие отечественные авторы цитируют статью швейцарского профессора Манфреда Бруна, написавшего, что под гиперконкуренцией «следует понимать такую ситуацию, когда предприятия во все большей степени подвергаются совокупному воздействию ранее изолированных друг от друга конкурентных факторов, что ведет к возникновению многоаспектной, динамичной и агрессивной конкуренции»².

Отечественное понимание смысла и сути гиперконкуренции еще не достигло того операционального смысла, который можно было бы применять для решения задач конструирования стратегий гиперконкурирования, хотя публикации на эту тему есть³. Существенно, что не встречаются описания ситуаций такой конкурентной борьбы, которую бы можно было признать гиперконкурентной, хотя она, безусловно, имеет место, причем не только среди фирм, но и в отношениях между Российской Федерацией и зарубежными странами.

Анализ зарубежных научных трудов по этой теме позволяет видеть, что гиперконкуренция не сводится к соперничеству фирм, она

¹ См., например: Портер М. Международная конкуренция. Конкурентные преимущества стран. М., 1993. С. 21; Портер М. Конкуренция. М., 2000. С. 93.

² Брун М. Гиперконкуренция: характерные особенности, движущие силы и управление // Менеджмент и маркетинг. № 3/98. URL: http://vasilievaa.narod.ru/20_3_98.htm

³ См., например: Мэтьюз Р., Агеев А., Большаков З. Гиперконкуренция // Экономические стратегии. 2002. № 4. С. 36–41. URL: <http://www.ageev.net/2002/08/giperkonkurenciya/>; Дятлов С.А. Глобальная инновационная гиперконкуренция как фактор трансформации и развития экономических систем: международная конференция в Ярославле // Теоретическая экономика. 2012. № 6. С. 39–54.

выражает конкурентную борьбу народов и наций, в которой используются любые эффективные формы — от соперничества фирм на глобальных рынках, манипулирования финансовым и международным правопорядками до холодной и гибридных войн, ведущихся частными военными компаниями, полномасштабной войны и, наконец, до военного и миротворческого факторства, когда страна — стратегический манипулятор дипломатическими, политическими, экономическими и масс-культурными мерами вводит две или более страны в военное столкновение, а затем факторствует в установлении мира при своем контролирующем посредничестве в отношении каждого из враждовавших субъектов.

В 2012 году Ричард д'Авени выпустил новую книгу «Стратегический капитализм»¹, в которой он не только разрабатывает операциональный смысл понятия, но и предлагает свои идеи и методы для одного из крупнейших гиперконкурентных вызовов, с которым столкнулись США, — ростом и развитием Китая. Основываясь на многолетних исследованиях, в книге раскрываются новые реалии глобального капитализма и предлагаются практические стратегии гиперконкуренции между могущественными нациями. В оригинале использован оборот «the hypercompetition between powerful nations»², и его перевод как «гиперконкуренция между могущественными государствами» будет неполон, поскольку характеристику природы гиперконкуренции недостаточно сводить к действиям государства как органов публичной власти. В гиперконкуренции первичны действия субъектов частного права, экономических субъектов, государство действует как помощник институтам частного права — компаниям, транснациональным корпорациям, которые учреждаются, как правило, частными лицами, а не государственными властями. Бизнес открывает новые формы и методы гиперконкуренции, государство содействует их осуществлению и через это получает большую или меньшую роль в глобальных экономических и политических процессах. Спектр методов содействия бизнесу со стороны государства очень широк — от международной конкурентоспособности национальных законодательства и правопорядка до финансовой помощи бизнесу, наконец, от операций частных военных компаний до официального применения национальных вооруженных сил.

¹ D'Aveni Richard A. Strategic Capitalism: The New Economic Strategy for Winning the Capitalist Cold War / McGraw Hill. New York. Chicago. San Francisco. Lisbon. London. Madrid. Mexico City. Milan. New Delhi. San Juan. Seoul. Singapore. Sydney. Toronto. 2012. Kindle edition.

² Указ. соч. С. 4.

Российские авторы рассматривают гиперконкуренцию исключительно как состязание частных компаний на рынках, они не видят в этом явлении соревнования и борьбы народов и наций, национальных правопорядков и стоящих за ними государств.

Противоположным подходом к понятию гиперконкуренции в американском духе будет трактовка отечественных авторов, полагающих, что это не сознательное деяние экономического или публично-правового субъекта, а некое состояние среды: «гиперконкуренцию можно охарактеризовать как динамично изменяющуюся, агрессивную среду обитания предприятий, сложность функционирования в которой объясняется, с одной стороны, необходимостью преодолевать «стандарты» транснациональных корпораций, с другой — наиболее гибко приспосабливаться к современным требованиям виртуализации и информатизации, присущим небольшим фирмам»¹. Парадоксально, но эта трактовка дана практиком конкуренции, т.е. начальником отдела маркетингового анализа достаточно крупной компании². Конечно, здесь заслуга автора в том, что он выражает возникшую еще в советское время и привычную по сей день традицию догмы средообусловленности человеческой личности и активности любого правового субъекта. Одновременно проявляет себя и реализм понимания роли российских бизнеса и нации в мировой экономике и способности их влиять на эту глобальную систему. Конечно, эти две позиции взаимосвязаны так, что одна порождает другую при длительном следовании любой из них. Следствием такого привычного положения дел в правосознании и экономической практике является третья особенность или склонность внешнего миропонимания отечественной наукой. Она состоит в том, чтобы к любым внешним практикам, иностранным правовым актам, явлениям в зарубежной экономике подходить с меркой своего образа и подобию, решая всегда одну и ту же задачу, видеть в чужом отражении подобие себя и своего собственного свойства и особенностей. Для этой особенности напрашивается сравнение с древнегреческим мифом о Прокрусте, который, сделав ложе по своим размерам, каждого прохожего путника стремился укладывать в это ложе и тому, кто был длиннее, отрубал ноги, а того, кто был короче, растягивал, разрывая сухожилия. Эту особенность

¹ Лисина М. И. Гиперконкуренция как современная среда обитания фирм // Проблемы современной экономики. 2008. № 4(28). URL: <http://www.m-economy.ru/art.php?nArtId=2371>

² ОАО «Нэфис Косметикс».

можно назвать прокрустизмом правопонимания. Она проявилась при истолковании такой предельно активистской концепции, как гиперконкуренция в предельно пассивистской форме среды. Этот прокрустизм правопонимания столь доминантен в нашей экономической научной мысли, что его не избегают и весьма крупные и талантливые ученые.

Действительно, один из самых продуктивных и авторитетных авторов по предмету гиперконкуренции, профессор С.А. Дятлов догму среды применяет для толкования понятия гиперконкуренции у Р. д'Авени и пишет, ссылаясь на его книгу о гиперконкуренции¹: «Р. Авени использует термин «гиперконкуренция» для описания отраслевой окружающей среды, характеризующейся интенсивными и быстрыми действиями конкурентов, когда соперники должны действовать молниеносно, чтобы получить рыночное превосходство и разрушить преимущества своих конкурентов».

В книге «Стратегический капитализм» Р. д'Авени не предпринимает попытки охарактеризовать гиперконкуренцию как среду вообще. Если это и делалось в более ранней книге, как ссылается С.А. Дятлов, то в последней этого уже нет, что объяснимо. Если субъект, предполагающий победить в конкурентной борьбе, будет рассматривать своих конкурентов не как действующих против него субъектов, а как некую среду, в которой он свободен делать все, что вздумается, и будет разрабатывать стратегию конкурирования как односторонней практики, осуществляемой исключительно публичной властью в смысле Федерального закона от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации», то он будет побежден. Так, в ст. 3 п. 24 Закона под *стратегией социально-экономического развития* понимается «система долгосрочных приоритетов, целей и задач государственного управления, направленных на обеспечение устойчивого и сбалансированного социально-экономического развития Российской Федерации». Это понимание стратегии не соответствует ситуации введения экономических санкций против России, являющихся предельно жесткими мерами конкуренции, не отличимыми от т.н. военной стратегии не прямых действий в смысле Л. Гарта² или ведения экономической и дипломатической войны. Причем эта новая политика против России стала стратегическим маневром западной цивилизации в условиях,

¹ Aveni R. Hypercompetition: Managing the Dynamics of Strategic Maneuvering / R. Aveni. New York: The Free Press, 1994. P. 57.

² Гарт Л. Стратегия не прямых действий. М., 2014.

когда посредством дипломатии миролюбия российскую элиту приучили стратегическую задачу по обеспечению потребительского спроса населения России решать в основном за счет внешней торговли, а развитие экономики осуществлять благодаря западным кредитам.

Узаконенное определение стратегии не только не ведет речь о внешних рынках и внешнеэкономических стратегиях, но даже и не упоминает международную конкуренцию в каком-либо контексте, не говоря уже о том, чтобы предусматривать проведение исследований по конкурентному анализу экономик других стран, транснациональных компаний, отраслевых внутренних и внешних рынков как обязательную стадию стратегического планирования с императивным значением результатов конкурентного анализа для установлений стратегического плана. Здесь очевидный ляпсус закона, и он выражает отечественную традицию публичного права как исключительно одностороннего права власти.

Судя по названию Федерального закона от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон № 172-ФЗ) он регулирует не только стратегическое планирование развития Российской Федерации, но и все процессы стратегического планирования в Российской Федерации, совершаемые всеми дееспособными лицами, состоящими под российской юрисдикцией. Но этот Федеральный закон не предусмотрел в числе участников стратегического планирования субъектов экономической деятельности (ст. 9), или субъектов бизнеса, т.е. именно тех лиц, деятельность которых образует экономику, действиями которых создается ВВП, будущее российской экономики и собственно России как государства. В этом проявилась историческая традиция отечественного правосознания и правовой среды с ее этиатистским упованием на государство и переложение ответственности на него даже за дела собственного бизнеса при одновременном допущении всевластия государства в частных делах бизнеса, влекущем зыбкость прав собственности как таковых. В результате — ляпсус законодательства: те лица, которые только и могут осуществлять какую-либо стратегию экономического развития, оказались не вправе участвовать в разработке такой стратегии, ее осуществлении и контроле реализации.

Дело в том, что ст. 9 Федерального закона № 172-ФЗ установила исчерпывающий состав субъектов стратегического планирования и не включила в число его участников субъекты экономической деятельности. Этим закон установил запрет для экономических субъ-

ектов и граждан на стратегическое планирование своего развития. Проблема еще не в том, что этот запрет противоречит Конституции РФ, а в том, что тот, кто будет конкурировать на мировых и внутренних рынках с такой односторонней, односубъектной стратегией, всегда будет проигравшим.

Именно такова была конкуренция СССР с капитализмом, который мыслился в понятиях XIX в лучшем случае в начале XX века. Догма общего кризиса капитализма продолжает свою жизнь и сейчас, политологи постоянно предрекают крах доллара и США и пр.

Надо обратить внимание на то, что после всплеска публикаций по проблеме гиперконкуренции, явившихся эхом первичного труда, в отечественной науке наступило затишье вокруг рассматриваемой проблемы потому, что гиперконкуренция касается стран глобального лидерства, их транснациональных компаний, а также молодых высокоинновационных интеллектуальных фирм, бросающих конкурентные вызовы гигантам в сфере революционных нововведений. Российская практика, если и имеет революционные нововведения, то в оборонной сфере, секретной по сути и форме, конкурентоспособность которой проявляется лишь в период боевых действий как, например, в Сирии.

Для российского права явление гиперконкуренции становится проблемой потому, что методы гиперконкуренции противоположны тем, к которым прибегает отечественный законодатель и правительство в последнее время в поисках противодействия стагнации и кризису отечественной экономики. С точки зрения права, и здесь автор берет на себя ответственность за это истолкование смысла понятия, гиперконкуренция — это открытие новых и трудных для освоения конкурентами способов свободы экономической деятельности и осуществления ее в практике бизнеса и государственной экономической политики. В противоположность этой тенденции отечественные властвующие публично субъекты на федеральном, региональном и местных уровнях изыскивают способы ограничения свободы предпринимательства и установления разного рода ограничений, которые могут быть сняты по усмотрению властей. В результате такой политики регулятивного правового констрикционизма (введем этот неологизм) отечественные экономические субъекты оказываются все более ограничиваемы в своей конкурентоспособности как на внутренних, так и на внешних рынках. Этот констрикционизм осуществляется лишь отчасти в коррупционных интересах, большее значение имеют благонамеренные панэтатистские и панмарксистские постсоциалистические мечтания и ценности. Другим

результатом регулятивного констрикционизма является незначительный поток иностранных инвестиций в российскую экономику по сравнению с экономиками других транзитивных стран и развивающихся рынков. Третьим и очевидным последствием этого констрикционизма является продолжающийся и нарастающий вывоз капитала и утечка научных кадров в другие отрасли экономики или страны.

Гиперконкуренция как высшая форма и степень конкуренции наций посредством своих частных и публичных лиц возникла как следствие дерегулирования рынков развитых стран. При этом не следует абсолютизировать само это дерегулирование. Деревулирование осуществляется в том смысле, что государство перестает отдавать приказы, устанавливать запреты и делает это потому и в тех сферах, где рынок изменяется быстрее, нежели способен изменять свои приказы и запреты любой государственной аппарат.

Обратим внимание на смысл понятия гиперконкуренции, который вложил в это понятие его первооткрыватель, — признанный теоретик в университетах Лиги Плюща¹ Р. д'Авени, названный Советом директоров корпораций² одним из семи теоретиков стратегии в мире, а Немецким деловым еженедельником — одним из пяти американских ученых, который наиболее существенно влияет на будущее практического менеджмента³.

Ричард д'Авени нацелил свою книгу «Стратегический капитализм» на американскую победу в гиперконкуренции с Китаем, при

¹ См.: URL: <http://daveni.tuck.dartmouth.edu/> Лига Плюща — общеизвестное название группы из 8 лучших и самых дорогих по обучению университетов США, в которых учится будущая элита науки, политики и бизнеса. Стены эти старейших в США университетов (из них пять основаны прежде, чем МГУ им. М.В. Ломоносова) увиты плющом. В Древнем Риме молодого человека, правильно делающего карьеру, уподобляли плющу, который вьется вокруг и опирается на могущественного патрона.

² Corporate Executive Board — ассоциация топ-менеджеров и консультационная компания, которая изучает актуальные проблемы менеджмента и маркетинга и предоставляет своим членам информацию о лучших практиках и возможности повышения эффективности компаний; членами ассоциации являются около 2400 менеджеров со всего мира, количество исследовательского и административного персонала составляет более 2000, штаб-квартира находится в Вашингтоне.

³ Ричард д'Авени был также назван в числе 25 лучших бизнес-мыслителей в мире такими знаменитыми масс-медиа, как CNN, Forbes, Times (Лондон), Harvard Business Review и Times (Индия), а также по итогам рейтинга Thinkers 50 (50 мыслителей). Он консультировал первых лиц двух стран из G-7, Европейский парламент, французский сенат, членов королевской семьи Саудовской Аравии, а также вице-президента Индонезии, давал консультации более чем 30 высшим руководителям компаний из списка журнала Fortune и Global 500 и семи семьям миллиардеров из списка Forbes100 (сотни самых богатых людей в мире).

этом он не избегает упоминания о слабостях США в этой конкуренции. Так, в одном из нескольких введений и предисловий к своей книге, озаглавленном «Поворотный путь истории», он пишет¹: «Китай является тем, что можно назвать *hypercompetitor* (гиперконкурент). Он имеет новую систему капитализма, которая разрушает работу американской системы, я бы даже сказал, роет подкоп под нее. В индустрии, создавшей промышленность, он с ходу превзошел много стран, часто благодаря крутой деловой практике, и это большинство развитых стран не приняли бы, если бы Китай не был бы столь велик. Но Китай является также тем, что человек спорта мог бы назвать «достойным конкурентом». Он бросает вызов всем желающим выиграть свою игру. Что касается Соединенных Штатов, то, как полагает ученый, «Китай оказывает американскому народу содействие в развитии, ибо конкурируя, наносит им современный экономический удар точно в цель. Большой вопрос — останутся ли в этом состоянии Соединенные Штаты или они смогут встать после этого удара на ноги путями, которые гораздо более тяжелые, чем когда-либо были у них прежде».

История — это гиперконкуренция, гласит заглавие другой части книги. В ней ученый показывает, как США победили в гиперконкуренции с Японией, когда в 1970-е годы японские товары и фирмы превосходили американские даже на внутренних американских рынках. Этот пример весьма поучителен для нынешнего кризиса в России, поскольку имеется изрядное сходство стратегических действий, маневров и победоносных институтов у США.

Что такое гиперконкуренция между народами? — задает вопрос Р. д'Авени и отвечает на него, создавая операциональное определение этого понятия: «Она включает в себя ряд действий со стороны конкурентов, которые стремятся наклонить игровое поле каждый в своих интересах, то есть установить выгодные для себя правила конкуренции. Она также включает в себя действия и контрмеры, чтобы нарушить или подорвать форму капитализма, используемую конкурентами. Гиперконкуренция является суровой и деструктивной конкуренцией с намерением разрушить преимущества соперников, создавая неожиданные новые конкурентные преимущества для своей нации. Это понятие, которое характеризует агрессивную природу глобальной конкуренции сегодня».

В связи с этим необходимо обратить внимание на понятие формы капитализма и то, что капитализм может иметь множество раз-

¹ Перевод здесь и далее наш. — Н.К.

личных форм. Поскольку в книге выдвинута концепция стратегического капитализма, автор вкратце рассматривает и другие, говоря о четырех дженерик-формах капитализма — *laissez-faire*, или о свободной конкуренции; капитализме социального рынка; управляемом капитализме (экономическая система в нем управляется технократами через комитеты совместно с государством и частным бизнесом в целях благополучия наемного труда и могущества экономики посредством долгосрочного планирования и финансирования научных исследований, разработок и промышленных инноваций). Цель управляемого капитализма не в повышении эффективности использования капитала и труда, а в накоплении общественного благосостояния так, чтобы государство могло создавать свою экономическую или военную власть перед лицом иностранных наций и их корпораций. Наконец, четвертая форма — филантропический капитализм, его цель — создать национальные конкурентные преимущества в сфере нематериальных активов и благ посредством перераспределения налогов и вложений в учреждения и фонды, финансирующие культуру, знания, стиль жизни и другие нематериальные ценности.

Капиталистической системой автор называет экономику, в которой практически смешаны эти четыре формы капитализма. Далее он вводит понятие стратегического капитализма как созданного через упреждающую, неидеологическую ориентацию правительства управлять конкуренцией капиталистических систем как для благополучия людей, так и нации в целом. Всеобщая цель состоит в том, чтобы стратегически целенаправленно опережать и превосходить или разрушать конкурирующие капиталистические системы, которые совершили главные вмешательства в благосостояние и власть стратегической нации, сознательно вести свою национальную экономику по направлению к лучшим долговременным конкурентным позициям и формировать мировой экономический порядок соответственно выгодам стратегической нации и ее союзников.

Примечательно выработанное на этой основе Р. д'Авени понятие капиталистической холодной войны¹ (остановленной вблизи от полномасштабной войны) как противоборства двух или более капиталистических систем для выяснения, кто из них устанавливает правила, а кто их исполняет. Предусмотренный итог капиталистической холодной войны в том, что победитель устанавливает правила для глобальной системы финансов, торговли, международного

¹ Capitalist Cold War.

регулирования, рынков интеллектуальной собственности и других экономических активностей, которые способствуют росту и благосостоянию этого правоустановителя и его народа.

Согласно введенному ученым понятию холодная война — нормальное состояние в отношениях между лидирующими странами, а также в отношениях лидера с любой страной, стремящейся преследовать собственные национальные интересы без согласования их с лидером. Этот второй из двух типов отношений характеризует позицию США к России, лидер которой на Петербургском экономическом форуме подчеркнул единственность США в качестве супердержавы. Означает ли это, что таким образом прекращена ставшая привычной за 30 лет риторика о многополярном мире, еще не ясно.

По мнению Р. д'Авени, США и Китай остаются в отношениях как «*foemenies*», неологизм составленный из двух английских слов — друзья и враги, и вот эти друговаги, как пишет автор, разделяют экономическое благополучие на планете, что отнюдь не означает совместного использования ими экономических систем, ценностей или союзников этих стран. Автор не одинок в этой оценке. Свою книгу «Стратегический капитализм» Р. д'Авени сопроводил брошюрой с таким же названием, содержащей актуальные высказывания деятелей бизнеса и политики по этой теме¹. Здесь содержатся оценки ситуации конкуренции США и Китая. «Китай изменяет правила глобальной конкуренции» — эта формула Д. Паливала, президента крупной корпорации электронной промышленности Harman International Industries, Inc., отсылает нас к понятию капиталистической холодной войны.

Актуальные и для России правовые меры американской гиперконкуренции с Китаем сформулированы президентом сталелитейной корпорации Nucor Corporation, Даниэлем ДиМикко², членом Совета производителей США.

ДиМикко заявил, что, во-первых, США уже находятся в торговой войне с Китаем и проигрывают ее. Потерпевшие неудачу решения по противодействию несправедливой и протекционистской торговой практике Китая обошлись США в миллионы рабочих мест в произ-

¹ Strategic Capitalism — The Way Back to Greatness American CEOs Map Out the Route to America's Economic Revival. This free ebook is the companion to Strategic Capitalism, which is available wherever books are sold. Edited and with an Introduction by Richard D'Aveni. См. URL: www.richarddaveni.com. Introduction.

² Журнал Harvard Business Review номинировал Mr. DiMicco в качестве одного из 100 наиболее успешных руководителей (CEO) в мире.

водстве и опустошили средний класс. Необходимо активно применять торговые законы США. Это не требует новой программы. Просто нужно принуждать к соблюдению правил существующих торговых соглашений.

Во-вторых, Америка нуждается в национальной промышленной стратегии. Экономические конкуренты США ее имеют. Требуется исправить ошибку, которую США сделали, полагая, что экономика на основе услуг может заменить производственную в качестве основы благосостояния страны. Производство используется для учета более чем на 30% американского ВВП; в настоящее время оно снизилось до 9,9%. Необходима стратегия, чтобы получить обратно уровень производства до 20% от ВВП.

И, наконец, завершил ДиМикко, надо вкладывать средства в инфраструктуру нашей страны. Инвестициями Соединенных Штатов, сделанными во время и после Второй мировой войны, подпитывался их экономический рост во второй половине XX века. Значительная часть этой инфраструктуры достигает конца своего срока полезного использования, и новые инвестиции необходимы. Созидательный путь для финансирования этих инвестиций был бы в том, чтобы позволить компаниям репатриировать прибыль за рубежом, это оценивается в более чем 1 трлн долл. в случае освобождения от налогов и помещения этих денег в инфраструктурные облигации. Каждый 1 млрд долл., потраченный на развитие инфраструктуры, создает 35000 рабочих мест. Затем, с течением времени, транснациональные корпорации могли бы извлечь эти деньги обратно.

Аналогично и России придется конкурировать с Китаем, и для этого следует сосредоточить внимание на тех же трех основах: борьба с недобросовестной торговой практикой, развитие промышленного производства, а также инвестирование и развитие промышленной инфраструктуры.

Однако эти долговременные задачи еще не решают задачу разработки конкретных мер и маневров стратегии гиперконкуренции. Такие конкретные методы и формы обосновывает Р. д'Авени на примере истории конкурирования США и Японии в 1970–1980-е гг.

Япония получила преимущества перед США переструктуризацией и разделением своих национальных олигополий в неконкурентоспособных отраслях обрабатывающей промышленности, особенно в автомобилестроении, электронике, станкостроении и сталелитейной. «В какой-то степени это был спорный вопрос, — пишет Р. д'Авени, — намерена ли была Япония нанести экономический ущерб Соединенным Штатам или нет. Можно утверждать, что Япо-

ния просто пыталась восстановить свою экономику после Второй мировой войны, но эффект был тот же: это вред экономической власти США в мире. (Конечно, во многом то же самое можно сказать и о нынешнем Китае. Но справедлива ли мысль о том, что у японцев была цель сознательно опрокинуть американское экономическое превосходство или эта мысль ошибочна — не имеет значения.)».

Соединенные Штаты стали легкой добычей для японских промышленных групп и Министерства внешней торговли и промышленности Японии. После войны Соединенные Штаты пребывали в модели капитализма, по которой особое внимание уделялось олигополиям — ограниченной группе фирм в каждой отрасли, определявших общий объем предложения, емкость рынка, цены и качество товаров.

Японское Министерство внешней торговли и промышленности (МВТП), разрабатывало национальную стратегию экономического роста на каждые 10 лет, вмешивалось в рынки, чтобы ее осуществлять. В рамках своей промышленной политики оно поддерживало одну или две компании в каждой отрасли как «национальных чемпионов». Оно также защищало внутренние рынки и создавало экспортные стимулы для максимального роста японской экономики.

Чтобы распространить свое влияние в 1970-е и 1980-е годы, Япония действует как единая компания Japan Inc., и на деловом жаргоне получает это именование. Им пользуется и Р. д'Авени. Япония привносит в науку менеджмента также новые методы управления и ставит их на первый план. К ним, в частности, относятся *kanban* и *hougensenou*. Эти два концепт-метода способствуют развитию сотрудничества и информационных потоков, и они позволили ввести систему *just-in-time* как при инвентаризации производства, так и для управления цепочками поставок в условиях ведения бесскладского производства сложной техники и быстрого принятия управленческих решений. Надо сказать, что эти методы, а также японские методы управления качеством продукции изучались в СССР и их пытались внедрять на советских предприятиях. В то же время новая форма управления качеством трансформировала дешевые японские товары в премиум товары. «Сделано в Японии» прошло путь от эмблемы, которая вызывала презрение, к марке, которая стала вызывать благоговение. Благодаря недавно обретенному искуству Япония потеснила западные компании на рынках автомобилей, бытовой техники, фотоаппаратов, копировальных машин, стали, бытовой электроники, микросхем памяти, телевизоров и других отраслей промышленности. Промышленные города в Японии зара-

ботали блестящую репутацию. Аналогичные производственные центры в США получили прозвище «Ржавый пояс».

В версии Японского капитализма, деятели правительства и промышленности развивают плодотворные отношения. Отношения на расстоянии вытянутой руки считались слишком отдаленными и нереалистичными. Чиновники регулирующих органов работают рука об руку с предпринимателями, чтобы улучшить глобальную конкурентоспособность каждой отрасли и достижения национальных целей¹.

В Соединенных Штатах отношения между правительством и корпорациями на расстоянии не ближе вытянутой руки являются правилом или даже считаются слишком тесными, и содружество власти и бизнеса можно назвать мифом. Регуляторы правительства пытаются держать дистанцию, чтобы избежать коррупции и предвзятости. Даже корпорации избегают сотрудничества друг с другом из-за страха быть обвиненными в сговоре и других нарушениях антимонопольного законодательства.

Поэтому Соединенные Штаты стали легкой добычей, целью для японских промышленных групп и МВТП. После войны Соединенные Штаты придерживались модели капитализма, который опирался на олигополию — ограниченную группу фирм в каждой отрасли, определявшую общий объем предложения, емкость рынка, цены и качество товаров. Олигополии скрывались за названиями городов, в которых многие из фирм находились: Питсбург означало сталь; Голливуд — кино; Детройт — автомобили; Бостон — оборонную и космическую промышленность, электронику; Хартфорд и Бостон — страхование. Олигополиями были авиакомпании, производители алюминия, пива, газированных напитков, химических веществ, сигарет, гипсовых изделий, промышленных газов, синтетических волокон, шин и ЭВМ коллективного пользования.

Бизнес-стратег М. Портер описал капитализм Америки в 1980 году в своей основополагающей книге «Конкурентная стратегия»². Он показал, что пять сил позволяют олигополии процветать: высокие барьеры на своих рынках, ограниченная власть покупателей, ограниченная мощность поставщиков, несколько продуктов-заменителей и ограниченное соперничество среди игроков. Следуя принципам, которые М. Портером были отмечены, крупные компании смогли установить более высокие цены, заработать хорошие день-

¹ Указ. соч. Chapter Hypercompetition Between Nations. P. 6.

² Портер М. Конкурентная стратегия. М., 1987.

ги, щедро платить людям, оказать поддержку растущему американскому среднему классу, избежать обвинений в сговоре или хищничестве. Конечно, это не всегда хорошо для потребителя. В целях сохранения подобных передовых позиций, например, в Детройте использовали такие стратегии, как «запланированное устаревание», чтобы заставить потребителей покупать новую машину каждые пять лет.

В то время в Соединенных Штатах не работали свободные рынки во многих отраслях промышленности. Архаичные правила действовали в авиакомпаниях, торговле алкоголем, автомобилями, банковском деле, автобусном транспорте, химической промышленности, здравоохранении, страховании, на железных дорогах, на рынке ценных бумаг, в областях грузоперевозок, коммунальных услуг и др. Среди них правила, гарантирующие авиакомпаниям оборонных подрядчиков, а естественным монополиям «справедливую норму доходности» на активы или ценообразование по формуле затраты плюс прибыль. В этом есть сходство нынешней экономико-правовой отечественной системы с тогдашней американской.

Некоторые нормативные акты препятствовали выходу новых фирм на рынки, например, на рынок фармацевтических препаратов. Другие акты наказывали фирмы за попытки конкурировать с олигополиями, квалифицируя их в качестве агрессивных форм «хищничества». В то время как одни люди думали, что эти правила были для защиты населения от олигопольных практик, другие понимали, что эти правила защищали существующие олигополии и их прибыли. Эти правила давали ветеранам отрасли «устойчивые» преимущества. По сути правительство обеспечивало максимальное благосостояние производителей за счет потребителей. (Сродни ситуации с естественными монополиями в нынешней России). И японцы воспользовались этими пороками правового регулирования, стали побеждать на рынках за счет улучшения качества, снижения цен и повышения качества обслуживания и подрывать рыночные позиции американских монополий.

До 1970 года многие компании США пользовались своего рода послевоенным «медовым месяцем» — были единственным поставщиком в разбитые войной экономики и вдруг оказались в условиях жесткой конкуренции. Кульминацией был период с начала 1961 до середины 1969 года. ВВП США вырос на 53%, или 5,1% в год. Соединенные Штаты буквально «пожинали плоды» войны.

Затем произошло падение. Компании-олигополисты США получили «атрофию мускул» свободной конкуренции на рынке. В то же время японцы не только подняли свою экономическую мощь, но и стали вести борьбу по-новому — с одной стороны, удовлетворять потребности, повышать качество и снижать цены, с другой стороны, развивать партнерские отношения, которые позволяли бы создать эффективные цепочки поставок, где каждый имел бы выгоду или экономию. Они развивали свой подход путем совершенствования своих навыков производства до такой степени, что Соединенные Штаты не могли соответствовать их скорости развития или качества. Американские потребители стали покупать товары из Японии, компании США стали разоряться.

Правительство США не представило никакой стратегии выхода из кризиса. Многие из американских фирм были проданы или ликвидированы. Рабочие места с высокой заработной платой исчезли. И они вновь появились в тех же отраслях промышленности в Японии.

В Соединенных Штатах наступил поворотный момент в период президентства Рональда Рейгана. Отрасли были в кризисе, включая станко- и автомобилестроение, сталелитейную промышленность, производство мелкой бытовой техники, бытовой электроники и микросхем. Политическое давление со стороны Соединенных Штатов помогло установить добровольные цели импорта для американской продукции, ограничения японского экспорта определенных товаров, а также ставить перед собой цели, чтобы сбалансировать американо-японскую торговлю¹.

Это был новый подход США к капитализму, и он постепенно вытеснил Японию. США сократили свои издержки, улучшили качество продукции, стали более активными, нарушили японские стратегии и подорвали японские конкурентные преимущества. Японские фирмы упорно действовали со своей стратегией, в частности, стремясь конкурировать с большей эффективностью и более высоким качеством. Но Соединенные Штаты и другие мировые производители их догнали. Так как разрыв между качеством японской и американской продукции сократился, потребители отметили убывающую отдачу при покупке японских товаров. В то же время японское, основанное на консенсусе, принятие решений об ограничении инноваций и изменений привело к тому, что Японцы уже не делают смелые шаги, чтобы превзойти американцев, как они делали пре-

¹ Указ. соч. Ch. Hypercompetition Between Nations. P. 8.

жде¹. С 1982 по 2000 г. индекс Dow Jones Industrial Average — показатель цен на акции вырос из скудного 777 на 12 августа 1982 г. до 11,723 от 14 января 2000 г. Это было 1500%².

Соединенные Штаты также *форсировали изменения в Японии, которые сделали страну менее конкурентоспособной*. Например, до 1980-х годов шестидневная рабочая неделя была всеобщей, но Соединенные Штаты пожаловались, используя Организацию экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), в Международную организацию труда (МОТ), чтобы оказать давление на Японию и сделать пятидневную рабочую неделю международным стандартом. Пока работники наслаждались большей свободой, производительность упала. Система образования Японии столкнулась с этим же давлением, и переходить на пятидневку страна начала в 1992 г. Для многих японцев это привело к понижению мотивации учиться, трудолюбия, выносливости и интеллектуальных способностей школьников, и эти факторы в конечном счете подорвали японскую корпоративную производительность.

Соединенные Штаты также вынудили Японию присоединиться к мировому финансовому рынку. Это больше, чем что-либо еще, подорвало мощь японской экономической машины. Финансовый кризис Японии произошел следующим образом: поначалу Банк Японии сохранил процентные ставки на низком уровне, чтобы кредитовать японские фирмы с небольшим капиталом (среди прочих причин). Япония также снизила процентные ставки, чтобы помочь Соединенным Штатам во временный, но тяжелый Черный понедельник при обвале фондового рынка в 1987 году. Бросовые процентные ставки вынудили покупателей недвижимости взвинчивать цены в Японии. В свою очередь банки предоставили миллиардные кредиты покупателям, которые были готовы вложить их в дело. Тем не менее Банк Японии был вынужден в итоге повышать процентные ставки, чтобы войти в глобальную финансовую систему. Цены на недвижимость упали. Министерство финансов ужесточило правила по объему сделок с недвижимостью. Банк Японии затем повысил процентные ставки до 6%. Цены на недвижимость и фондовый рынок рухнули. Здесь напрашивается сравнение с уровнем т.н. ключевой ставки Банка России и ее деструктивными последствиями для

¹ д'Авени Р. Стратегический Капитализм: новая экономическая стратегия для победы в капиталистической холодной войне. С. 11–12.

² Там же. С. 268.

своей обрабатывающей промышленности, сократившейся на одну треть.

Банковский сектор Японии, втянутый в кредитный кризис, уже не мог питать экономику развития страны. И здесь аналогия с российской экономической практикой Банка России и правительства. Мало денег осталось для долгосрочных инвестиций в сфере финансирования научных исследований и разработок и для модернизации. Многие фирмы столкнулись с высокой долговой нагрузкой и низкими темпами роста.

Слияния слабых фирм в крупные, организованные правительством, часто просто порождали еще большие неудачи. Это усугубило кризис. Американские процедуры и процессы, такие как банкротство, рейдерство или ликвидация могли бы вернуть деньги в систему для продуктивных инвестиций быстрее, но они были почти запрещены в Японии, пишет Р. д'Авени. Япония получила глубокие финансовые проблемы на многие годы. Ее государственный долг вырос более чем вдвое, больше, чем в любой другой развитой стране, достигая 230% ВВП в 2011 году. Несмотря на то что массивный долг не синхронизирован с кризисом, японские граждане держат большую часть этого долга в ценных бумагах. И Япония продолжает страдать от бремени задолженности. Дефицит государственного бюджета сдерживает восстановление экономики. Помимо прочего, они добились того, что Япония, как Japan Inc. не пойдет на второй капиталистический цикл развития. С точки зрения *laissez-faire* Япония уже не сравнима с Соединенными Штатами в эффективном распределении капитала, сырьевом росте ВВП или обеспечении роста ценности акций.

Тем не менее экономисты не имеют оснований полагать, что Япония потеряла все показатели¹. Она сохранила низкий уровень безработицы (4,2%), рост продолжительности жизни на 4,2 года с 1989 г., и по сей день создает положительное сальдо торгового баланса в размере 50 млрд долл. с Соединенными Штатами. Несмотря на то что японский фондовый рынок слабел, равно как и рост ВВП, Япония сохранила хороший уровень жизни в текущем соревновании капиталистической гиперконкуренции.

Управляемый капитализм с его олигополиями был японским вызовом. США правили миром экономически в течение почти трех

¹ Eamonn Fingleton. The Myth of Japan's Failure // New York Times, January 6, 2012 (Имонна Финглетон. Миф о недостаточности Японии // Нью-Йорк Таймс. 2012. 6 января).

десятилетий, но японский капитализм разрушил их экономическую власть. В свою очередь, эра Рейгана с *laissez-faire* капитализмом, новая форма капитализма, разрушили лидерство японского капитализма. Так каждая новая версия капитализма подрывает или разрушает предыдущую. Это гиперконкуренция между странами, и она осуществляется посредством новых правовых форм экономической свободы.

§ 6. ОСНОВНЫЕ СТРАТЕГИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ МОНОПОЛИСТИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

А.Я. Рыженков

Исходным пунктом правовой политики любого государства в области монополий и конкуренции являются его стратегические установки, всегда носящие комплексный социально-экономический и политико-юридический характер и включающие в себя основные аксиоматические представления о природе монополий, их социальном значении и о надлежащей позиции общества в отношении монополий как объективно необходимого, допустимого или подлежащего искоренению явления.

Что касается правовой стратегии, то в целом под нею можно понимать «недетализированный план деятельности (воздействия), осуществляемого с целью изменения существующего права и происходящих в правовой жизни процессов в соответствии с заранее сконструированной идеальной моделью, отражающей определенное состояние действующего права и правовой практики»¹.

Правовая стратегия, как отмечает Ю.Е. Пермяков, представляет собой также «особый тип коммуникации, в котором субъект права реагирует, т.е. вступает во взаимодействие в ситуации неопределенности. Правовая стратегия предназначена для формирования условий правового общения, первоначально она заявляет о себе в акте правовой артикуляции и выборе юридических конструкций»².

В настоящее время можно со всей уверенностью утверждать, что общая для большинства стран мира стратегическая черта правового

¹ Правкина И.Н. Правовые стратегии как источник развития современного права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 55.

² Пермяков Ю.Е. Правовые стратегии как коммуникативные модели: проблема описания // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 5. С. 73.

регулирования монополистических отношений состоит в том, что монополии считаются предметом юридического сдерживания и противодействия; в качестве нормального состояния экономики декларируется конкурентный рынок; соответственно, законодательство исходит из необходимости введения тех или иных правовых ограничений в отношении субъектов монополистической деятельности.

В особенности наглядным это становится на примере государств, где длительное время существовал социалистический строй с его государственным монополизмом и до сегодняшнего дня сохраняются сильные элементы социалистической экономики. Так, в Китайской Народной Республике 1 августа 2008 г. вступил в силу Закон «О противодействии монополиям» от 30 июля 2008 г., целями принятия которого, в соответствии со ст. 1, являются предотвращение и недопущение монополистической деятельности, защита развития конкуренции, создание условий для экономической деятельности¹.

Говоря об основных моделях государственного регулирования монополий, И.В. Князева выделяет, в частности, два возможных подхода в зависимости от того, на что направлено законодательство о конкуренции, а именно концепции «власти над рынком» и «господства рынка»: «Власть над рынком — это способность изменять цены, не причиняя ущерба количеству продаж, что в основе своей связано с отсутствием альтернатив. Законы о конкуренции, исходящие из концепции власти над рынком и эффективности, руководствуются заботой о благосостоянии потребителя. Господство рынка зависит от абсолютных размеров поставщика, его связей с потребителями и поставщиками, способности определять экономическую жизнеспособность своих торговых партнеров. Законы, основанные на концепции господства рынка, чаще служат защите конкурентов, чем процесса конкуренции»².

Анализ различных моделей правового регулирования монополистических отношений показывает, что при общей их «антимонопольной» направленности (которая, впрочем, может выступать и в иных терминологических обозначениях) она может наделяться совершенно различным смыслом.

Первым (в историческом плане) вариантом антимонопольного регулирования явилось так называемое антитрестовское законо-

¹ См.: Артемьева Ю.А. Правовое регулирование антимонопольной деятельности в Китайской Народной Республике // Юридическая наука. 2014. № 2. С. 148.

² Князева И.В. Антимонопольная политика в России. М., 2008. С. 106.

дательство, возникшее в Соединенных Штатах Америки в конце XIX века и представленное, в частности, Законом Шермана 1890 г., Законом Клейтона 1914 г., Законом о Федеральной торговой комиссии 1914 г. и последующими многочисленными законодательными актами.

Как известно, к основным особенностям первоначальной модели антитрестовского законодательства относились следующие:

во-первых, в качестве основных форм монополистической деятельности рассматривалось создание объединений или сговор, направленные на ограничение торговли или коммерции между несколькими штатами (раздел I Закона Шермана)¹;

во-вторых, антитрестовское законодательство основывалось на безусловном запрете монополистической деятельности независимо от ее фактических последствий; как отмечает Д. Арментано, «минимум до 1911 года судебная практика применения закона Шермана не имела никакого отношения к реальной деятельности обвиняемых корпораций, или, другими словами, к выяснению того, действительно ли имело место «завышение цен»»².

Вторая, более поздняя по времени своего появления модель правового регулирования монополистических отношений характерна для стран Западной Европы и, в частности, отразилась в антимонопольном праве Европейского Сообщества.

Так, в п. 1 ст. 81 Договора, учреждающего Европейское Сообщество (Римского договора), от 25 марта 1957 г. содержится запрет любых соглашений между предприятиями, решений, принятых объединениями предприятий, и картельной практики, которые имеют своей целью или результатом предотвращение, ограничение или нарушение конкуренции внутри общего рынка, в частности, тех действий, которые заключаются в том, чтобы: фиксировать прямо или косвенно цены купли или продажи или другие условия торговли; ограничивать или контролировать производство, рынки, техническое развитие или капиталовложения; распределять рынки или источники снабжения; применять неодинаковые условия к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, ставя их тем самым в невыгодные условия конкуренции; обуславливать заключение контрактов принятием партнерами дополнительных обяза-

¹ См., например: Жидков О.А. Законодательство о капиталистических монополиях // Избранные труды. М., 2006. С. 524.

² Арментано Д. Антитраст против конкуренции. М., 2005. С. 26.

тельств, которые, по своему характеру или в соответствии с торговой практикой, не связаны с предметом этих контрактов.

Вместе с тем, как следует из п. 3 той же ст. 81, данный запрет действует с многочисленными исключениями, в частности, не применяется к тем соглашениям и практикам, которые способствуют улучшению производства или распределения товаров, техническому или экономическому прогрессу, предоставляют потребителям справедливую долю получаемых благодаря этому выгод и при этом не налагают на заинтересованные предприятия такие ограничения, которые не являются необходимыми для достижения этих целей, не предоставляют этим предприятиям возможность оградить от конкуренции существенную часть продуктов, о которых идет речь.

Таким образом, к особенностям европейской модели правового регулирования монополистических отношений можно отнести:

во-первых, обусловленность запрета монополий их негативными последствиями в виде предотвращения или нарушения конкуренции;

во-вторых, наличие исключений из общего запретительного режима, т.е., по существу, допущение монополистических практик в случае, если они признаны экономически целесообразными.

В соответствии с этим, как отмечается в литературе, если для американского законодательства характерен принцип «запрещения монополии», то к европейской стратегии правового регулирования более применима формулировка «контроль злоупотреблений»¹.

Сложившаяся в современной России стратегическая модель правового регулирования монополистических отношений, безусловно, по всем характеристикам значительно ближе к европейскому, нежели к американскому образцу.

Собственно, можно даже высказать предположение, что само наименование «антимонопольное законодательство» применительно к России представляет собой не более чем условность. Радикального запрета монополий, подобного антитрестовскому законодательству США, российская правовая система не устанавливает.

Несмотря на то, что подобный общий запрет вроде бы имеет место в Конституции Российской Федерации (ст. 34), его формулировка в действительности является довольно расплывчатой. Действительно, ч. 2 ст. 34 гласит: «Не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию». Из этого можно сделать вывод, что с определенно-

¹ См.: Кусякина О.Н., Мищенко В.М. Антимонопольная политика России. Ставрополь, 2007. С. 34.

стью запрещается лишь такая монополизация, которая является результатом сугубо экономических процессов, но вовсе не исключается ее осуществление в результате мер политического или правового характера. Подтверждением могут служить положения ряда законодательных актов, легализующих введение в России государственных монополий, например: «Государственная монополия на производство и (или) оборот этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции на территории Российской Федерации может вводиться федеральным законом» (ст. 4 Федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции»)¹.

Базовый источник антимонопольного законодательства Российской Федерации — Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»² — казалось бы, вполне последователен в своем запрещении монополистической деятельности. Однако более пристальный анализ показывает, что эта мнимая последовательность оказывается возможной лишь благодаря специфической, крайне узкой трактовке самого понятия «монополистическая». Действительно, в соответствии с п. 10 ст. 4 Закона «О защите конкуренции», под монополистической деятельностью понимается злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством. Таким образом, запрет монополистической деятельности по данному закону носит, собственно, тавтологический характер, ибо монополистической деятельностью изначально объявлены вовсе не любые формы сговора, объединения, доминирования на рынке и т.п., а лишь противоправные, в т.ч. злоупотребление правом, недопустимое на основании общеправовых принципов.

Отсутствие в России общего запрета на монополии подтверждается и наличием законодательства о естественных монополиях, которые расцениваются уже не как злоупотребление или правонарушение, а как нормальное и даже предпочтительное состояние

¹ Федеральный закон от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553.

² Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. I. Ст. 3434.

рынка (ст. 3 Федерального закона от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях»)¹.

Следует отметить, что осложнение конкурентной ситуации наличием естественных монополий не является сугубо российской особенностью; в тех или иных формах естественные монополии существуют во многих странах мира; так, в Соединенных Штатах Америки, несмотря на тенденцию к исчезновению естественных монополий, они пока сохраняются, в частности, в сферах телекоммуникаций и энергораспределения².

В связи с анализом стратегических оснований правового регулирования монополистических отношений в России важно обратиться к специальному документу — Стратегии развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013–2024 гг., утвержденной Президиумом Федеральной антимонопольной службы России 3 июля 2013 г. и отражающей приоритеты российского государства в соответствующей сфере.

Характерно, что в разделе I «Введение» данного документа, по существу, прямо подчеркивается двойственный, промежуточный характер правового регулирования монополистических отношений в России: «Развитие современной экономической среды в России изначально поставлено в зависимость от сырьевых, перерабатывающих, логистических монополий, созданных в период советской индустриализации.

Именно поэтому состояние конкуренции в российской экономике — наиболее точный индикатор успешности рыночных преобразований, свободы экономической деятельности и равенства предприятий всех форм собственности»³.

Такое указание на зависимость самых различных отраслей российской экономики от исторически сложившихся монополий как наследия социалистического строя, разумеется, свидетельствует о невозможности радикальной ликвидации монополистических отношений, вследствие чего развитие конкуренции неизбежно рассматривается не как противоположность монополиям, а как параллельно существующая реальность.

¹ Федеральный закон от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях» // СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

² См.: Малинникова Е.В. Зарубежный опыт регулирования естественных монополий // Экономический журнал Высшей школы экономики. 1998. Т. 2. № 3. С. 350.

³ Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013–2024 гг.: утв. Президиумом ФАС России 3 июля 2013 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013–2024 гг. закрепляет четыре приоритета антимонопольного регулирования: создание благоприятной институциональной и организационной среды для эффективной защиты и развития конкуренции; снижение административных барьеров, препятствующих развитию и свободному функционированию рынков; обеспечение недискриминационного доступа потребителей к услугам естественных монополий, формирование эффективных механизмов тарифообразования; создание условий для эффективной конкуренции при размещении государственного и муниципального заказа и реализации на торгах государственного имущества.

Обращает на себя внимание «умеренный» характер этих стратегических приоритетов. Собственно, «антимонопольного» содержания в точном смысле слова они не имеют. В частности, они не предполагают устранения или даже существенного сокращения числа монополий в российской экономике. Более того, такой пункт, как «обеспечение недискриминационного доступа потребителей к услугам естественных монополий», указывает на то, что в стратегической перспективе планируется сохранение монополистических явлений в экономике. Хотя в п. 4.1.1 рассматриваемой Стратегии и предлагается отменить федеральный закон «О естественных монополиях», здесь же уточняется, что одновременно следует ввести в Закон о защите конкуренции положения, предусматривающие особенности государственного регулирования деятельности субъектов естественных монополий. В том же п. 4.1.1 упоминаются, в частности, такие стратегические меры, как создание правовых и экономические гарантии доступности и качества услуг субъектов естественных монополий для потребителей.

Таким образом, стратегия правового регулирования монополистических отношений в России характеризуется некоторой неопределенностью. Несмотря на ставшее традиционным обозначение «антимонопольное законодательство», борьба с монополиями или стремление к их упразднению в качестве основных направлений правовой политики российского государства не прослеживаются, вследствие чего она тяготеет не к стратегии «запрещения монополий», свойственной для США, а скорее к модели «контроля за монополиями», сложившейся в европейской практике.

Запрет монополизации, по сути, сводится к недопущению расширения монопольных сфер экономики, — и то лишь применительно к действиям самих субъектов рынка, что в целом не исключает

введение монополий решением государства, — а также сдерживанию некоторых крайних форм злоупотребления монополистическим положением.

Стратегия правового регулирования монополистических отношений в России сегодня носит компромиссный характер и, по сути, направлена не на полное вытеснение монополий из экономики, а лишь на поиск баланса конкурентных и монополистических явлений.

§ 7. СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О КОНКУРЕНЦИИ В РОССИИ

Е.В. Оболонкова

Законодательство о конкуренции и ограничении монополистической деятельности в России появилось, по сравнению с другими странами, относительно недавно, с проведением рыночной реформы. Таким образом, если в развитых странах с рыночной экономикой период становления и развития законодательства о конкуренции насчитывает века, то на территории России он исчисляется с начала 90-х годов прошлого столетия¹.

Прямым следствием предоставления участникам товарно-денежных отношений возможности осуществлять предпринимательскую деятельность и свободно вступать в договорные отношения стало появление конкуренции. При этом государство вынуждено осуществлять активное вмешательство в экономическую деятельность хозяйствующих субъектов с целью недопущения подавления конкуренции. Объективно необходимым становится установление государственного контроля, который заключается в закреплении пределов для конкурентной борьбы и установлении ряда ограничений с целью защиты свободного рынка. Соответственно, появляется необходимость в создании законодательства, направленного на закрепление благоприятных условий для развития добросовестной конкуренции. При этом самый сложный вопрос при создании такого законодательства заключается в том, в каких пределах следует ограничивать свободу договора в конкурентном законодательстве, учи-

¹ Клейн Н.И. Антимонопольное законодательство и законодательство о естественных монополиях. Проблемы применения и дальнейшего совершенствования // Право и экономика. 1998. № 1.

тая, что в отдельных случаях монополизм может быть экономически оправдан.

Первые шаги в направлении создания антимонопольного законодательства и программы демополизации советской экономики были обозначены Постановлениями Совета Министров СССР от 16 августа 1990 г. № 835 «О мерах по демополизации народного хозяйства» и от 8 августа 1990 г. № 790 «О мерах по созданию малых предприятий», которыми предполагалось образовать Антимонопольный комитет СССР, который так и не был создан¹.

Завершением первого этапа создания системы конкурентного законодательства стало принятие Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», который явился первым в российской истории антимонопольным законодательным актом. Закон о конкуренции 1991 г. определил основные положения государственной, конкурентной, в том числе антимонопольной политики, направленной на предупреждение и пресечение злоупотребления хозяйствующими субъектами доминирующим положением на товарных рынках, формы недобросовестной конкуренции, а также пределы допустимой экономической концентрации производства и сбыта².

Закон воспринял опыт антимонопольного регулирования стран с развитой рыночной экономикой, однако его содержание отражало особенности экономики Российской Федерации, структуру управления ею, а также специфику правовой системы того времени, выраженную, в частности, в доминировании государственного сектора. В частности, он предусмотрел меры к пресечению государственного монополизма — монополистических действий (актов, соглашений) органов государственной власти и управления. Кроме того, Закон закрепил различные меры по поддержке малых и средних предприятий, разукрупнению монополистических структур, выделению из крупных монополизированных предприятий их структурных подразделений (единиц). Поэтому в нем условно выделялись две части: репрессивная (запреты и санкции) и созидательная (поддержка новых экономических структур, предварительный контроль за созданием крупных предприятий и их объединений)³. Антимоно-

¹ См.: Антимонопольное (конкурентное) право: учебник / Писенко К.А., Бадмаев Б.Г., Казарян В.Г. // СПС «КонсультантПлюс».

² Там же.

³ Предпринимательское право. Курс лекций / под ред. Н.И. Клейн. М., 1993. С. 236 и след.

полный закон послужил основой для принятия нормативных актов разной правовой силы.

Для проведения антимонопольной политики, контроля за применением антимонопольного законодательства Закон предусмотрел образование специальных органов исполнительной власти — Антимонопольного комитета Российской Федерации и его территориальных управлений, а также наделил их рядом властных полномочий, в том числе выдавать нарушителям предписания и применять к ним различные виды санкций¹. Постановлением Президиума Верховного Совета Российской Федерации от 20 января 1992 г. на Антимонопольный комитет было возложено утверждение Государственного реестра объединений и предприятий-монополистов. Значение реестра состояло в том, что включение в него предприятия освобождало от необходимости в каждом случае устанавливать признаки доминирующего положения².

Следует отметить, что Закон о конкуренции 1991 г. не распространялся на некоторые сферы хозяйственных отношений. Часть 2 статьи 2 данного Закона устанавливала, что он не распространяется на отношения, регулируемые нормами правовой охраны изобретений, промышленных образцов, товарных знаков и авторских прав, за исключением тех случаев, когда соответствующие права умышленно используются их обладателями в целях ограничения конкуренции. Также Закон о конкуренции 1991 г. не распространялся на отношения, связанные с монополистической деятельностью и недобросовестной конкуренцией на рынках финансовых услуг, включая услуги на рынках ценных бумаг, то есть его сфера действия была ограничена областью товарных рынков. Статья 2 Закона устанавливала, что отношения, связанные с монополистической деятельностью и недобросовестной конкуренцией на рынках финансовых услуг, включая услуги на рынках ценных бумаг, регулируются другими законодательными актами РСФСР³.

С момента принятия Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» вплоть до принятия Федерального закона от 6 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» развитие конкурентного законодательства в России в учебной литературе, как

¹ Предпринимательское право. Курс лекций / под ред. Н.И. Клейн. М., 1993. С. 239.

² Там же. С. 241.

³ См.: Антимонопольное (конкурентное) право: учебник / Писенко К.А., Бадмаев Б.Г., Казарян В.Г. // СПС «КонсультантПлюс».

правило, делится на этапы, при этом в различных источниках выделяют от 4 до 6 этапов.

Первый этап, как отмечалось выше, связан с принятием Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и нормативно-правовых актов, направленных на его реализацию, а также формированием системы антимонопольных органов. Помимо названного, в литературе выделяют еще три этапа: второй связан с принятием Конституции Российской Федерации; третий — с принятием Гражданского кодекса РФ в 1994 г.; четвертый этап — с созданием новых направлений Закона о конкуренции 1991 г., а именно — ценового, рекламного, финансового, торгового¹. Иногда выделяется еще большее количество этапов².

Второй этап — формирование конституционных основ конкурентного законодательства, к которым можно отнести единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержку конкуренции, свободу экономической деятельности. Конституционная норма, гарантирующая единство экономического пространства и поддержку конкуренции, получила закрепление в п. 2 ст. 34 Конституции РФ, в соответствии с которым не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Третий этап связан с принятием нового Гражданского кодекса РФ, п. 1 ст. 10 которого не допускает использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Четвертым этапом в развитии конкурентного законодательства считают создание ряда новых направлений Закона о конкуренции, среди которых можно отметить — ценовое регулирование деятельности хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке; правовое оформление политики демополизации; создание специального законодательства, развивающего правила добросовестной конкуренции, применительно к отдельным сферам хозяйственного оборота. В этой связи выделяется принятие 18 июля 1995 г. Федерального закона № 108-ФЗ «О рекламе», по-

¹ См.: Комментарий к Федеральному закону от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (постатейный) / Кайль А.Н., Агешкина Н.А., Серебренников М.М., Холкина М.Г. // СПС «КонсультантПлюс». (Комментарий к ст. 2).

² См.: Конкурентное право Российской Федерации. Учебное пособие для вузов // Н.В. Васильева, Ю.Ю. Горячева, Н.Г. Доронина и др. / под ред. Н.И. Клейн, Н.Е. Фонаревой. М., 1999. С. 12–17.

скольку специфика рекламной деятельности уже в начале 90-х гг. показала явную недостаточность норм о недобросовестной конкуренции, отраженных в ст. 10 Закона о конкуренции.

Пятый этап связывается с отменой монополии внешней торговли и вступлением в силу Федерального закона от 14 апреля 1998 г. № 63-ФЗ «О мерах по защите экономических интересов Российской Федерации при осуществлении внешней торговли товарами»; шестой этап — формирование законодательства о защите конкуренции на рынке финансовых услуг. В статье 31 Закона о страховании от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 закреплена норма об антимонопольном регулировании страхового рынка, а в новую редакцию Закона Российской Федерации «О банках и банковской деятельности», вступившего в силу в 1995 г., включены нормы, связанные с антимонопольным регулированием банковского сектора. Наконец, в июне 1999 г. Президентом Российской Федерации был подписан Федеральный закон «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»¹.

Указанное деление на этапы, за исключением первых двух, не является строго хронологическим, оно отражает скорее формирование направлений развития конкурентного законодательства в один и тот же временной период. С небольшими уточнениями приведенное деление воспроизводится и в учебнике «Антимонопольное (конкурентное) право»².

Кардинальные изменения конституционного и гражданского законодательства и особенности рыночных реформ в России обусловили необходимость принятия нового закона о конкуренции, при этом дальнейшие этапы развития антимонопольного законодательства приобрели название «антимонопольных» пакетов³.

Первый антимонопольный пакет был принят в 2006 г. В принятом 26 июля 2006 г. новом Федеральном законе № 135-ФЗ «О защите конкуренции» были объединены два ранее действовавших в указанной сфере Закона — Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и Федеральный закон от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг». Со вступлением в силу этого Закона конкурентное регули-

¹ См.: Конкурентное право Российской Федерации / под ред. Н.И. Клейн, Н.Е. Фонаревой. М., 1999. С. 12–17.

² См.: Антимонопольное (конкурентное) право: учебник / Писенко К.А., Бадмаев Б.Г., Казарян К.В. 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / отв. ред. И.Ю. Артемьев. М., 2015.

рование и антимонопольный контроль, как на товарных рынках, так и на рынках финансовых услуг, стал осуществляться на основе единого закона «О защите конкуренции», при этом Федеральный закон «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» утратил силу. Практически утратил силу и Закон о конкуренции 1991 г., за исключением отдельных положений об аффилированных лицах.

Закон о защите конкуренции, кроме того, ввел ряд других новелл, в том числе, уточнил понятийный аппарат антимонопольного законодательства, внес ряд изменений в определение доминирования хозяйствующих субъектов, ввел институт контроля государственной и муниципальной помощи и другие изменения.

Вторым антимонопольным пакетом считают Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 164-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с последующими изменениями); Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и отдельные законодательные акты Российской Федерации»; Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 173-ФЗ «О внесении изменений в ст. 17¹ и 53 Федерального закона «О защите конкуренции» (с последующими изменениями) и Федеральный закон от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ «О внесении изменения в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации».

Принятые законы, в частности, предусмотрели:

- снижение порога доминирования независимо от рыночной доли хозяйствующего субъекта, если лицо может оказывать решающее воздействие на условия обращения товара на рынке;
- использование при определении монопольно высокой цены товара как затратного метода исследования (оценка суммы необходимых для производства товара расходов и прибыли), так и «метода сопоставимых рынков» (сравнение с ценой, установленной в условиях конкуренции на сопоставимом рынке). В качестве оценки монопольно высокой цены также предусмотрено использование «ретроспективного метода», позволяющего проанализировать изменение структуры затрат на производство и реализацию товара в течение определенного периода.

Основные изменения и дополнения были внесены в Закон о защите конкуренции Федеральным законом от 17 июля 2009 г. № 164-ФЗ. Этот закон внес поправки в ряд федеральных законов, которыми были установлены антимонопольные требования в сфере экономики, в частности, требования, предъявляемые к проведению

торгов на получение различного рода прав. В результате внесения изменений Закон поменялся примерно на одну треть.

Третий антимонопольный пакет — Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» и Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 404-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях (с последующими изменениями). Поправки были приняты к законам «О защите конкуренции», «О естественных монополиях», «О приватизации государственного и муниципального имущества» и к ряду других законодательных актов.

Важнейшим нововведением, предусмотренным этим пакетом, явилось закрепление определения картеля, под которым понимается незаконное соглашение между конкурентами на рынке, которое приводит или может привести к установлению и поддержанию цены, отказу от заключения договора с определенным покупателем (так называемый бойкот), к отказу от производства товаров при наличии спроса.

Третий антимонопольный пакет также уточнил нормы, касающиеся запрета на ограничивающие конкуренцию соглашения и на согласованные действия хозяйствующих субъектов, а также антимонопольных требований к торгам; уточнил особенности порядка заключения договоров в отношении государственного имущества и договоров с финансовыми организациями, определил порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и заключения договоров.

Третий антимонопольный пакет расширил возможность использования критериев сопоставимых рынков для определения монопольно высокой цены. В отношении вертикальных отношений установлена уголовная ответственность только за картели, тем самым декриминализованы другие соглашения, которые могут ограничивать конкуренцию, но не представляют такой опасности, как картели.

Четвертый антимонопольный пакет — Федеральный закон от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты РФ».

Этот закон внес ряд существенных изменений в антимонопольное регулирование, а именно:

— Правительству Российской Федерации предоставлена возможность утверждения правил недискриминационного доступа для субъектов, занимающих доминирующее положение на определенном рынке с долей более 70% и не являющихся субъектами естественной монополии (ранее такие правила могли устанавливаться только в отношении рынков, находящихся в условиях естественной монополии, и товаров, производимых или реализуемых субъектами естественных монополий). ПНД могут быть утверждены, если такой субъект допустил злоупотребление доминирующим положением, что подтверждено вступившим в законную силу решением антимонопольного органа;

— расширено понятие картеля: теперь им также может быть признано соглашение между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном рынке (картель покупателей);

— существенно расширен круг правонарушений, привлечение к административной ответственности за которые возможно только после выдачи предупреждения. Раньше круг таких правонарушений включал только злоупотребление доминирующим положением в форме навязывания условий договора (п. 3 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции») и в форме отказа/уклонения от заключения договора (п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона № 135-ФЗ);

— предусмотрено создание коллегиальных органов в ФАС России, которые осуществляют дачу разъяснений по вопросам применения антимонопольного законодательства, а также пересмотр решений территориальных антимонопольных органов, если они нарушают единообразие в применении антимонопольного законодательства¹.

В соответствии с Федеральным законом от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» ст. 14 «Запрет на недобросовестную конкуренцию» заменяется на состоящую из восьми статей гл. 2.1 «Недобросовестная конкуренция»².

В настоящее время ФАС России анонсировала разработку пятого антимонопольного пакета, несмотря на то, что предыдущий

¹ См.: Полякова Ю. 4:0 в пользу ФАС? // ЭЖ-Юрист. 2015. № 43; Ее же: Новеллы антимонопольного регулирования // ЭЖ-Юрист. 2016. № 4. URL: <http://rg.ru/2015/03/31/paket.html>; <http://pravo.ru/review/view/122009>

² Орлова В. О какой проблеме в сфере антимонопольного регулирования, на наш взгляд, следует сейчас заявить? // Конкуренция и право. 2015. № 5. С. 8–9.

был принят только в прошлом году. Андрей Цыганов¹ отмечает необходимость внесения изменений, связанных с ограничением монопольных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Также, по его мнению, не заслуживают самостоятельного регулирования в виде отдельного закона естественные монополии, главы или большой статьи в законе о конкуренции было бы вполне достаточно.

По мнению руководства ФАС, заслуживает рассмотрения также вопрос о возможности закрепления в законодательстве вопросов, связанных с заключением «мировых» соглашений, то есть, иными словами, антимонопольная служба стремится закрепить за собой право заключать мировые соглашения с нарушителями. Предположительно, пятый антимонопольный пакет может быть сформирован и представлен на обсуждение уже в 2016 г.

Таким образом, процесс развития антимонопольного законодательства идет постоянно, поскольку он требует учета развития других отраслей законодательства и практики применения ранее принятых норм. Очередные его изменения должны способствовать защите свободного рынка и обеспечивать справедливое развитие конкуренции.

§ 8. УРОВЕНЬ КОНКУРЕНЦИИ НА РЫНКЕ КАК ФАКТОР ОЦЕНКИ СООТНОШЕНИЯ ПЕРЕГОВОРНЫХ ВОЗМОЖНОСТЕЙ СТОРОН

А.Ф. Пьянкова

Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», вступивший в силу с 1 июня 2015 г.², внес существенные новеллы в правовое регулирование договора присоединения:

— исключен пункт 3 данной статьи, фактически блокировавший применение ст. 428 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) в предпринимательских отношениях;

— рассматриваемая статья распространена на случаи, когда условия договора определены одной из сторон, а другая сторона *в силу*

¹ URL: <http://rg.ru/2016/03/21/andrej-cyganov-fas-soberet-piatij-antimonopolnyj-paket-v-2016-godu.html>

² Российская газета. 2015. № 52. 13 марта.

явного неравенства переговорных возможностей поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора;

— пункт 2 статьи 428 ГК РФ дополнен абзацем, придающим иску об изменении или расторжении договора присоединения ретроспективное действие.

Таким образом, уже целый год прошел с момента признания законодателем такой категории, как неравенство переговорных возможностей.

Ранее Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (ВАС РФ) в Постановлении от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» (далее — Постановление о свободе договора)¹ также использовал это понятие применительно к вопросу о несправедливых условиях договора. В закон во многом вошли именно положения Постановления о свободе договора.

Так, по мнению ВАС РФ (п. 9, 10 Постановления о свободе договора), несправедливыми являются условия, являющиеся явно обременительными для контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон, если при этом контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора). При рассмотрении споров о защите от несправедливых договорных условий суд должен оценивать спорные условия в совокупности со всеми условиями договора и с учетом всех обстоятельств дела. Так, в частности, *суд определяет фактическое соотношение переговорных возможностей сторон* и выясняет, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, *конкуренцию на соответствующем рынке*, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т. д. (курсив мой. — А.П.).

Понятие неравенства переговорных возможностей не относится к числу хорошо разработанных в российской юридической науке. Обычно, говоря о появлении данного термина в англо-американском прецедентном праве, вспоминают об английском судье лорде Деннинге, который в 1975 г. отметил, что неравенст-

¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О свободе договора и ее пределах» от 14 марта 2014 г. № 16 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 5. С. 85–91.

во переговорных возможностях между договаривающимися сторонами может возникать по разным причинам, среди которых различные формы морального давления, социальные условия, *ситуация на рынке* и более широко — несправедливое извлечение выгоды (курсив мой. — А.П.). Результатом неравенства переговорных возможностей может стать применение стороной с более сильной переговорной позицией неразумных или чрезмерно обременительных для другой стороны условий¹. Однако Д. Барнхайзер указывает, что термин появился намного раньше, в 1927 г. по делу *Ocean Accident & Guarantee Corp. v. Indus. Comm'n of Ariz.* применительно к неравенству переговорных возможностей работников и работодателей².

На интуитивном уровне концепция неравенства переговорных возможностей кажется очевидной: сторона договора, имеющая значительное экономическое превосходство, всегда будет иметь возможность диктовать свои условия договора. Однако определить реальное соотношение сил на переговорах сил достаточно сложно, тем более сложно — выделить те или иные четкие критерии для определения того, кто в конкретной ситуации является сильной, а кто — слабой стороной. В качестве образной иллюстрации Д. Барнхайзер приводит библейскую легенду о Давиде и Голиафе³.

Одна группа ученых считает неравенство договорных возможностей оправданием вмешательства судьи в отношения между сторонами — при злоупотреблении одной из сторон переговорными возможностями такие условия договора не должны приниматься во внимание.

Для доказательства этого тезиса ученые предлагают несколько групп аргументов. Исторические доводы сводятся к тому, что если в прошлом, когда стороны обладали примерно равными договорными возможностями, свобода договора могла выступать в качестве основополагающего принципа рыночных отношений, то с консолидацией капитала такой тип правового регулирования перестала отвечать существующей модели коммерческих отношений. Ныне свобода договора позволяет коммерсантам использовать свою эко-

¹ Christiana Cicoria. "The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States Doctrine of Unconscionability. A Comparative Analysis" // *Global Jurist Advances*. 2003. Vol. 3: Iss. 3, Article 2. P. 4.

² Daniel D. Barnhizer. *Bargaining Power in Contract Theory* // Michigan State University College of Law. Legal studies research paper № 03—04.

³ *Op. cit.*

номическую мощь для эксплуатации поставщиков, работников и потребителей. Следование свободе договора в таких условиях становится все более и более абсурдным. Другая группа аргументов основана на принципах справедливости и морали и не допускает использование принципа свободы договора даже в ограниченных масштабах: модель рыночных отношений должна защищать социальные интересы тех, кому не хватает договорных возможностей. Более того, ряд ученых полагает, что государственное вмешательство в договорные условия на деле способствует экономической эффективности.

Ученые-«неинтервенционисты» утверждают, что простое неравенство договорных возможностей, не влияющее на правоспособность стороны, не может оправдывать вмешательство в договорные отношения. Экономические доводы против вмешательства заключаются в том, что вмешательство приводит к неэффективному результату. Так, договоры присоединения в условиях интенсивного договорного взаимодействия позволяют сторонам не тратить время на переговоры. Подчеркивается также, что категория договорных возможностей имеет слишком неопределенное содержание, чтобы позволить судам достигать справедливых результатов. При этом разработка более или менее понятных стандартов в качестве руководства для судей представляется практически невозможной. Более того, использование доктрины далеко не всегда приводит к положительным результатам. Так, например, суд может признать ничтожным то или иное условие договора присоединения, однако впоследствии производитель переложит возросшие издержки на потребителя, от чего потребитель проиграет еще больше.

Как видно, у теории есть немало контраргументов. Так, исследователи опасаются того, какими критериями будет руководствоваться суд, «переписывая» условия договора: не всегда правоприменители, не знакомые с бизнесом, могут эффективно защитить интересы слабой стороны договора¹. Другие исследователи еще более категоричны и доказывают, что данная теория не приносит договорному праву никакой пользы и существуют более эффективные инструменты борьбы с несправедливыми условиями договора².

¹ Omri Ben-Shahar, “A Bargaining Power Theory of Default Rules”, 109 Columbia Law Review 396 (2009).

² Max Helveston, Michael Jacobs. “The Incoherent Role of Bargaining Power in Contract Law”. URL: <http://ssrn.com/abstract=2419171>

Таким образом, понятие неравенства переговорных возможностей — весьма непростое даже для доктринального анализа; в связи с этим решение о внесении этого термина в закон является, возможно, не до конца продуманным. В то же время именно в связи с неравенством переговорных возможностей в договорах, как правило, и появляются несправедливые и явно обременительные условия. Поэтому цель обеспечения принципа добросовестности в договорном праве, закрепленного в п. 3 ст. 307 ГК РФ (применительно к обязательствам) требует решения вопроса о неравенстве переговорных возможностей.

Свобода договора может полноценно реализоваться только в рамках здоровой конкурентной среды. Как справедливо указывает Е.И. Трубинова, «конкуренция как форма осуществления предпринимательской деятельности требует для своего существования наличия трех предпосылок: равенства возможностей действующих на рынке хозяйствующих субъектов; свободы входа и выхода на рынок; угрозы появления релевантных товаров или услуг»¹. Конституционный Суд РФ также подчеркивает, что предпринимательская деятельность основана «на принципах юридического равенства и добросовестности сторон, свободы договора и конкуренции»².

Таким образом, такие базовые принципы гражданского права, как свобода и равенство, имманентно заложены и в конкуренции.

Согласно п. 3 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»³ навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, запрещено. В данной норме законодатель по сути также борется с несправедливыми условиями договора.

Разумеется, если в договорное взаимодействие вступают физическое или юридическое лицо и монополистическая организация, неравенство переговорных возможностей возникает а priori. Между тем полагаем, что существуют и иные факторы, которые обуславливают взаимосвязь неравенства переговорных возможностей и уровня конкуренции. Перечислим ключевые из них:

¹ Трубинова Е.И. Право на конкуренцию как предмет актов недобросовестной конкуренции // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. № 2. С. 77.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 11 декабря 2014 г. № 32-П // Российская газета. 2014. № 293.

³ Российская газета. 2006. № 162.

1. Даже в условиях отсутствия между участниками рынка соглашений, запрещаемых антимонопольным законодательством, зачастую стандартизированные условия договоров, предлагаемых основными участниками рынка, различаются незначительно. В такой ситуации даже осведомленный и профессиональный контрагент, затратив значительные транзакционные издержки, не сможет добиться существенного улучшения для себя условий договора. Поэтому транзакционные издержки являются бессмысленными. В этой ситуации необоснованные конкурентные преимущества создают неравенство переговорных возможностей.

При этом ситуация на нашем рынке такова, что, как правило, субъекты конкурируют только по «центральных» условиям договора (цена, процентная ставка и т.п.), а по так называемым периферийным условиям договора конкуренция по сути отсутствует, так как контрагенты все равно не читают эти условия и «кдюют» на более низкую цену, не вчитываясь, что по данному договору у лица, осуществляющего исполнение, например, ограничена ответственность¹.

Поэтому суды, защищая слабую сторону договора, обращают внимание на тот факт, что наличие возможности субъекта малого предпринимательства заключить договор с иным контрагентом не открывает сильной стороне дорогу к включению в договор несправедливых условий: «Несмотря на то, что у истца, очевидно, имелась возможность заключить аналогичный договор с третьими лицами (об аренде помещения в другом ТРЦ), внесение ответчиком в договор явно несправедливых договорных условий все-таки не может быть признано правомерным, учитывая, в частности, явный дисбаланс сил со стороны собственника (в лице управляющей компании) сдаваемых в аренду помещений и субъекта малого предпринимательства... Поскольку согласно п. 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по ст. 169 ГК РФ. В частности, с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий в целом может быть признано несправедли-

¹ См. подробнее: Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. М., 2012. Т. 2. Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. С. 319—328.

вым и не применено судом условие об обязанности слабой стороны договора, осуществляющей свое право на односторонний отказ от договора, уплатить за это денежную сумму, которая явно несопоставима потерям другой стороны от досрочного прекращения договора»¹.

2. Профессиональный дисбаланс. Лицо, занимающее значительную долю соответствующего рынка, всегда осведомлено о специфике исполнения, различных «подводных камнях» договорного взаимодействия значительно лучше контрагентов, не являющихся специалистами в данном вопросе. Такое лицо имеет штат компетентных сотрудников, в том числе юристов, которые анализируют практику применения законодательства в данной области хозяйственной деятельностью, имеют возможность тщательно проработать типовые договоры.

Между тем судам, как правило, недостаточно лишь профессионального дисбаланса сторон. Так, по делу оспаривалось дополнительное соглашение к кредитному договору об увеличении процентной ставки по кредиту. По мнению суда, «истец не привел доводов, которые могут свидетельствовать об установлении банком неразумных ограничений, наличии неравенства переговорных возможностей или пороков воли»². Таким образом, самого факта того, что контрагентом является крупный банк, недостаточно для признания неравенства переговорных возможностей.

3. Информационный дисбаланс. Наличие информационной диспропорции, как правило, вытекает из профессиональной диспропорции.

Выше уже говорилось об отсутствии конкуренции по «периферийным условиям» договора. Мы попадаем в своего рода замкнутый круг: изначально не информированные контрагенты не читают внимательно условия договора, в результате чего и конкуренция по этим условиям фактически отсутствует.

Западные исследователи проблемы информированности потребителей об условиях договора предлагают обязать предпринимателей использовать в стандартных договорах всех видов унифицированную, утвержденную правительством «предупреждающую таблицу», в которой излагались бы наиболее невыгодные и неожиданные для

¹ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 29 февраля 2016 г. по делу № А82-15959/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 30 ноября 2012 г. по делу № А53-15024/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

потребителя условия¹. Этот шаг, думается, помог бы упростить ознакомление потребителей с условиями договора.

4. Стратегический дисбаланс. Ч. Фокс обращает внимание на то, что в более выгодном положении находится тот контрагент, который готовит проект контракта. Именно он может решать, когда другие участники сделки получают текст договора. Тот же контрагент, которому представлен проект договора, находится в позиции защищающейся стороны: он скорее будет вносить корректировки в предложенный вариант, нежели выдвигать свои собственные идеи².

Таким образом, контрагент, обращаясь к стороне-специалисту, находится, как правило, «на его территории», где «и стены помогают», получая многостраничный проект договора, зачастую не в состоянии оценить его содержание. Таким контрагентом может быть не только потребитель, защита которого как слабой стороны правоотношения проведена в Законе РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»³. Неслучайно ВАС РФ в Постановлении о свободе договора подчеркнул, что слабая сторона может появиться и в правоотношении, связанном с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности.

Таким образом, невысокое развитие конкуренции в России является одним из факторов развития неравенства переговорных возможностей между сторонами договора. Такая ситуация не способствует соблюдению принципа добросовестности в договорном праве. Полагаем, что за рубежом, где в настоящее время идет активная борьба с несправедливыми условиями договора, одним из стимулов является как раз наличие более конкурентного рынка.

§ 9. ПОНЯТИЕ ДОМИНИРУЮЩЕГО ПОЛОЖЕНИЯ ХОЗЯЙСТВУЮЩЕГО СУБЪЕКТА В КОНКУРЕНТНОМ ПРАВЕ

Е.С. Хохлов

Легальное понятие доминирующего положения закреплено в ч. 1 ст. 5 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите

¹ Ian Ayres, Alan Schwartz. “The No Reading Problem in Consumer Contract Law”, Forthcoming Stanford Law Review, 2013.

² Фокс Ч. Составление договоров: чему не учат студентов. М., 2007. С. 52.

³ Российская газета. 1996. № 8.

конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции). В соответствии с данной нормой доминирующее положение — это такое положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, которое дает этому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

В ранее действовавшем Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон о конкуренции 1991 г.) определение понятия доминирующего положения было практически идентичным: доминирующим признавалось исключительное положение хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов на рынке товара, не имеющего заменителя, либо взаимозаменяемых товаров, дающее ему (им) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке или затруднять доступ на рынок другим хозяйствующим субъектам¹.

Единственным сущностным отличием определения, закрепленного в Законе о конкуренции 1991 г. от определения, содержащегося в действующем Законе о защите конкуренции, является использование слова «исключительный» применительно к рыночному положению хозяйствующего субъекта. По всей видимости, законодатель таким образом пытался подчеркнуть, что только один хозяйствующий субъект (несколько хозяйствующих субъектов в случае коллективного доминирования) может обладать доминирующим положением на определенном товарном рынке. Данное уточнение представляется излишним, поскольку возможность оказывать решающее воздействие на общие условия обращения товара на рынке само по себе предполагает такую исключительность. По всей видимости, по этой причине это слово не было включено в действующее легальное определение доминирующего положения.

Другим отличием предшествующего легального определения доминирующего положения от действующего является то, что была добавлена такая новая возможность, как устранение с товарного рынка других хозяйствующих субъектов. Представляется, что это

¹ См. абз. 8 ст. 6 Закона о конкуренции 1991 г.

изменение не носит сущностного характера и является лишь уточнением содержания возможности создания барьеров на рынке. Возможность создания барьеров, безусловно, может применяться не только в отношении новых (еще не вышедших на товарный рынок) хозяйствующих субъектов (когда речь идет о затруднении доступа на рынок), но и в отношении вытеснения уже действующих на товарном рынке хозяйствующих субъектов.

Содержание легального определения доминирующего положения включает в себя три возможности:

- возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке;
- возможность устранять с товарного рынка других хозяйствующих субъектов;
- возможность затруднять доступ на товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

В современной юридической литературе предприняты попытки раскрыть данные возможности. В частности, то, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на рынке, получает возможность оказывать решающее влияние на следующие общие условия обращения товаров раскрывается через его влияние на отдельные аспекты обращения товара на рынке: взаимозаменяемость товара, установление цен, объём (количество) продаваемого (приобретаемого) товара, состав продавцов и покупателей на данном рынке, условия заключения договоров, включая контрагентов, ответственность, возможность отказа от заключения договора. Устранение с рынка хозяйствующих субъектов означает, что субъект, занимающий доминирующее положение, создает условия, при которых его конкурент будет вынужден прекратить осуществление своей деятельности на рынке или существенно ее ограничить, сведя к минимуму. Под затруднением доступа на рынок следует понимать создание препятствий или невозможность войти на рынок. Под доступом (вхождением) на рынок понимается создание нового (перепрофилирование действующего) субъекта предпринимательства для работы на соответствующем товарном рынке или распространение деятельности субъекта предпринимательства, уже существующего вне границ соответствующего рынка на продукцию, поставляемую на рассматриваемый рынок (ввоз, импорт)¹.

¹ См.: Паращук С.А. Доминирующее положение хозяйствующего субъекта как базовая категория законодательства о защите конкуренции // Предпринимательское право. 2014. № 2. С. 46–53.

Для квалификации положения хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов) как доминирующего достаточно наличия у него (них) хотя бы одной из перечисленных возможностей. Однако, как справедливо отмечено С.А. Пузыревским, главным элементом доминирующего положения является всё же первый критерий (возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара), тогда как второй и третий критерии (возможность устранять с рынка и затруднять доступ на рынок), как правило, сопутствуют первому¹.

При этом в экономической теории существует близкое по содержанию понятие рыночной власти. Это понятие экономисты традиционно определяют как способность фирм (или групп фирм) повысить цену и поддержать ее на уровне, превышающем уровень, обусловленный конкуренцией². Количественную оценку рыночной власти в экономической теории представляет индекс Аббы Лернера — отношение превышения цены над предельными издержками к цене для продавца, максимизирующего прибыль; его величина обратна абсолютному значению ценовой эластичности остаточного спроса³.

При этом такое определение рыночной власти, привязанное исключительно к вопросу установления нерыночного уровня цены, не учитывает многочисленных рыночных факторов, которые могут сложиться на отдельных рынках. Во-первых, оно не учитывает неценовую конкуренцию, когда обладающий рыночной властью субъект рынка может не устанавливать более высокую цену, а, например, снижать качество производимых им товаров. Во-вторых, это определение не учитывает особые типы рынков, которые стали выделяться в экономической теории лишь в последнее время (например, т.н. состязательные рынки, двусторонние/многосторонние рынки и т.п.).

В этой связи в зарубежной литературе и практике более активно применяется понимание рыночной власти как такого относительно независимого положения хозяйствующего субъекта или нескольких

¹ См.: Конкурентное право: учебник / Д.А. Гаврилов, С.А. Пузыревский, Д.И. Серёгин / отв. ред. С.А. Пузыревский. С. 108 (автор соответствующей главы — С.А. Пузыревский).

² См., например: Князева И.В. Антимонопольная политика в России. М., 2008. С. 456.

³ См.: Авдашева С., Шаститко А. Искать под фонарем, или где потеряли? Новации антимонопольного законодательства сезона 2008–2009 // Экономическая политика. 2008. № 5. С. 4.

хозяйствующих субъектов на товарном рынке, которое дает ему (им) реальную или потенциальную возможность ограничивать эффективную конкуренцию на этом товарном рынке. Данное определение основано, в первую очередь, на подходах конкурентного права Европейского союза, в частности, на определении рыночной силы, данном Европейским Судом в деле *United Brands*, в котором она была определена как «позиция экономической силы, которая представляет собой способность препятствовать эффективной конкуренции на определенном товарном рынке путем предоставления возможности действовать в значительной степени независимо от конкурентов, покупателей и, в конечном итоге, потребителей»¹. Впоследствии данное определение было повторено в большинстве решений по делам о злоупотреблении доминирующим положением в Европейском союзе, а также многократно процитировано в зарубежной и российской литературе по антимонопольному регулированию.

Если сравнивать легальное понятие доминирующего положения с экономическим понятием рыночной власти, сформулированным выше, можно сделать вывод об их идентичности по содержанию. Это также следует из анализа понятия рыночной власти, которое изложено в литературе: в частности, под рыночной властью понимается «возможность хозяйствующего субъекта, не обязательно связанная напрямую с его долей на рынке, оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем рынке и (или) затруднять доступ на него другим хозяйствующим субъектам»².

При этом представляется, что сформулированное в Европейском союзе понятие рыночной власти более точное, чем приведенное в ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции, поскольку более подробно раскрывает существо рыночной власти за счет возможности ограничивать конкуренцию вследствие способности действовать на товарном рынке независимо от других его участников.

Из изложенного следует, что легальное понятие доминирующего положения — экономическое, а не правовое. Этот вывод подтверждается еще и тем, что под положением в легальном определении доминирующего положения подразумевается не правовое,

¹ Case 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities*. [1978] ECR 207, para 65.

² Конкуренция и антимонопольное регулирование / под ред. А.Г. Цыганова. М., 1999. С. 61.

а рыночное положение (положение на товарном рынке). Это, в частности, следует из того, что в той же ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции, в которой вначале дается определение доминирующего положения, приводятся основания для признания за хозяйствующим субъектом доминирующего положения, основанные на рыночных долях.

Таким образом, легальное определение доминирующего положения представляет собой не что иное, как определение экономической категории рыночной власти.

Отсюда возникает вопрос, а имеется ли (и должно ли быть) у данного понятия правовое содержание? В частности, практически во всех российских работах по конкурентному праву о категории доминирующего положения говорится исключительно в смысле, придаваемом этому понятию его легальным определением, т.е. как об экономическом понятии¹.

Изредка появляются работы, в которых под доминирующим положением понимается не только экономическая, но и правовая категория, однако в них по-прежнему не раскрывается правовое содержание данного понятия. Например, Е.Ю. Борзило в одной из своих работ называет доминирующее положение экономическим и правовым институтом, однако в дальнейшем раскрывает лишь его экономическую сущность через описание критериев, при котором определенное положение на рынке признается доминирующим². Интересно, что в другой своей (более ранней) работе ученый говорит о том, что понятие доминирующего положения является только экономическим³.

Особняком стоит позиция С.А. Парашука. В одной из своих недавних работ ученый отмечает, что «доминирующее положение, понимаемое как особое экономическое положение хозяйствующего субъекта, выражающееся в наличии определенной «рыночной власти», тем не менее характеризует особый правовой статус такого

¹ См., например: Конкурентное право: учебник / Д.А. Гаврилов, С.А. Пузыревский, Д.И. Серёгин / отв. ред. С.А. Пузыревский. С. 107–109 (автор соответствующей главы — С.А. Пузыревский); Петров Д.А. Конкурентное право: теория и практика применения: учебник для магистров. М., 2013. С. 69–73; Писенко К.А., Цинделиани И.А., Бадмаев Б.Г. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации: курс лекций. М., 2010. С. 117–118; Варламова А.Н. Конкурентное право России. М., 2008. С. 284–294.

² См.: Борзило Е.Ю. Критерии определения доминирующего положения: обзор законодательства // Российский юридический журнал. 2014. № 3. С. 23–28.

³ См.: Борзило Е.Ю. Новое в российском антимонопольном законодательстве // Вестник гражданского права. 2006. № 2.

хозяйствующего субъекта... на рынке, включая его права, обязанности, ответственность»¹. Из этого следует, что С.А. Парашук, по всей видимости, не готов признать, что доминирующее положение — правовая категория, хотя и полагает, что наличие доминирующего положения влияет на правовой статус хозяйствующего субъекта применительно к его деятельности на рынке. Интересно, что в своих ранних работах ученый следовал сложившейся в российской науке традиции и говорил лишь о понятии доминирующего положения как экономической категории².

Представляется, что у доминирующего положения обязательно должно быть правовое содержание, поскольку с наличием соответствующего рыночного положения закон связывает появление особых обязанностей, которых у лиц, не занимающих соответствующего положения на товарном рынке, нет. Более того, в литературе единогласно (вслед за правовой позицией, впервые сформулированной в решениях американских судей середины XX в.) утверждается, что доминирующее положение — не правонарушение, а вот злоупотребление им — правонарушение. При описании злоупотребления доминирующим положением практически все ученые единогласно отмечают, что это правонарушение в обязательном порядке предполагает наличие доминирующего положения как одного из элементов своего состава. Безусловно, элемент состава правонарушения не может не быть правовой категорией.

В конкурентном праве Европейского союза устоявшейся является позиция, согласно которой «хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, обязан проявлять особую осмотрительность, чтобы не позволить своему поведению ограничить конкуренцию»³. Очевидно, что такая «особая осмотрительность» — правовая категория, поскольку она описывает определенный режим, который должен соблюдать хозяйствующий субъект, обладающий рыночной властью.

Таким образом, доминирующее положение следует признать правовой категорией. Более того, это должна быть исключительно правовая, а не экономическая категория, поскольку в экономической теории, как отмечалось ранее, существует самостоятельная

¹ Парашук С.А. Доминирующее положение хозяйствующего субъекта как базовая категория законодательства о защите конкуренции. С. 46—53.

² См.: Парашук С.А. Конкурентное право (Правовое регулирование конкуренции и монополии). М., 2002. С. 122—127.

³ Case 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities. [1983] ECR 03461, para 57.

категория рыночной власти, которая по своему содержанию идентична легальному понятию доминирующего положения, признаваемому в российской правовой литературе экономической категорией.

Важно также учитывать, что нормы антимонопольного законодательства, устанавливающие запреты и ограничения (в том числе запрет злоупотребления доминирующим положением), адресованы, в первую очередь, хозяйствующим субъектам, поскольку последние должны соблюдать их в своей ежедневной деятельности.

Зачастую антимонопольное законодательство воспринимается как часть административного права. В действительности об административно-правовом элементе здесь можно говорить только в части правоприменения — выполнения антимонопольным органом своих функций по властному воздействию на хозяйствующих субъектов, нарушающих антимонопольные запреты. Однако основополагающие антимонопольные запреты — это комплекс норм, ограничивающих автономию воли субъектов гражданского оборота. Антимонопольные запреты применяются к действиям хозяйствующих субъектов, которые в их отсутствие могли бы совершаться исходя из общих принципов гражданского права — свободы осуществления гражданских прав, свободы договора и проч. Административному вмешательству в данные отношения нет места до тех пор, пока антимонопольные запреты соблюдаются хозяйствующими субъектами.

Таким образом, наличие у хозяйствующего субъекта рыночной власти означает, что в своей деятельности (вступая в те или иные правоотношения с другими субъектами) он обязан соблюдать определенные ограничения, а его контрагенты могут рассчитывать на их соблюдение. Категория доминирующего положения как правовая категория как раз и опосредует это положение дел.

Если доминирующее положение — это правовая категория, то чем именно она является? Первое, что приходит в голову, исходя из используемой законодателем терминологии — категория правового положения. Иными словами, логично предположить, что доминирующее положение представляет собой особое правовое положение хозяйствующего субъекта.

Понятие «правовое положение» фактически является синонимом понятия «правовой статус». В научной литературе предпринимаются попытки разграничить эти понятия, которые сводятся к позиции, что «правовое положение» — понятие более широкое, чем «правовой статус». Однако при попытке дать содержательное определение

правовому положению отстаивающие данную позицию авторы все равно не могут обойтись без понятия «правовой статус»¹. В литературе также встречается термин «правовой модус», который подается как альтернатива понятию правового статуса в ситуациях, когда требуется описывать правовое положение определенной социальной группы². Однако, по признанию самого автора этого термина, уже на момент написания статьи «термин скорее не прижился», а с того момента своего развития в науке он так и не получил. Таким образом, целесообразно использовать понятия «правовое положение» и «правовой статус» как синонимы.

Очевидно, что доминирующее положение не является универсальным правовым статусом, а признается только за очень ограниченным кругом субъектов.

Обладать этим статусом могут лишь лица, которые в принципе могут являться участниками рынка. В науке конкурентного права получило широкое распространение понятие хозяйствующего субъекта, содержание которого, однако, фактически не раскрыто. В п. 5 ст. 4 Закона о защите конкуренции отсутствует сущностное определение понятия хозяйствующего субъекта; в нем просто перечислены лица, которые признаются хозяйствующими субъектами. К ним относятся: коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Из анализа этого перечня нельзя сделать однозначный вывод о том, что объединяет всех этих лиц. Это не предпринимательская деятельность, поскольку к хозяйствующим субъектам отнесены лица, которые традиционно не признаются осуществляющими предпринимательскую деятельность (например, арбитражные управляющие,

¹ Например, изначально заняв позицию о том, что понятия правового положения и правового статуса являются различными, Бараненков В.В. пишет: «Таким образом, правовое положение лица обуславливается его правовым статусом... Иными словами, развитие правового положения приводит к такому его уровню, когда лицо приобретает качественно новый статус» (Бараненков В.В. Соотношение понятий «правовое положение», «правовой статус» и «правосубъектность» юридического лица // Юридический мир. 2006. № 2).

² См.: Ровный В.В. О категории «правовой модус» и ее содержании // Государство и право. 1998. № 4.

оценщики)¹. Наоборот, формально подпадающие под определение хозяйствующего субъекта в ст. 4 Закона о защите конкуренции нотариусы и адвокаты не признаются таковыми с учетом норм отраслевого законодательства (применительно к нотариусам)² и позиции судебной практики (применительно к адвокатам)³.

Объединяющим критерием лиц, признаваемых законом хозяйствующими субъектами, не является и извлечение дохода, как это предполагают отдельные авторы⁴, поскольку за рамками п. 5 ст. 4 Закона о защите конкуренции остались физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями, извлекающие доход от различных операций (продажа имущества, получение дивидендов).

Опираясь на ч. 2 ст. 34 Конституции РФ, запрещающую экономическую деятельность, направленную на монополизацию, можно сделать вывод, что хозяйствующие субъекты — это лица, осуществляющие экономическую деятельность. В связи с этим следует учитывать правовую позицию Конституционного Суда РФ, в соответствии с которой к экономической деятельности отнесена деятельность физических лиц, являющихся участниками хозяйственных обществ⁵ и вкладчиками по договорам банковского вклада⁶. Фактически Конституционный Суд РФ говорит об инвестиционной деятельности как о разновидности экономической деятельности⁷. В комментариях к ст. 34 Конституции РФ к экономической деятель-

¹ Вопрос о том, насколько справедлива позиция законодателя о том, что указанные лица не осуществляют предпринимательскую деятельность, — предмет отдельного обсуждения, который находится за рамками предмета настоящего исследования.

² См. ч. 6 ст. 22 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1, которая прямо исключила отношения, связанные с оплатой нотариальных действий и других услуг, оказываемых при осуществлении нотариальной деятельности, из предмета регулирования антимонопольного законодательства, тем самым сняв и вопрос о том, подпадают ли нотариусы под понятие хозяйствующего субъекта.

³ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 3 декабря 2013 г. № 9122/13.

⁴ См.: Гутерман А.Е. Деятельность хозяйствующих субъектов как собирательный элемент предмета антимонопольного регулирования // Конкурентное право. 2015. № 1. С. 4—10.

⁵ См. п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П.

⁶ См. п. 2 Постановления Конституционного Суда РФ от 22 июля 2002 г. № 14-П.

⁷ В законодательстве об инвестиционной деятельности она определена как вложение инвестиций, или инвестирование, и совокупность практических действий по реализации инвестиций, а под инвестициями понимаются денежные средства, целевые банковские вклады, паи, акции и другие ценные бумаги, технологии, машины, оборудование, кредиты, любое другое имущество или имущественные права, интеллектуальные ценности, вкладываемые в объекты предпринимательской и других видов деятельности в целях получения прибыли (дохода) и дости-

ности относят даже трудовую деятельность (осуществление функций работника)¹.

Очевидно, что это широкое понимание экономической деятельности требуется для целей применения конституционных принципов, закрепленных в ст. 8, 34 и других положениях Конституции РФ² и с этих позиций является оправданным. Однако для целей применения конституционного принципа запрета монополизации следует понимать экономическую деятельность более ограничительно как деятельность по производству или реализации товаров, поскольку монополизация как экономическое явление возможно только применительно к товарным рынкам и обращающимся на них товарам.

Экономическую деятельность в литературе еще иногда называют хозяйственной, приравнивая одну к другой. Представляется, что с учетом правовой позиции Конституционного Суда РФ следует разделить эти понятия, определив хозяйственную деятельность как разновидность экономической деятельности. К хозяйственной же деятельности следует отнести предпринимательскую, профессиональную и иную деятельность, которая направлена на производство или реализацию товаров.

Возвращаясь к характеристике лиц, которые могут иметь правовой статус доминирующего субъекта, доминирующее положение может занимать только хозяйствующий субъект, действующий на определенном товарном рынке и имеющий на нем рыночную власть.

Отсюда можно заключить, что доминирующее положение является специальным правовым статусом, присущим субъектам с определенными характеристиками: 1) хозяйствующий субъект; 2) участник определенного товарного рынка; 3) обладающий рыночной властью на этом рынке.

В теории права подчеркивается, что специальный правовой статус — способность лица быть участником лишь определенного круга правоотношений³. Встречается и более развернутое описание

жения положительного социального эффекта (ст. 1 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»).

¹ См. Конституция Российской Федерации. Доктринальный комментарий (постатейный), 2-е издание, измененное и дополненное / рук. авт. кол. Ю.А. Дмитриев, науч. ред. Ю.И. Скуратов. М., 2013, комментарий к ст. 34 (автор комментария — Авдеев М.П.).

² См.: Комментарий к Конституции РФ (постатейный), 2-е издание, пересмотренное / под ред. В.Д. Зорькина. М., 2011, комментарий к ст. 34 (автор комментария — Г.А. Гаджиев).

³ См.: Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 384.

специального правового статуса как отражения правового состояния субъектов права одного вида внутри одного рода (типа), выражающегося в правах и обязанностях, прежде всего регулируемых отраслевыми нормами¹.

Исходя из этого, доминирующее положение — это специальный правовой статус, присущий субъектам отношений, урегулированных нормами антимонопольного законодательства.

Есть и другой вариант понимания правовой сущности доминирующего положения. В частности, в теории права существует такой особый вид юридических фактов, как состояния. Под ними традиционно понимаются «обстоятельства, которые существуют длительное время, непрерывно или периодически, порождая юридические последствия»². Однако само выделение такого вида юридических фактов представляется не вполне последовательным, поскольку те же ученые, которые их выделяют, утверждают, что «состояния нередко выражаются в виде правоотношений» (хотя правоотношение — совершенно самостоятельная правовая категория) и «состояния возникают, изменяются и прекращаются на основе известных фактических обстоятельств, и, следовательно, здесь существует два ряда (этажа) юридических фактов: первый ряд — основания движения состояний, второй ряд — юридические факты-состояния»³. Исходя из этого возникают сомнения в обоснованности выделения категории состояний как разновидность юридических фактов, поскольку ее можно смешать с другими правовыми категориями (в частности, правоотношением) и она является несамостоятельной и зависит от других юридических фактов.

Представляется более непротиворечивым подход, при котором доминирующее положение представляет собой специальный правовой статус, который присущ отдельным субъектам и наделяет их определенными правами, обязанностями и дает возможность применять к ним специфические меры воздействия. Таким образом, доминирующее положение как правовую категорию можно сформулировать следующим образом: доминирующее положение — это специальный правовой статус хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов, обладающих рыночной властью на определенном товарном рынке.

¹ См.: Дамдинов Б.Д. Теоретические проблемы правового статуса субъекта Российской Федерации // Сибирский Юридический Вестник. 2002. № 3.

² Алексеев С.С. Общая теория права. С. 414.

³ Там же.

В завершение необходимо дать краткую характеристику содержанию описанного правового статуса. Поскольку полноценная характеристика представляет собой предмет для самостоятельного объемного исследования, последующее изложение служит целью обозначить пути дальнейшей теоретической проработки этого вопроса.

Согласно теории права правовой статус — это установленная законодательством совокупность прав и обязанностей¹. Причем, правовой статус хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение, является специальным² по отношению к их общему правовому статусу как субъектов предпринимательской деятельности, поскольку он предоставляет им особые права и наделяет их дополнительными обязанностями, которые отсутствуют у других субъектов предпринимательской деятельности, не имеющих правового статуса доминирующих.

Правовой статус доминирующего субъекта определяет, в первую очередь, его обязанности (включая обязанность соблюдать определенные запреты). Ключевой обязанностью, предписанной данным статусом, является обязанность не допускать действий (бездействия), относящегося к злоупотреблению доминирующим положением (ст. 10 Закона о защите конкуренции). Содержание обязанностей доминирующих субъектов является разработанным в юридической литературе.

Правовой статус доминирующего субъекта также включает в себя определенные права. Этот элемент правового статуса доминирующего субъекта практически не разработан в теории.

К таким правам можно отнести, в частности, предусмотренное ч. 4 ст. 5 Закона о защите конкуренции право хозяйствующего субъекта представлять доказательства того, что его положение на товарном рынке не является доминирующим. В законе говорится о том, что хозяйствующий субъект вправе представлять такие доказательства в антимонопольный орган или суд, однако, полагаем, что данное право является более широким. Очевидно, что хозяйствующий субъект вправе обосновывать отсутствие у него доминирующего положения не только в отношении органов государственной власти, но в отношении своих контрагентов, если послед-

¹ См., например: Теория государства и права: учебник / под ред. М.Н. Марченко. М., 2005. С. 347–349; Общая теория права: учебник для юридических вузов / под общ. ред. А.С. Пиголкина. 2-е изд. М., 1998. С. 241.

² Классификацию правовых статусов см.: Общая теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 153.

ние, вступив или намереваясь вступить с ним в определенные правоотношения ссылаются на наличие у него доминирующего положения.

У хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение, имеется также право ссылаться на допустимость своих действий (бездействия), подпадающих под запрет злоупотребления доминирующим положением (см. ч. 2 ст. 10 Закона о защите конкуренции). Основания для признания действий (бездействия) доминирующего субъекта допустимыми закреплены в ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции.

В объём правового статуса хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение, следует также включить ответственность и другие меры воздействия, которые данные субъекты претерпевают в случае нарушения обязанностей, предписанных им специальным правовым статусом, поскольку данные меры имеют определенные особенности по сравнению с ответственностью за нарушение ими обязанностей, предписанных им общим правовым статусом субъектов предпринимательской деятельности или отраслевым статусом хозяйствующего субъекта.

В частности, особенностью правового статуса доминирующих субъектов по сравнению с другими хозяйствующими субъектами является то, что помимо принудительных мер (мер административной, гражданско-правовой ответственности, а также такой специфической меры антимонопольного регулирования, как предписание антимонопольного органа) в отношении них могут применяться и особые меры предупредительного воздействия — категория, которая является практически не разработанной в науке права (по сравнению с ответственностью и иными принудительными мерами). Речь, в частности, идет о предупреждениях о прекращении действий (бездействия), содержащих признаки злоупотребления доминирующим положением (ст. 39¹ Закона о защите конкуренции). Данные меры направлены на то, чтобы предотвращать вероятное нарушение антимонопольного законодательства со стороны доминирующего субъекта либо минимизировать негативные последствия от такого нарушения.

Таким образом, правовой статус доминирующих субъектов представляет собой набор особых прав и обязанностей, ограничивающих автономию воли данных субъектов, предоставленную им гражданским правом, а также предусматривает применение к ним особых мер принудительного и предупредительного воздействия. В основе

правового статуса доминирующих субъектов лежит понимание того, что они должны иметь повышенную осмотрительность в своих действиях (бездействии) на рынке.

§ 10. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНЦЕНТРАЦИЯ И ПРОБЛЕМА КОНЕЧНОГО ВЫГОДОПРИБРЕТАТЕЛЯ

С.А. Хабаров

Определение конечного выгодоприобретателя по сделкам с акциями (долями) хозяйственных обществ в рамках экономической концентрации является исключительно важным с точки зрения поддержания и *развития конкурентных отношений* на любом рынке. И это не единственное измерение данной проблемы. Контроль важен не только для непосредственного пресечения недобросовестной конкуренции на отечественных товарных рынках, но также и для *защиты национальной безопасности*, для защиты экономических и других национально-государственных интересов при осуществлении иностранных инвестиций в российские хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, причем *базовым знаменателем здесь* вне зависимости от непосредственных целей контроля *выступает необходимость поддержания справедливой конкурентной среды*. Следует также иметь в виду, что и в том и другом случае в условиях нынешнего состояния международных отношений этот *контроль совсем не безусловен*. Его пределы ограничены и определяются правительством с учетом экономической конъюнктуры, точнее — степени зависимости нашей экономики в конкретный момент от инвестиций, включая иностранные, в те или иные отрасли экономики.

Контроль за истинными приобретателями акций (долей) хозяйственных обществ значимы как для защиты конкуренции *на территории Российской Федерации*, так и *за пределами территории Российской Федерации*, когда речь идет о соглашениях между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями либо о совершаемых ими действиях, если они оказывают влияние на состояние конкуренции в нашей стране или обеспечение обороны и безопасности нашего государства.

Под экономической концентрацией законодательство о защите конкуренции¹ традиционно понимает сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции (ст. 4 Закона о защите конкуренции). Контролю подлежат все сделки и действия в отношении активов российских финансовых организаций, находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств и (или) нематериальных активов, либо голосующих акций (долей) и прав в отношении российских коммерческих и некоммерческих организаций, а также иностранных лиц и (или) организаций, осуществляющих поставки товаров на территорию Российской Федерации в сумме более чем 1 млрд руб. в течение года, предшествующего сделке (ст. 26.1 Закона). Законодательство об иностранных инвестициях в стратегические предприятия² не оперирует понятием «экономическая концентрация», а использует более инструментальное понятие «инвестиции» иностранных инвесторов в форме приобретения акций (долей), активов хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны нашей страны и безопасности нашего государства (ст. 2 п. 1 Закона об иностранных инвестициях в стратегические предприятия). Оба законодательных акта используют аналогичные количественные и качественные критерии, а также общие понятия³ содержания института контроля за сделками, действиями, слияниями, поглощениями и т.п.

Критерии таких сделок и действий, особенности государственного контроля за различными формами экономической концентрации (получение предварительного согласия, последующее уведомление и проч.) законодатель закрепляет в ст. 26–32 Закона о защите конкуренции, а также в ст. 2–12 Закона об иностранных инвестициях в стратегические предприятия. Под сделками и действиями по приобретению акций (долей) хозяйственных обществ, а также прав в отношении коммерческих и финансовых организаций

¹ См.: Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции).

² См.: Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее — Закон об иностранных инвестициях в стратегические предприятия).

³ См., например, ст. 3 п. 3 Закона об иностранных инвестициях в стратегические предприятия, где прямо закрепляется норма о том, что понятия «группа лиц» и «соглашение» используются в значениях, указанных в Федеральном законе от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

законодатель понимает не только покупку, но и получение иной возможности осуществления предоставленного акциями (долями) хозяйственных обществ права голоса на основании договоров доверительного управления имуществом, договоров о совместной деятельности, договоров поручения, а также других сделок или по иным основаниям (п. 16 ст. 4 Закона о защите конкуренции). Понятие «приобретение» при этом означает как возмездное, так и безвозмездное получение названных активов. Иными словами, приобретение — это совершение любых действий, в результате которых лицо (группа лиц) становится владельцем (фактическим обладателем) акций (долей), активов финансовых организаций и прав в отношении коммерческих и финансовых организаций (покупка, мена, получение в дар и т.п.).

Законом о защите конкуренции и Законом об иностранных инвестициях в стратегические предприятия устанавливаются качественные и количественные критерии владения акциями (долями) в уставном капитале хозяйственного общества, при достижении которых сделка по приобретению голосующих акций должна быть подвергнута антимонопольному контролю. Следует отметить, что эти критерии по своему содержанию во многом совпадают с критериями корпоративного контроля в гражданском праве. При этом в специальной литературе обращается внимание на то, что институт корпоративного контроля вторичен по отношению к правовым институтам антимонопольного регулирования и именно в них берет свое начало¹. Имеются в виду институт «аффилированных лиц», закрепленный еще в Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (ст. 4), и антикартельный контроль, регламентированный ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции². Здесь под контролем понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые

¹ См.: Могилевский С.Д., Егорова М.А. Правовые основания для развития положений о корпоративном контроле в гражданском законодательстве: сборник научно-практических статей III Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом» РАНХиГС, юридический факультет им. М.М. Сперанского Института прав и национальной безопасности (25 апреля 2016 г.). М., 2016. С. 17.

² Там же.

другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий: распоряжение более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица; осуществление функций исполнительного органа юридического лица. Более подробные критерии (предполагавшиеся в ст. 53.3 и 53.4 проекта изменений в ГК РФ¹) в итоге не получили закрепления в нашем гражданском законодательстве.

Согласно Закону о защите конкуренции количественные критерии для акционерного общества составляют 25, 50 и 75% голосующих акций общества (1/3, 1/2, 2/3 долей в ООО соответственно)². Согласования требует совершение только тех сделок, в результате которых лицо (группа лиц) получает в совокупности с имевшимися прежде у него акциями более 25%, или более 50%, или более 75% голосующих акций юридического лица. Приобретение более 75% голосующих акций законодатель рассматривает как полный контроль и поэтому не предусматривает последующего согласования при увеличении у приобретателя процента акций (долей) свыше указанных значений. Таким образом, приобретение акций в размере от «блокирующего» до «контрольного» пакета не требует согласования с антимонопольными органами, так же как переход на «единую акцию» при наличии 75% участия в уставном капитале хозяйственного общества. Согласования требуют только сделки по приобретению акций, которые приводят к существенным изменениям в степени контроля над юридическим лицом.

Другой законодательный источник — Закон об иностранных инвестициях в стратегические предприятия определяет похожие качественные и количественные критерии контроля ФАС России за слияниями и поглощениями хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение. В частности, ст. 7 относит к сделкам, подлежащим предварительному согласованию, сделки, направленные на приобретение иностранным инвестором или группой лиц, иностранным государством, международной организацией или находящейся под их контролем организацией права прямо или косвенно распоряжаться акциями в уставном капитале хозяйственного обще-

¹ См.: Проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в 1-м чтении 27 апреля 2012 г.) // СПС Консультант-Плюс.

² См.: Могилевский С.Д., Егорова М.А. Указ. соч. С. 16—33.

ства, имеющего стратегическое значение и осуществляющего пользование участком недр федерального значения, предоставляющими 25% и более общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции в уставном капитале такого хозяйственного общества. Иностранные инвесторы обязаны также представлять в ФАС России информацию о приобретении 5% и более акций, составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение.

Правовые последствия несоблюдения требований обоих законов также во многом схожи. Согласно Закону о защите конкуренции сделки с акциями, осуществленные без получения предварительного согласия антимонопольного органа, признаются недействительными в судебном порядке по иску антимонопольного органа, если такие сделки привели или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения (ст. 34 п. 2). Аналогично согласно Закону об иностранных инвестициях в стратегические предприятия в случае отсутствия согласия ФАС России сделка может быть признана недействительной (ничтожной), и к ней будут применены последствия недействительности ничтожной сделки. Суд по иску регулятора может принять решение о лишении иностранного инвестора права голоса на общем собрании акционеров хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение (п. 1 и 2 ст. 15)¹.

На вопрос о том, может ли антимонопольный регулятор определять конечных выгодоприобретателей по сделкам с акциями (долями) хозяйственных обществ, которые оказывают влияние на состояние конкуренции, и практически осуществлять контроль за операциями по приобретению голосующих акций на территории Российской Федерации, можно ответить следующим образом: во-первых, не всегда может, во-вторых — не всегда хочет.

Следует отметить, что в целом процедуры антимонопольного контроля со стороны ФАС России за сделками по приобретению голосующих акций (долей) и активов хозяйственных обществ на территории Российской Федерации за время, прошедшее с момен-

¹ См., например: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 июля 2013 г. № 158 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц»; официальный сайт ФАС России. URL: <http://fas.gov.ru/spheres/investitions.html?theme=1>

та принятия Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», более или менее стандартизировались. Они определяются соответствующими постановлениями Правительства РФ и административными регламентами антимонопольного органа¹. Тем не менее для антимонопольного регулятора может оказаться весьма непросто установить конечного иностранного выгодоприобретателя по таким сделкам, если у последнего отсутствует добрая воля на предоставление полной и достоверной информации. Еще сложнее дело обстоит, когда размещение или обращение эмиссионных ценных бумаг российского эмитента происходит за пределами Российской Федерации². Согласно ст. 16 Закона «О рынке ценных бумаг» российские эмитенты уже довольно давно вправе размещать свои ценные бумаги за пределами России. Российские ценные бумаги могут размещаться за рубежом не только посредством размещения ценных бумаг иностранных эмитентов, удостоверяющих права в отношении ценных бумаг российских эмитентов, т.е., например, американских и глобальных депозитарных расписок (АДР и ГДР) в соответствии с иностранным правом, но и непосредственно, например путем листинга акций на иностранных фондовых биржах, как это стало возможным согласно одной из последних редакций ст. 51.1

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 27 октября 2008 г. № 795 «Об утверждении Правил представления иностранным инвестором или группой лиц, в которую входит иностранный инвестор, информации о совершении сделок с акциями (долями), составляющими уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»; Административный регламент ФАС России по исполнению государственной функции по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации (утв. приказом ФАС от 20 сентября 2007 г. № 294); Административный регламент ФАС России по предоставлению государственной услуги по рассмотрению уведомлений о приобретении иностранным инвестором или группой лиц, в которую входит иностранный инвестор, пяти и более процентов акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (утв. приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. № 337).

² В первом полугодии 2014 г. в ФАС поступило 807 ходатайств (из них 154 — от иностранных инвесторов). С принятием четвертого антимонопольного пакета количество сделок экономической концентрации, подлежащих контролю ФАС России, существенно сократится за счет упразднения реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю более 35%. URL: <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=34243> (дата обращения: 31 мая 2016 г.).

Закона «О рынке ценных бумаг» в отношении размещения и публичного обращения ценных бумаг иностранных эмитентов на территории Российской Федерации. Разумеется, такое размещение или организация обращения ценных бумаг российского эмитента за пределами России возможны только по разрешению финансового регулятора — Банка России. Нетрудно представить, что подобные размещения могут происходить все чаще по мере развития российского финансового рынка и его интеграции в международные рынки. Потенциально размещения акций российских эмитентов за рубежом могут быть интересны в обозримом будущем в первую очередь в странах ЕАЭС, СНГ и БРИКС.

В отличие от российских акций депозитарные расписки многих российских эмитентов (например, Mail.ru Group, X5 Retail Group, АФК «Систем», ВТБ, «ВымпелКом», «Газпром нефть», «ЛУКОЙЛ», «Магнит», «Мегафон», «РУСАЛ» и др.) на российские акции широко представлены на многих зарубежных торговых площадках (Лондонской (LSE), Нью-Йоркской (NYSE), Гонконгской (HKSE) и других фондовых биржах)¹. Покупая АДР и ГДР на акции российских эмитентов, иностранные инвесторы получают примерно такие же имущественные и неимущественные права, удостоверяемые акцией как ценной бумагой, как и российские инвесторы, в том числе и право на участие в управлении российским хозяйствующим субъектом². В основном сделки с АДР и ГДР совершают портфельные инвесторы, однако известен интерес к акциям многих крупных российских предприятий со стороны ряда групп стратегических инвесторов. Проблемой является определение аффилированности и конечных бенефициаров иностранных компаний — приобретателей депозитарных расписок на российские акции. При совершении сделок, в результате которых иностранное лицо (группа лиц) получает в совокупности с имевшимися прежде у него акциями более 25% и т.д., у иностранных лиц (группы лиц) возникает необходимость либо получать предварительное согласие российского анти-

¹ См. полный список российских эмитентов АДР и ГДР, представленных на западных фондовых биржах. URL: <http://stocks.investfunds.ru/dep/> (дата обращения: 31 мая 2016 г.).

² См. ст. 16 Закона О рынке ценных бумаг или п. 2.17 приказа ФСФР от 2 февраля 2012 г. № 12-6/пз-н «Об утверждении Положения о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров», где устанавливается, что голосование по акциям российского эмитента должно осуществляться только в соответствии с указаниями владельцев иностранных депозитарных ценных бумаг, удостоверяющих права на такие акции.

монопольного органа, либо в последующем уведомлять ФАС России об этих сделках в соответствии со ст. 32 Закона о защите конкуренции и вышеупомянутым Административным регламентом ФАС России № 294.

Однако известны случаи, когда иностранные лица уклоняются от представления полной и достоверной информации по различным причинам, что ставит перед российским регулятором ряд проблем, требующих решения. Какие механизмы доступны регулятору для определения конечного выгодоприобретателя по сделкам с российскими ценными бумагами? Следует иметь в виду, что эти механизмы будут несколько различаться в зависимости от того, как размещаются за рубежом российские акции — непосредственно либо при посредстве депозитарных расписок. Последние, в свою очередь, бывают спонсируемыми, т.е. выпускаются по инициативе российского эмитента акций, и неспонсируемыми, т.е. выпускаются по инициативе крупного акционера или группы акционеров, владеющих значительным числом акций компании.

Во-первых, ФАС России может получить или запросить необходимую информацию непосредственно у иностранного приобретателя. Однако следует отметить, что административные регламенты предусматривают *вероятность получения неточной информации и не в полном объеме*. Согласно регламенту ФАС России № 294 уведомление об указанных сделках с ценными бумагами представляется лицом, совершившим сделку. Если такая сделка осуществляется лицами, входящими в одну группу лиц, то необходимо представление в ФАС России перечня лиц, входящих в одну группу, с указанием оснований, по которым такие лица входят в эту группу (п. 3.12 регламента). Представляемые документы и сведения должны быть достоверными и полными (п. 3.17). Однако при невозможности представления заявителем в полной мере документов и сведений они представляются в имеющемся объеме, и указываются причины невозможности получения заявителем соответствующих документов и сведений. При невозможности представления точной информации согласно формам представления сведений заявителем представляется оценочная информация с указанием «оценочно», а также с указанием источников получения такой информации и использованных методов оценки (п. 3.20 регламента). Нахождение документов и сведений за пределами Российской Федерации не может служить основанием для отказа в их представлении антимонопольному органу (п. 3.23). В случае недоступности для заявителя документов и сведений, необходимых для представления в антимоно-

полный орган, заявитель обязан указать на недоступность для него соответствующих документов и сведений, сообщить причины невозможности получения документов (сведений), а также указать, где эти документы (сведения) могут быть получены (п. 3.24). Соответственно, в случае представления в антимонопольный орган не всех указанных документов и сведений антимонопольный орган уведомляет заявителя о том, что ходатайство (уведомление) не считается представленным с указанием не представленных заявителем документов и сведений (п. 3.30 регламента).

Во-вторых, ФАС России может как непосредственно запросить у российского эмитента (лица, являющегося объектом экономической концентрации) всю необходимую информацию о владельцах ценных бумаг эмитента, а также сведения о принадлежащем им количестве этих ценных бумаг, так и сделать это через российского регулятора финансового рынка — Банк России. А если выпуск депозитарных расписок является неспонсируемым, то запрос может и должен быть направлен акционеру (акционерам), предоставившему российские акции для выпуска АДР или ГДР. Следует отметить, что это право вытекает из ст. 25 (п. 1 и 2) Закона о защите конкуренции. Регулятор имеет право требовать у коммерческих и некоммерческих организаций, физических лиц, федеральных органов исполнительной власти и т.п., а также Банка России необходимые в соответствии с возложенными на ФАС России полномочиями документы, объяснения, информацию (в том числе информацию, составляющую коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну, кроме банковской), включая акты, договоры, справки, деловую корреспонденцию, иные документы и т.п.

В-третьих, эмитент, в свою очередь, в соответствии с российским законодательством о рынке ценных бумаг (п. 6 и 8 ст. 8.3 Закона «О рынке ценных бумаг») имеет право затребовать эту информацию у своего реестродержателя, реестродержатель — у депозитария, депозитарий — у субдепозитариев или номинальных держателей, включая иностранных и т.д. Основная проблема здесь в том, что существует возможность построения «бесконечных» цепочек номинального владения. Тем не менее по всей цепочке эмитент обязан получить необходимые регулятору сведения, включая сведения о российских и иностранных номинальных держателях, *которые не представили запрошенные сведения*, а также *о ценных бумагах, учтенных на счетах неустановленных лиц* (например, неустановленных клиентов иностранных номинальных держателей) (п. 7 ст. 8.3 Закона «О рынке ценных бумаг»). Данные сведения потенциально по-

зволяют охватить всех владельцев ценных бумаг эмитента, подлежащих включению в список лиц, осуществляющих права по ценным бумагам, и о количестве ценных бумаг, принадлежащих этим лицам, даже если сведения об их владельцах отсутствуют, а также установить круг лиц, ответственных за непредоставление необходимых сведений.

С акционером (акционерами) дело обстоит еще сложнее, и вся цепочка выглядит несколько иначе. Первым лицом, у которого российский акционер имеет право затребовать эту информацию, будет не реестродержатель, а депозитарий, открывший счет депо иностранному эмитенту депозитарных расписок, на который акционер перевел свои акции под программу выпуска депозитарных расписок; депозитарий соответственно может запросить данную информацию у иностранного эмитента АДР и ГДР, и здесь начинается «серая зона», регулируемая иностранным правом. Логично предположить, что в зависимости от юрисдикции иностранный эмитент расписок должен запросить данную информацию у местных регистраторов или депозитариев, номинальных держателей и т.п.

В-четвертых, следует также иметь в виду, что проблему достоверного определения конечных иностранных владельцев ценных бумаг российских эмитентов осложняют недавние изменения и дополнения в российское законодательство о рынке ценных бумаг. Очевидно данные изменения приняты, с одной стороны, с учетом интересов иностранных центральных депозитариев (таких, например, как Euroclear или Clearstream), открывающих счета номинального держателя в российском центральном депозитарии (НРД), с другой — желанием стимулировать привлечение на российский фондовый рынок дополнительных иностранных инвестиций. В частности, Федеральным законом от 21 декабря 2013 г. № 379-ФЗ ст. 8.3 Закона «О рынке ценных бумаг» была дополнена п. 11, который снимает с номинального держателя ответственность за непредставление им информации вследствие непредставления ему информации его депонентом — номинальным держателем, а также за достоверность и полноту информации, представленной таким депонентом или лицами, которым открыты счета депо, иностранного номинального держателя, иностранного уполномоченного держателя или счет депо депозитарных программ. Данные нормы являются следствием непростого компромисса со стороны российского правительства и законодателя.

В-пятых, если акции российского эмитента выпущены или обращаются непосредственно за рубежом, то аналогичные запросы

российского эмитента у своего иностранного реестродержателя или депозитария и далее по всей цепочке будут основываться на иностранном праве и теоретически также могут быть отклонены иностранными номинальными держателями, которые могут отказать в представлении запрошенных сведений о ценных бумагах и их владельцах или представить неточную или неполную информацию.

Следует отметить, что ситуация с приобретением долей, производственных активов и т.п., в отличие от голосующих акций радикально иная в силу их принципиально большей физической привязки к территории Российской Федерации.

Таким образом, ФАС России не имеет возможности во всех случаях самостоятельно получить полную и достоверную информацию о конечном иностранном выгодоприобретателе по сделкам с российскими акциями и депозитарными расписками на российские акции и о количестве принадлежащих ему бумаг. В таких случаях или если полученная информация представляется полной, но у регулятора есть сомнения в ее достоверности, ФАС России может использовать для получения необходимой информации нормативную и международную договорную инфраструктуру других регуляторов и государственных органов, например регулятора финансового рынка — Банка России, ФНС России и т.п., в соответствии со ст. 25 Закона о защите конкуренции.

В отношении финансового мегарегулятора речь идет, с одной стороны, о доступной Банку России заявочной и иной документации российских и иностранных эмитентов ценных бумаг, о депозитарных и иных соглашениях между российскими и иностранными профессиональными участниками рынка ценных бумаг и проч. С другой стороны, Банк России может задействовать международные межведомственные соглашения по раскрытию и обмену информацией с иностранными юрисдикциями. Уровень возможностей Банка России в данной области существенно шире, чем у Федеральной антимонопольной службы. В частности, при подаче заявления в Банк России для получения разрешения на размещение и организацию обращения эмиссионных ценных бумаг российского эмитента за рубежом оно подписывается рядом заинтересованных сторон, которые тем самым берут на себя некоторые обязательства, в том числе и по раскрытию информации. Если размещение и организация обращения бумаг российского эмитента за пределами Российской Федерации осуществляются посредством размещения и обращения иностранных депозитарных расписок, заявление наряду с российским эмитентом должно быть подписано также иностранным

эмитентом этих расписок. Аналогично данное заявление подписывается акционерами, планирующими выпуск за рубежом неспонсируемых депозитарных расписок на свои российские акции вместе с иностранным эмитентом АДР или ГДР и иными сторонами, заключившими договор, на основании которого организуется размещение и обращение иностранных ценных бумаг, за исключением владельцев иностранных ценных бумаг (п. 3 Положения о порядке выдачи ФСФР России разрешения на размещение и (или) организацию обращения эмиссионных ценных бумаг российских эмитентов за пределами Российской Федерации¹). Более того, если речь идет об организации обращения за пределами Российской Федерации акций российского эмитента, включенных в котировальный список «А» российской биржи, Банк России может дополнительно заинтересовать иностранных лиц в раскрытии необходимой информации. В частности, в обмен на обязательства эмитента иностранных депозитарных расписок осуществлять размещение ценных бумаг только при условии открытия ему счета депо в крупном российском депозитарии² и зачисления на указанный счет акций российского эмитента, а также на обязательства представлять российскому эмитенту на регулярной основе список владельцев и (или) номинальных держателей АДР или ГДР с указанием количества зарегистрированных на их имя бумаг Банк России может избавить российского эмитента от необходимости параллельного размещения его акций на территории Российской Федерации (п. 12.1.2 вышеуказанного Положения). Это позволяет существенно экономить эмитенту на организационных и иных расходах по локальному размещению.

Кроме того, мегарегулятор финансового рынка имеет двусторонние соглашения (меморандумы) об обмене информацией, заключенные еще ФСФР России, с целым рядом финансовых регу-

¹ Утверждено приказом ФСФР от 10 июня 2009 г. № 09-21/пз-н //Система ГАРАНТ.

² Речь идет о депозитарии, который осуществляет депозитарную деятельность не менее семи лет, размер собственного капитала которого составляет не менее 150 млрд руб.; рыночная стоимость ценных бумаг, принятых депозитарием на депозитарное обслуживание, составляет не менее 150 млрд руб.; к нему в течение последних двух лет не применялись процедуры несостоятельности (банкротства) либо санкции в виде приостановления действия или аннулирования лицензии на осуществление депозитарной деятельности (п. 12.1.1 Положения о порядке выдачи ФСФР разрешения на размещение и (или) организацию обращения эмиссионных ценных бумаг российских эмитентов за пределами Российской Федерации).

ляторов иностранных государств (всего 22)¹. Верно, что среди них нет регуляторов, наиболее развитых в финансовом отношении экономик Великобритании и США, на которые приходятся основные обороты, в частности, по депозитарным распискам российских эмитентов. Однако Банк России имеет такие меморандумы с федеральным учреждением по финансовому контролю Германии (BaFin), Агентством по финансовым рынкам Франции и рядом других крупных стран.

Радикальным прорывом в области информационного обмена в отношении конечных выгодоприобретателей по ценным бумагам российских эмитентов стало присоединение 16 февраля 2015 г. Банка России к многостороннему Меморандуму о взаимопонимании в отношении консультаций, сотрудничества и обмена информацией (ММОУ) Международной организации регуляторов рынков ценных бумаг (IOSCO)², в которой наш регулятор является полноправным членом. Это много лет не удавалось сделать ФСФР России ввиду нехватки регулятивных полномочий по международным стандартам IOSCO. Согласно указанному Меморандуму Банк России теперь может получать информацию и документы от финансовых регуляторов 105 государств — участников данного соглашения, включая информацию и документы по интересующим его сделкам с ценными бумагами и производными финансовыми инструментами, информацию о банковских и брокерских счетах в связи с этими сделками, информацию по бенефициарам и контролирующим лицам по каждой транзакции, по держателям соответствующих счетов, по объему, цене и времени транзакции и т.п. (ст. 7).

Еще одной новой, хотя и весьма ограниченной, возможностью для ФАС России в контексте получения необходимой информации о конечном выгодоприобретателе является сотрудничество с ФНС России на основании ст. 25 Закона о защите конкуренции. 30 апреля 2016 г. Правительством РФ было подписано распоряжение № 834-р³, которым ФНС России было поручено подписать много-

¹ См., например, Меморандум о взаимном сотрудничестве и обмене информацией между ФСФР России и Национальной комиссией по ценным бумагам Республики Венесуэла. URL: <http://docs.cntd.ru/document/902178637> (дата обращения: 31 мая 2016 г.).

² URL: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf> (дата обращения: 19 апреля 2015 г.).

³ Распоряжение Правительства РФ от 30 апреля 2016 г. № 834-р «О подписании многостороннего Соглашения компетентных органов об автоматическом обмене финансовой информацией от 29 октября 2014 г.» // Система ГАРАНТ.

стороннюю Конвенцию о взаимной административной помощи по налоговым делам (далее — Конвенция)¹, которая в отношении Российской Федерации вступила в силу с 1 июля 2015 г. Конвенция позволяет компетентным органам договаривающихся юрисдикций получать информацию от финансовых институтов (банков, депозитариев, брокеров, структур коллективных инвестиций, некоторых страховых компаний и проч.) и в автоматическом режиме ежегодно обмениваться такой информацией с другими юрисдикциями. Эта Конвенция по своему содержанию является «антиофшорной». Пункт 4 ст. 22 («Тайна») этой Конвенции позволяет, не нарушая законодательства о защите персональных данных и прочих сведений, относящихся к тайне, использовать полученную информацию не только для налоговых целей в соответствии с законодательством предоставляющей эту информацию стороны (если компетентный орган этой стороны разрешает такое использование): «Информация, предоставленная Стороной другой Стороне, может быть передана последней из Сторон третьей Стороне с предварительного разрешения компетентного органа первой из упомянутых Сторон». Данное положение предоставляет ФАС России дополнительную возможность получения необходимой информации через запросы ФНС России в рамках Конвенции.

Таким образом, у ФАС России есть ряд дополнительных возможностей по получению необходимой информации о конечном выгодоприобретателе через международную договорную инфраструктуру других регуляторов. По сравнению с ФАС России возможности Банка России по получению информации о конечном иностранном выгодоприобретателе по сделкам с российскими акциями и депозитарными расписками кардинально шире — главным образом благодаря международным межведомственным соглашениям по раскрытию и обмену информацией с иностранными финансовыми регуляторами и членством в Международной организации регуляторов рынков ценных бумаг. Многосторонний Меморандум IOSCO о взаимопонимании охватывает все сколько-нибудь значимые в финансовом отношении национальные юрисдикции, включая многие традиционно офшорные. Статья 10 Меморандума в принципе допускает использование такой получаемой по международным межведомственным каналам информации при проведении гражданских, административных, уголовных процедур и общих расследований,

¹ Конвенция о взаимной административной помощи по налоговым делам (Страсбург, 25 января 1988 г.) // Система ГАРАНТ.

Глава 1. Конкуренция — цель и предмет правового регулирования

связанных с нарушениями законодательства и нормативных правовых актов запрашивающей стороны. Возможности ФАС России по получению необходимой информации через сотрудничество с ФНС России гораздо уже, однако представляется в принципе возможным, желательным и необходимым использование их в работе антимонопольного органа при определении конечного выгодоприобретателя по сделкам с российскими активами с участием иностранных инвесторов на основании ст. 25 Закона о защите конкуренции.

Глава 2

НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ: ПОДХОДЫ К ТОЛКОВАНИЮ И НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

§ 1. ОБЩИЕ И СПЕЦИАЛЬНЫЕ ЗАПРЕТЫ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

С.А. Паращук

Принятие изменений¹ в законодательство о защите конкуренции и появление специальной главы 2.1 в Федеральном законе от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»², сохраняет тенденцию российского законодательства, в соответствии с которой запрещение недобросовестной конкуренции осуществляется в рамках конструкции общего запрета, а также примерного перечня специальных запретов отдельных видов противоправного поведения.

Конструкции общего и специальных запретов, прежде всего, содержатся в актах международного права, в которых участвует Российская Федерация, в частности, в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г.³ (п. 2 и 3 ст. 10-bis), Договоре о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г.⁴ (ст. 76 Договора, подп. 14 п. 1 ч. 1 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции), Договоре стран СНГ о проведении согласованной антимонопольной политики от 25 января 2000 г.⁵ (ст. 1, 3) и др.

Такой подход восприняло и национальное российское законодательство о защите конкуренции, причем с момента принятия Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении

¹ Федеральный закон от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

² Далее — Закон о защите конкуренции // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

³ Закон. 1999. № 7 (извлечение). СССР подписал Конвенцию 12 октября 1967 года.

⁴ Официальный сайт Евразийской экономической комиссии. URL: <http://www.eurasiancommission.org/>

⁵ Бюллетень международных договоров. 2008. № 2. С. 4—13.

монополистической деятельности на товарных рынках» (ст. 4 и 10)¹. Действующий Закон о защите конкуренции полностью сохранил данную традицию, свидетельством чего являются соответствующие нормы п. 9 ст. 4 и новая глава 2.1, посвященная недобросовестной конкуренции. Если говорить о сущности такого подхода, то, следует согласиться с позицией ряда авторов о невозможности определения исчерпывающего перечня видов недобросовестной конкуренции, учитывая, что появляются и будут появляться все новые их модификации².

Следует отметить, что общий запрет недобросовестной конкуренции вытекает из нормы ч. 2 ст. 34 Конституции Российской Федерации, запрещающей экономическую деятельность, направленную на недобросовестную конкуренцию, и детально развивается в положениях п. 9 ст. 4 и гл. 2.1 Закона.

При анализе общих запретов мы, прежде всего, обращаемся к определениям недобросовестной конкуренции, предусмотренным в нормах права. Так, актом недобросовестной конкуренции признается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах (п. 2 ст. 10^{bis} Парижской конвенции). Согласно п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции, под недобросовестной конкуренцией понимаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Выполняя, в основном, задачу общего запрета, общее определение также учитывается при квалификации специальных запретов, предусмотренных нормами гл. 2.1 Закона. Однако следует учитывать, что при квалификации поведения в качестве правонарушения приоритет принадлежит специальным запретам, а при отсутствии таких запретов может быть применена норма об общем запрете.

¹ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

² Еременко В.И. Соотношение интеллектуальной собственности и недобросовестной конкуренции // Конкурентное право. 2014. № 3. С. 13–25; Кинев А.Ю. Современные проблемы административно-правовой защиты от недобросовестной конкуренции // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 6. С. 679–688; Городов О.А. Недобросовестная конкуренция: теория и правоприменительная практика. М., 2008.

Необходимо также отметить, что в судебной практике встречаются случаи применения общего запрета недобросовестной конкуренции совместно с запретом на злоупотребление правом, который предусмотрен ч. 1 ст. 10 ГК РФ: не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Данная позиция судов изложена в п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, по спору связанному с приобретением компанией «Акай Юниверсал Индастриз Лтд» прав на товарный знак «Akai».

В юридической литературе конструкцию общего запрета на недобросовестную конкуренцию, предусмотренную нормами п. 2 ст. 10-bis Парижской конвенции и п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции, связывают, прежде всего, с принципом «генерального деликта»². По мнению В.И. Еременко, «в законах, где предусмотрено легальное определение понятия недобросовестной конкуренции, последнее играет роль общего запрета правонарушения (генерального деликта»³.

Таким образом, следует констатировать наличие ряда норм, выполняющих функцию общего запрета на недобросовестную конкуренцию:

- норма ч. 2 ст. 34 Конституции РФ;
- норма п. 2 ст. 10-bis Парижской конвенции;
- норма ст. 10 ГК РФ;
- нормы п. 9 ст. 4, ст. 14.8 Закона о защите конкуренции.

Исходя из определения недобросовестной конкуренции, содержащегося в п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции, противоправными выступают любые действия хозяйствующих субъектов:

- имеющие направленность на получение преимуществ в предпринимательской деятельности;

¹ Вестник ВАС РФ. 2009. № 2.

² См.: Волков А.В. Недобросовестная конкуренция и злоупотребления доминирующим положением на рынке как формы злоупотребления правом // Законность. 2009. № 11. С. 31–35.

³ Еременко В.И. Правовое регулирование конкурентных правоотношений в России и за рубежом: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001. С. 151.

— противоречащие законодательству РФ и (или) обычаям делового оборота и (или) требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;

— причинившие или способные причинить убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесшие или способные нанести вред их деловой репутации.

В общей норме п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции было сохранено правило, согласно которому недобросовестная конкуренция заключается, прежде всего, *в действиях* хозяйствующего субъекта. По мнению В.И. Еременко, недобросовестной конкуренцией могут признаваться только действия, бездействие хозяйствующих субъектов (например, непредставление контрагенту необходимой информации о продаваемом товаре) не охватывается понятием недобросовестной конкуренции¹. Сходную позицию занимает О.А. Городов, отмечая, что «наличие действия хозяйствующего субъекта или группы лиц как характеристика акта недобросовестной конкуренции означает, что такой элемент поведения, как бездействие, не может приниматься в расчет при квалификации конкуренции в качестве недобросовестной»².

Однако в специальной норме ст. 14.6 Закона о защите конкуренции предусмотрен запрет на недобросовестную конкуренцию путем совершения хозяйствующим субъектом как действий, так и бездействия, способных вызвать смешение.

В Германии недобросовестная конкуренция может быть квалифицирована в качестве бездействия в виде введения в заблуждение. Так, в § 5а Закона ФРГ о недобросовестной конкуренции 2004 г. содержится запрет на такой вид недобросовестной конкуренции, как «введение в заблуждение путем бездействия»: «при оценке вопроса о том, является ли вводящим в заблуждение умолчание о факте, в частности, должны приниматься во внимание его значение для коммерческого решения согласно обычаям коммерческого оборота и пригодность умолчания для влияния на решение. Недобросовестно действует тот, кто оказывает влияние на способность потребителей принимать решения в смысле абз. 2 § 3 тем, что он скрывает информацию, которая в конкретном случае с учетом всех

¹ Еременко В.И. Соотношение интеллектуальной собственности и недобросовестной конкуренции // Конкурентное право. 2014. № 3. С. 13–25; Также см. Скляр Р.В. Недобросовестная конкуренция: понятие и общая характеристика // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2014. № 2. С. 11–23.

² Городов О.А. К понятию недобросовестной конкуренции // Конкурентное право. 2011. № 1. С. 14–21.

обстоятельств, включая ограничения средства коммуникации, является существенной... Существенной в смысле абз. 2 также считается информация, которую нельзя скрывать от потребителя на основании регламентов Европейского сообщества или согласно предписаниям по трансформации директив Европейского сообщества для коммерческой коммуникации включая рекламу и маркетинг»¹.

Для установления противоречия конкурентных действий требованиям законодательства не требуется, чтобы соответствующие нормативные правовые акты входили в состав антимонопольного законодательства. В данном случае к законодательству относятся наряду с законами также подзаконные нормативные правовые акты, устанавливающие требования к осуществлению добросовестной конкуренции и запреты различных недобросовестных действий. Такие требования содержатся в Законе о защите конкуренции и в других актах, например: в общих нормах гражданского законодательства (ст. 10 ГК РФ); в законодательстве о рекламе (ст. 5 Закона о рекламе), о промышленной собственности (п. 7 ст. 1252, ст. 1512 ГК РФ) и т.д.

Обычаи делового оборота не обязательно должны быть зафиксированы в письменных документах, хотя в последнем случае отношения субъектов конкуренции выражены более определенно. К письменным способам фиксации обычаев делового оборота следует отнести различные декларации и кодексы деловой этики, кодексы делового поведения, принимаемые субъектами предпринимательства. В Российской Федерации система обычаев делового оборота в сфере конкуренции только формируется.

В качестве критериев противоправности недобросовестной конкуренции отдельно выделяется противоречие действий правонарушителей *требованиям добропорядочности, разумности и справедливости*. Тем самым указанным морально-нравственным категориям придается правовое значение. Добросовестность выступает важнейшим общим правовым принципом. Согласно п. 3 ст. 1 ГК РФ, при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Конструкция нормы п. 1 ст. 10 ГК РФ существенно расширила применение принципа добросовестности, понимая под злоупотреблением правом не только шикану, действия в обход закона с противоправной целью,

¹ URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126202

но также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав.

В праве ряда зарубежных стран в качестве критерия злоупотребления правом выступает несоответствие осуществления прав принципам «доброй совести», добрых нравов, честности. Эти принципы в праве многих государств заложены в правовую конструкцию акта недобросовестной конкуренции. Так, в § 826 Гражданского кодекса Германии указывается: «кто умышленно причинит вред другому способом, противным добрым нравам, тот обязан возместить ему этот вред»¹. Согласно ст. 2 Гражданского уложения Швейцарии, «при осуществлении прав и исполнении обязанностей каждый должен поступать по доброй совести»². По мнению И.Б. Новицкого, смысл понятия «добрая совесть» заключается в соблюдении принципа верности договору, уважении договорного соглашения, соблюдении данного слова. Однако принцип доброй совести необходимо отличать от принципа добрых нравов, т.к. добрая совесть — это предел (граница) поведения одного лица. Добрые нравы — «это вылившиеся вовне, объективизировавшиеся в практике данного общества представления этого общества о благе, порядочности, а также условные правила общественного благоприличия»³.

Таким образом, указание на принцип добросовестности в норме п. 9 ст. 4 Закона вполне согласуется с нормами ГК РФ. Конструкция общего запрета может содержать положение о том, что недобросовестная конкуренция противоречит добросовестности с учетом сложившихся обычаев.

Вред, как возможное последствие рассматриваемого правонарушения, имеет свои особенности. Прежде всего, при совершении недобросовестной конкуренции вред причиняется общественным (публичным) интересам, дезорганизует рынок, нарушает правила конкуренции. В этой связи, преследование недобросовестной конкуренции осуществляется также административными органами (ФАС России и его территориальными управлениями). Для пресечения некоторых действий возможно применение и мер уголовной ответственности (ст. 180, 183 УК РФ).

¹ Савельев В.А. Гражданский кодекс Германии. История, система, институты. М., 1994. С. 84; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М., 1995. С. 220–241.

² См.: Швейцарское Гражданское уложение 1907 г. / перевод К.М. Варшавского. Петроград, 1915.

³ Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права. СПб., 1916. С. 63, 68.

В общем определении недобросовестной конкуренции (п. 9 ст. 4 Закона) законодатель упоминает о причинении имущественного вреда в виде убытков отдельным лицам (хозяйствующим субъектам и потребителям), т.е. речь идет о защите частных интересов. Последствием недобросовестной конкуренции может быть также причинение нематериального вреда в виде ущерба деловой репутации. Однако для признания конкретных действий недобросовестной конкуренцией и их пресечения не требуется в обязательном порядке устанавливать наличие убытков или ущерба деловой репутации. Такое наличие должно доказываться при применении к правонарушителю гражданско-правовой санкции в виде возмещения убытков. Законом также допускается доказывание будущего вреда, т.е. возможности причинения убытков или ущерба деловой репутации в будущем в результате совершения недобросовестных конкурентных действий.

Важно определить *субъектов защиты* от рассматриваемого правонарушения. В общем определении недобросовестной конкуренции таковыми признаются лишь субъекты предпринимательства — конкуренты. Упоминание о неконкурирующих хозяйствующих субъектах и потребителях в норме п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции отсутствует. Они, хотя и не участвуют в конкурентной борьбе, но от их выбора зависит ее исход. Этим субъектам может быть причинен вред. Поэтому потребители, являясь экономически более слабыми субъектами по сравнению с хозяйствующими субъектами — предпринимателями, также выступают субъектами защиты от недобросовестной конкуренции. Как следует из нормы п. 23 ст. 4 Закона, под потребителем понимается юридическое лицо или физическое лицо, приобретающее товар. Причем указанные лица приобретают товар не только для целей осуществления предпринимательской деятельности, но и для собственных бытовых нужд.

Специальные запреты недобросовестной конкуренции. Наряду с общими запретами, законодательство России содержит примерный перечень запрещенных действий¹. Специальные запреты недобросовестной конкуренции содержатся в нормах п. 3 ст. 10^{bis} Парижской конвенции, ст. 14.1—14.7 Закона. При этом ст. 14.8 Закона указывает на открытый характер перечня видов недобросовестной конку-

¹ Еременко В.И. Соотношение интеллектуальной собственности и недобросовестной конкуренции // Конкурентное право. 2014. № 3. С. 13—25; Городов О.А. Недобросовестная конкуренция: теория и правоприменительная практика. М., 2008.

ренции, запрещая любые иные акты (формы) недобросовестной конкуренции наряду с предусмотренными.

В настоящее время Закон содержит следующие составы недобросовестной конкуренции, подлежащие специальному запрету: смешение, дискредитация, введение в заблуждение, некорректное сравнение, дезорганизация (в виде незаконного получения, использования, разглашения коммерческой или иной охраняемой законом тайны), недобросовестное использование результатов интеллектуальной деятельности, недобросовестное приобретение и использованием исключительного права на средства индивидуализации.

1. *Смешение*. Следует отметить, что специальный запрет на смешение не был ранее предусмотрен российским законодательством о конкуренции и впервые появился в Законе о защите конкуренции в редакции четвертого антимонопольного пакета. В связи с этим, при квалификации смешения применялась норма п. 3 ст. 10^{bis} Парижской конвенции. Основным признаком такого поведения является получение неправомерных преимуществ в конкурентной борьбе за счет паразитирования на деловой репутации известного потребителям (или конкурентам) хозяйствующего субъекта. Это достигается в результате смешения в сознании предпринимателей и потребителей между деятельностью (товарами, работами, услугами) подлинного носителя деловой репутации (добросовестного конкурента) и ложного имитатора (недобросовестного конкурента). Следует согласиться с мнением, что использование в качестве средства индивидуализации товаров обозначения, сходного до степени смешения с товарным знаком конкурента, направлено на привлечение потребительского спроса к данным товарам за счет не собственных вложений, а имеющейся на рынке известности товаров конкурента и его товарного знака¹.

По мнению В.С. Никулиной, речь идет о смешении товарных знаков, но сходство до этой степени возможно и между упаковками, фирменными наименованиями, вывесками и любыми другими средствами индивидуализации. Поэтому понятие сходства до степени смешения применяется в делах не только о товарных знаках, но и о недобросовестной конкуренции, доменных спорах и пр.²

¹ См.: Гаврилов Д.А. Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности: монография. М., 2014.

² См.: Никулина В.С. Правовая защита товарного знака и борьба с недобросовестной конкуренцией. М., 2015.

При квалификации недобросовестной конкуренции в качестве смешения следует учитывать поведение хозяйствующего субъекта в качестве действия или бездействия, способных вызвать смешение с деятельностью хозяйствующего субъекта-конкурента либо с товарами или услугами, вводимыми хозяйствующим субъектом-конкурентом в гражданский оборот на территории России. При этом конкретные формы такого поведения предполагают совершение именно действий. Так, в качестве смешения квалифицируется незаконное использование обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента либо сходного с ними до степени смешения, путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории России, а также путем его использования в сети «Интернет», включая размещение в доменном имени и при других способах адресации.

К смешению также относятся действия, состоящие в копировании или имитации внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом-конкурентом, упаковки такого товара, его этикетки, наименования, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта-конкурента и (или) его товар (ст. 14.6 Закона о защите конкуренции).

2. Дискредитация. Этот вид недобросовестной конкуренции подпадает под специальный запрет п. 3 ст. 10^{bis} Парижской конвенции, а также ст. 14.1 Закона о защите конкуренции. Целью данного вида недобросовестной конкуренции является получение преимущества в экономическом соперничестве за счет дискредитации конкурента перед потребителями и предпринимателями. Дискредитация как метод ведения конкурентной борьбы может принимать различные формы. В основном она выражается в опорочивании деловой репутации конкурента и его деятельности (товаров, работ, услуг).

В.И. Еременко отмечает, что российский законодатель не воспринял предложенный разработчиками законопроекта запрет дискредитации относительно деловых качеств другого хозяйствующего субъекта-конкурента, его надежности, добросовестности, выполнения договорных обязательств. Как отмечает автор, в мировой практике в разряд недобросовестной конкуренции входит и посягатель-

ство на личность конкурента, преимущественно согласно англосаксонскому конкурентному праву¹.

Следует отметить, что в доктрине различаются прямая и косвенная дискредитация. К последней относится некорректное сравнение. В связи с этим специальный запрет ст. 14.1 рассматривается в качестве прямой дискредитации: распространения ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту и (или) нанести ущерб его деловой репутации. Распространение таких недостоверных сведений конкретизировано и относится к качеству и потребительским свойствам товара, количества товара, условий, на которых предлагается к продаже товар другим хозяйствующим субъектом-конкурентом, в частности цены товара.

Для наличия дискредитации необходима совокупность следующих условий: 1) сведения должны полностью или частично не соответствовать действительности, т.е. являться ложными, неточными или искаженными. Причем сведения считаются не соответствующими действительности до тех пор, пока распространявший их не докажет обратное; 2) сведения должны быть распространены. Под распространением сведений следует понимать опубликование их в печати, трансляцию по радио- и телевидеопрограммам, демонстрацию в кинохроникальных программах и других средствах массовой информации, изложение в служебных характеристиках, публичных выступлениях, заявлениях, адресованных должностным лицам, или сообщение в иной, в том числе и устной форме нескольким или хотя бы одному лицу; 3) сведения способны причинить хозяйствующему субъекту убытки либо нанести ущерб его деловой репутации. Под способностью причинить указанный вред понимается вероятность или угроза причинения его в будущем.

3. *Введение в заблуждение.* Специальный запрет на данный вид недобросовестной конкуренции также предусмотрен п. 3 ст. 10^{bis} Парижской конвенции, а также ст. 14.2 Закона о защите конкуренции. Целью этого вида недобросовестной конкуренции является приобретение конкурентных преимуществ и привлечение покупательского (потребительского) спроса посредством введения в заблуждение хозяйствующих субъектов и потребителей в отношении предлагаемых им товаров (работ, услуг). Такие действия отвлекают клиентуру от добросовестных субъектов предпринима-

¹ См.: Еременко В.И. Вопросы недобросовестной конкуренции в рамках «четвертого антимонопольного пакета» // Конкурентное право. 2016. № 1. С. 3–12.

тельства и дезинформируют потребителей о реальном положении на рынке.

Еще дореволюционные авторы, высказывали сомнения в отношении принадлежности данного запрета к недобросовестной конкуренции. Так, В. Шретер отмечал, что ложная реклама о собственном предприятии или фиктивная распродажа непосредственно не нарушают прав конкурентов. «Что от этого терпит публика — это ясно, но в чем же может выражаться ущерб конкурента?»¹. В связи с этим, высказывалась точка зрения, что ущерб от таких действий заключается в привлечении к правонарушителю той клиентуры, которая может быть обратилась бы к «потерпевшему». А.И. Каминка полагал, что в результате таких действий, если покупатель и другой конкурент «не несет прямого ущерба, то косвенный наносится всему торговому обороту, так как лицо приобретает некоторые преимущества в торговле только потому, что сообщает неверные сведения»². Таким образом, нарушаются интересы потребителей, правила конкуренции на рынке, в результате чего данный запрет был предусмотрен как в Парижской конвенции, так и в национальных законодательствах отдельных стран.

Таким образом, субъектами защиты от данного правонарушения являются, прежде всего, потребители, которым могут быть сообщены недостоверные сведения в отношении: 1) качества и потребительских свойств товара, предлагаемого к продаже, назначения такого товара, способов и условий его изготовления или применения, результатов, ожидаемых от использования такого товара, его пригодности для определенных целей; 2) количества товара, предлагаемого к продаже, наличия такого товара на рынке, возможности его приобретения на определенных условиях, фактического размера спроса на такой товар; 3) места производства товара, предлагаемого к продаже, изготовителя такого товара, гарантийных обязательств продавца или изготовителя; 4) условий, на которых товар предлагается к продаже, в частности цены такого товара.

Для иллюстрации данного специального запрета показательно дело, в соответствии с которым ФАС России были признаны недобросовестной конкуренцией действия ООО по введению в заблуждение в отношении производителя продукции «Икра классическая № 1», «Икра с копченым лососем № 2», «Икра подкопченная № 3» под наименованием «Береста». Этикетки производимой

¹ Шретер. В. Недобросовестная конкуренция. СПб., 1914. С. 18.

² Каминка А.И. Очерки торгового права. СПб., 1911. С. 151.

обществом продукции скопированы с этикетки продукции, производимой предприятием-заявителем, а именно воспроизведено композиционное построение, в том числе его отдельные словесные и изобразительные элементы, использовано идентичное цветовое решение отдельных словесных и изобразительных элементов; повторены характерные оригинальные изобразительные элементы. При этом предприятие-заявитель начало производство взаимозаменяемых товаров с использованием указанного дизайна упаковки и этикетки значительно раньше ответчика и приобрело известность у потребителей, а сам дизайн — различительную способность¹.

Следует отметить, что данный вид недобросовестной конкуренции необходимо отличать от некорректного сравнения, поскольку в данном случае недобросовестный конкурент вводит в заблуждение потребителей в отношении собственного товара.

4. *Некорректное сравнение.* Как уже отмечалось, некорректное сравнение в доктрине понимается в качестве косвенной дискредитации. Признаком данного вида недобросовестной конкуренции является приобретение конкурентных преимуществ путем некорректного сравнения своих товаров (работ услуг) с товарами других хозяйствующих субъектов. В результате этого у хозяйствующих субъектов и потребителей создается ложное впечатление о превосходстве товаров недобросовестного конкурента над товарами конкурентов, в результате чего происходит их дискредитация в глазах потребителей.

При квалификации данного вида недобросовестной конкуренции следует учитывать, что незаконным (или некорректным) является сравнение с другим хозяйствующим субъектом-конкурентом и (или) его товаром путем использования слов и выражений в превосходной степени (например, «лучший», «первый», «номер один», «самый», «только», «единственный» и иных слов или обозначений, создающих впечатление о превосходстве товара и (или) хозяйствующего субъекта, без указания конкретных характеристик или параметров сравнения, имеющих объективное подтверждение.

Под некорректным сравнением также понимается сравнение, в котором отсутствует указание конкретных сравниваемых характеристик или параметров либо результаты сравнения не могут быть

¹ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К.Н. Алешин, А.В. Андросенко, И.Ю. Артемьев и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев. М., 2015.

объективно проверены, либо сравнение основано исключительно на незначительных или несопоставимых фактах и содержит негативную оценку деятельности хозяйствующего субъекта-конкурента или его товара.

Так, ФАС России признал недобросовестной конкуренцией действия акционерного общества на рынке алкогольной продукции, связанные с размещением на бутылках водки «Зеленая Марка Традиционная рецептура», водки особой «Зеленая Марка Ржаная» и водки особой «Зеленая Марка Кедровая» выражения «Водка № 1 в России» без указания на критерии (критерий), по которым (которому) предполагается заявленное первенство соответствующей водки¹.

5. *Дезорганизация.* Дезорганизация деятельности конкурента может принимать самые различные формы: промышленный шпионаж, заклеивание или уничтожение рекламных щитов, подстрекательство служащих конкурента к невыполнению своих обязанностей или подкуп последних с этой целью и др.

К одной из форм дезорганизации закон относит незаконное получение, использование или разглашение информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну, в том числе: 1) получение и использование указанной информации, обладателем которой является другой хозяйствующий субъект-конкурент, без согласия лица, имеющего право ею распоряжаться; 2) использование или разглашение указанной информации, обладателем которой является другой хозяйствующий субъект-конкурент, вследствие нарушения условий договора с лицом, имеющим право ею распоряжаться; 3) использование или разглашение указанной информации, обладателем которой является другой хозяйствующий субъект-конкурент и которая получена от лица, имеющего или имевшего доступ к указанной информации вследствие выполнения служебных обязанностей, если не истек установленный законом или договором срок ее неразглашения (ст. 14.7 Закона о защите конкуренции).

6. *Недобросовестное использование результатов интеллектуальной деятельности.* В ранее действующей редакции нормы п. 4 ч. 1 ст. 14 Закона был предусмотрен следующий более широкий запрет: продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом не-

¹ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К.Н. Алешин, А.В. Андросенко, И.Ю. Артемьев и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев. М., 2015.

законно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг. Таким образом, средства индивидуализации были исключены из данного запрета и выделены в отдельный состав.

Следует также отметить, что данный запрет на недобросовестную конкуренцию следует отличать от смешения. В данном случае квалифицирующим признаком является совершение хозяйствующим субъектом действий по продаже, обмену или иному введению в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности, за исключением средств индивидуализации, принадлежащих хозяйствующему субъекту-конкуренту (ст. 14.5 Закона о защите конкуренции).

Специальный запрет данного правонарушения предусматривает следующий его состав: 1) незаконное использование правонарушителем результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации своего конкурента; 2) продажа, обмен или иное введение в оборот товара, осуществляемые на основе указанного неправомерного использования.

7. Недобросовестное приобретение и использованием исключительного права на средства индивидуализации. Данный запрет ранее содержался в норме ч. 2 ст. 14 Закона о защите конкуренции, однако в действующей редакции выделен в отдельную статью. Целью данных недобросовестных действий является получение конкурентных преимуществ за счет недобросовестного приобретения и использования исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг (ст. 14.4 Закона о защите конкуренции). В случае признания таких действий недобросовестной конкуренцией решение антимонопольного органа в отношении приобретения и использования исключительного права на товарный знак направляется заинтересованным лицом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатент) для признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

При сложившейся системе норм, устанавливающих общий запрет на недобросовестную конкуренцию, специальные запреты будут совершенствоваться и дополняться с учетом потребностей правоприменительной практики для обеспечения правопорядка в данной сфере.

§ 2. ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ О НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

Д.А. Петров

В основе рыночной экономики лежит конкуренция как соперничество хозяйствующих субъектов, препятствующее каждому из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В таком смысле конкуренция представляет собой, в первую очередь, деятельность (соперничество) хозяйствующих субъектов, осуществляемую каждым из них самостоятельно, независимо друг от друга. Но, как и всякая деятельность, конкуренция должна осуществляться в соответствии с устанавливаемыми законодательством правилами, отступление от которых приводит к негативному воздействию на конкуренцию и в силу этого пресекается уполномоченными на то публичными органами. Поэтому конкуренция должна осуществляться способами, не противоречащими законодательству и в силу этого квалифицируемыми в качестве допустимых (законных). Использование незаконных способов, нарушающих установленные законодательством правила, является недопустимым.

В судебной практике справедливо отмечается, что использование субъективных гражданских прав в условиях соперничества (борьбы) хозяйствующих субъектов обусловлено определенными границами (пределами реализации) с учетом прав и интересов иных лиц, в том числе потребителей товаров, работ, услуг. Жесткость конкуренции не может отождествляться с ее недобросовестностью. Вместе с тем правомерное соперничество (борьба) хозяйствующих субъектов, а равно превышение пределов допустимого (правомерного) в условиях такого соперничества не могут рассматриваться правоприменителем как предполагающие оценку лишь ограниченного и тождественного набора конкретных способов и форм поведения (деятельности), использованных конкурентами. Конкуренция не исключает использования каждым конкурентом различных правовых и экономических вариантов (механизмов) продвижения на товарном рынке, борьбы за потребителя в условиях прямого либо опосредованного воздействия на него (с использованием тех или иных схем производства и реализации товаров, напрямую либо через посредников).

При таких различных вариантах деятельности определенные хозяйствующие субъекты не утрачивают статуса конкурентов (лиц, заинтересованных в одном потребителе на одном и том же товарном рынке)¹.

Легально закрепляемое понятие недобросовестной конкуренции позволяет суду в каждом конкретном случае с помощью понятийного аппарата антимонопольного законодательства и на основе исследования конкурентной тактики хозяйствующего субъекта квалифицировать действия последнего и определять правовые последствия².

Таким образом, само поведение правонарушителя может выражаться в единичных актах или представлять собой конкурентную тактику в виде действий, каждое из которых в отдельности правомерно и часть которых не нарушают прав конкурентов, но последовательное осуществление которых в совокупности приводит к появлению признаков недобросовестной конкуренции.

Недобросовестной конкуренцией признаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации (п. 9 ст. 4 — Закона о защите конкуренции).

Перечень актов недобросовестной конкуренции приведен в ст. 14.1—14.8 Закона о конкуренции. Однако совершение хозяйствующим субъектом таких действий само по себе без установления признаков недобросовестной конкуренции, поименованных в п. 9 ст. 4 Закона, не свидетельствует о нарушении запрета на недобросовестную конкуренцию³.

При отсутствии доказательств совершения действий, прямо предусмотренных в гл. 2.1 Закона о защите конкуренции, квалификация деяния в качестве акта недобросовестной конкуренции воз-

¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 3 декабря 2010 г. по делу № А66-1927/2010.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2013 г. № 14186/12 по делу № А51-11170/2011.

³ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19 июня 2014 г. № С01-436/2014 по делу № А50-17219/2013.

можно лишь при наличии всех признаков таковой, сформулированных в п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции¹.

Поэтому установление поименованных в п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции признаков недобросовестной конкуренции необходимо во всяком случае для инкриминирования нарушения запрета на недобросовестную конкуренцию.

Исходя из этого при рассмотрении нарушений запретов на недобросовестную конкуренцию антимонопольному органу требуется устанавливать наличие конкурентной среды на товарном рынке, в границах которой ведется предпринимательская деятельность, определять сам товарный рынок и его географические границы, в пределах которых осуществляется хозяйственная деятельность².

Запрет на недобросовестную конкуренцию сконструирован таким образом, что **перечень возможных действий, относящихся к недобросовестной конкуренции, является открытым**³.

Соответственно, любые действия, совершаемые хозяйствующим субъектом, могут быть признаны актами недобросовестной конкуренции, если они отвечают признакам, содержащимся в определении недобросовестной конкуренции.

Под категорию «действий» могут попадать не только сделки⁴, а любого рода юридически значимые поступки, которые непосредственно могут и не порождать гражданские права и обязанности, но которые способны оказать негативное влияние на условия осуществления предпринимательской деятельности конкурентами и таким

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. № 1063/12 по делу № А10-11/2011.

² Постановление Суда по интеллектуальным правам от 20 июня 2014 г. № С01-458/2014 по делу № А69-1838/2013.

³ Пункт 16.1 постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях», Определения ВАС РФ от 31 января 2013 г. № 11980/12 по делу № А40-98682/11-92-844, от 12 мая 2012 г. № 1063/12 по делу № А10-11/2011, Постановления Суда по интеллектуальным правам от 10 июня 2015 г. № С01-396/2015 по делу № А32-31042/2014, от 24 апреля 2015 г. № С01-334/2015 по делу № А68-2881/2014, от 25 февраля 2015 г. № С01-34/2015 по делу № А27-3978/2014, от 16 октября 2014 г. № С01-1019/2014 по делу № А55-26804/2013, от 17 сентября 2014 г. № С01-892/2014 по делу № А68-9066/2013, от 27 мая 2014 г. № С01-462/2014 по делу № А52-986/2013, от 19 июня 2014 г. № С01-436/2014 по делу № А50-17219/2013, постановления Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 19 января 2015 г. № Ф01-5652/2014 по делу № А82-7041/2013.

⁴ Определение ВАС РФ от 11 марта 2010 г. № 2426/10, постановление ФАС Волго-Вятского округа от 21 декабря 2009 г. по делу № А43-15714/2009-10-246.

опосредованным образом причинить убытки или нанести вред деловой репутации, например:

- незаконное использование информации, составлявшей коммерческую тайну конкурента¹;
- размещение в квитанциях на оплату жилищно-коммунальных услуг информационную строку, содержащую публичное предложение о заключении договора страхования жилья²;
- направление страховой организацией заявки для участия в открытом конкурсе³;
- направление организацией информации о прекращении договоров с конкурентами и необходимости осуществления выплат в пользу организации⁴;
- использование спорного товарного знака (в наружной рекламе и на сайте) исключительно для предложения к продаже легально приобретенной продукции у официального дилера (правообладателя) без согласия последнего⁵;
- фактическое исполнение договора с отступлениями от его условий⁶;
- размещение на вывеске информации о характеристике товара, профиле деятельности, не соответствующих действительности⁷.

При этом при анализе вопроса о том, является ли конкретное совершенное лицом действие актом недобросовестной конкуренции, подлежат учету не только п. 9 ст. 4, ст. 14.1–14.8 Закона о защите конкуренции, но и положения довольно часто применяемой в су-

¹ Определение ВАС РФ от 22 октября 2013 г. № 14811/13, постановление ФАС Московского округа от 16 сентября 2013 г. по делу № А40-98738/12-21-929.

² Определение ВАС РФ от 1 сентября 2011 г. № 8938/11, постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 30 марта 2011 г. по делу № А63-7780/2010.

³ Постановление ФАС Уральского округа от 25 июня 2012 г. № Ф09-4230/12 по делу № А50-17997/2011; определение ВАС РФ от 9 февраля 2012 г. № ВАС-319/12, постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 1 декабря 2011 г. по делу № А58-2053/11.

⁴ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 19 января 2015 г. № Ф01-5652/2014 по делу № А82-7041/2013.

⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 28 ноября 2014 г. № С01-1134/2014 по делу № А48-4510/2013.

⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 14 мая 2013 г. № 16941/12.

⁷ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 1 декабря 2011 г. по делу № А33-1568/2011; постановление ФАС Уральского округа от 14 июня 2013 г. № Ф09-5788/13 по делу № А60-41099/2012; предоставление скидки (постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22 марта 2012 г. по делу № А45-8850/2011).

дебной практике¹ ст. 10^{bis} Конвенции по охране промышленной собственности (заключена в Париже 20 марта 1883 г.), с учетом нормы п. 2 ст. 1, квалифицирующей в качестве недобросовестной конкуренции всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах².

К актам недобросовестной конкуренции могут быть отнесены не предусмотренные нормами Закона о защите конкуренции действия, оказывающие негативное влияние на конкуренцию, конкурента, его товары, результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации путем нерыночного и иного информационного, нечестного, незаконного воздействия, применения нерыночных, преимущественно информационных, нечестных способов ведения бизнеса, которые совершаются без использования доминирующего положения на рынке³.

Неправомерное ущемление интересов конкурентов одновременно посягает и на публичные интересы в виде конкуренции как таковой, а создание любых препятствий для равной состязательности может повлечь ограничение конкуренции⁴.

Таким образом, объективную сторону недобросовестной конкуренции образуют действия хозяйствующего субъекта (группы лиц), то есть его активное поведение на рынке. При этом такое поведение лица подлежит квалификации в качестве акта недобросовестной конкуренции при условии доказанности совершения им деяний: 1) направленных на получение преимуществ в предпринимательской деятельности; 2) противоречащих законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости; 3) причинивших или могущих причинить убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанесших или способных нанести вред их деловой репутации.

Вместе с тем хотелось бы отметить, что не поименованные в Законе о защите конкуренции действия должны попасть под запрет на осуществление недобросовестной конкуренции не потому, что

¹ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 19 января 2015 г. № Ф01-5652/2014 по делу № А82-7041/2013.

² Пункт 16.1 постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях».

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. № 1063/12 по делу № А10-11/2011.

⁴ Определение ВАС РФ от 12 мая 2012 г. № 1063/12 по делу № А10-11/2011.

они нарушают требования законодательства (за что довольно часто устанавливается ответственность на основании иных нормативных правовых актов, а не норм антимонопольного законодательства), а скорее в силу их противоречия требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

Примером тому может служить ситуация при осуществлении регулярных перевозок пассажиров на общественном транспорте, когда «нелегальные» перевозчики действуют в ущерб легальным перевозчикам. Так называемые нелегальные перевозчики:

- имеют лицензию на осуществление деятельности по перевозкам пассажиров автомобильным транспортом, оборудованным для перевозок более восьми человек, выданную в соответствии с п. 24 ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»¹;

- не заключили договоры на организацию регулярных перевозок органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации или органами местного самоуправления, не имеют разрешений на право осуществления регулярных перевозок или паспортов маршрутов регулярных перевозок, или в отношении которых отсутствуют правовые основания, установленные нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, муниципальными нормативными правовыми актами;

- осуществляют перевозки по не установленному маршруту регулярных перевозок, сведения о котором отсутствуют в реестрах муниципальных и смежных маршрутов регулярных перевозок, либо осуществляют перевозки по маршруту, право осуществления перевозок по которому принадлежит другому перевозчику, имеющему все необходимые документы.

Деятельность «нелегальных» перевозчиков посягает на общественный порядок, способствует развитию преступности, наносит ущерб экономике региона, выражающийся в неуплате налогов в бюджет, лицензионных и иных сборов, отчислений в страховые и пенсионные фонды, недобросовестной конкуренции и вытеснении с рынка транспортных услуг легальных перевозчиков путем демпингования тарифов на перевозки. Также создаются угрозы транспортной безопасности в сфере пассажирских перевозок, что приводит к дорожно-транспортным происшествиям и человеческим жертвам.

С точки зрения организации регулярных перевозок документами, подтверждающими право перевозчика осуществлять перевозки по

¹ СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716.

маршрутам регулярных перевозок, будут договоры на организацию и выполнение перевозок пассажиров и багажа наземным пассажирским маршрутным транспортом общего пользования по маршруту (маршрутам) регулярных перевозок, заключаемые между уполномоченным органом и перевозчиком, выданные перевозчикам разрешения, паспорта маршрутов регулярных перевозок или иные основания в соответствии с нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, муниципальными нормативными правовыми актами (ч. 1 ст. 39 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 220-ФЗ «Об организации регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом и городским наземным электрическим транспортом в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ (далее — Закон о перевозках)).

Если хозяйствующий субъект фактически осуществляет регулярные перевозки пассажиров без соответствующих разрешительных документов, то он получает необоснованные преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности. Такой субъект не несет расходы, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности в части участия в проводимых уполномоченными органами конкурсных процедурах отбора перевозчиков, приготовления к осуществлению предпринимательской деятельности (приобретении необходимого оборудования и пр.).

«Незаконный» перевозчик не сообщает пассажирам информацию о том, что он не имеет права осуществлять регулярные перевозки общественным транспортом и нарушает установленный порядок, тем самым вводя потребителей в заблуждение относительно качества и потребительских свойств той услуги, которая предполагается к оказанию и нарушая тем самым ст. 14.2 Закона о конкуренции.

И хотя «незаконный» перевозчик нарушает законодательство об организации перевозок, осуществление регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом и городским наземным электрическим транспортом лицом, не имеющим соответствующего права, может быть квалифицировано в качестве акта недобросовестной конкуренции, не поименованного в Законе о конкуренции.

Указанный вывод подтверждается материалами судебной практики: признаны незаконными действия общества, выразившиеся

¹ СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4346.

в организации регулярных автобусных пассажирских перевозок по несогласованному маршруту; судом признано, что общество без согласования в установленном порядке маршрута и расписания движения автобусов, без соответствующих разрешительных документов фактически осуществляло регулярные перевозки пассажиров, внешне имитирующие заказные¹.

В качестве акта недобросовестной конкуренции могут быть признаны **любого рода юридически значимые поступки** (в т.ч. предложение о заключении договора, содержащее антиконкурентные условия), если они отвечают признакам, содержащимся в определении недобросовестной конкуренции.

Если субъект совершает действия, **прямо поименованные** в ст. 14.1–14.8 Закона о конкуренции в качестве актов недобросовестной конкуренции, то **наличие или угроза наступления соответствующих антиконкурентных последствий** предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом. Законодатель, закрепляя определенного рода акты в качестве антиконкурентных, исходил из возникновения негативных последствий вследствие их совершения. Соответственно, наличие или угроза причинения убытков либо вреда деловой репутации предполагаются. Иные признаки недобросовестной конкуренции подлежат доказыванию.

В частности, по мнению Суда по интеллектуальным правам² указываемые в ранее действовавшей норме п. 4 ч. 1 ст. 14 Закона о конкуренции (сейчас — ст. 14.5) действия не могут не влиять на интересы хозяйствующих субъектов, обладающих правом введения в торговый оборот результатов интеллектуальной деятельности. Для квалификации действий в качестве недобросовестной конкуренции, выразившейся во введении в оборот аудиовизуальной продукции с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, достаточно установить факт ее продажи без согласия обладателей авторских и смежных прав.

Ранее схожая правовая позиция применительно к институту злоупотребления доминирующим положением высказывалась в отношении права признать нарушением антимонопольного законодательства и иные действия (бездействие), кроме установленных в

¹ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 11 июня 2015 г. № Ф07-1767/2015 по делу № А66-1151/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление от 20 июня 2014 г. № С01-458/2014 по делу № А69-1838/2013.

Законе о конкуренции, если приведенный в соответствующей статье закона перечень не является исчерпывающим¹.

Совершение прямо непоименованных в ст. 14.1–14.8 Закона о конкуренции действий требует их **отграничения от схожих типов поведения, основанных на иных типах поведения**, в т.ч. прямо поименованных в других статьях Закона о конкуренции.

Отграничение проводится не только по совокупности признаков недобросовестной конкуренции, но и по наличию рыночной власти у субъекта, осуществляющего антиконкурентный тип поведения.

Под недобросовестной конкуренцией подразумевается применение нерыночных, преимущественно информационных, нечестных способов ведения бизнеса, которые совершаются без использования доминирующего положения на рынке. Такая деятельность не признается монополистической².

Осуществление действий по сдерживанию роста розничных цен (установлению низких розничных цен) при постоянном (устойчивом) росте закупочных и оптовых цен на автомобильные бензины на розничном рынке реализации нефтепродуктов является видом злоупотребления доминирующим положением, а не актом недобросовестной конкуренции, поскольку именно наличие рыночной власти и ее составляющих позволяет негативно влиять на конкуренцию и конкурентов такими ценовыми способами, сохраняя экономическую стабильность предприятия³.

При этом по смыслу п. 9 ст. 4, ст. 14.1–14.8 Закона о конкуренции к актам недобросовестной конкуренции могут быть отнесены лишь **такие действия, которые прямо не предусмотрены иными нормами данного закона**⁴, содержащими довольно формализованные по своим признакам составы правонарушений.

Понятием недобросовестной конкуренции охватываются как действия, противоречащие законодательству Российской Федерации законодательству и обычаям делового оборота, так и действия, охватываемые такими категориями как требования добропорядочно-

¹ Пункт 4 постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

² Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. № 1063/12 по делу № А10-11/2011.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. № 1063/12 по делу № А10-11/2011.

⁴ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 3 сентября 2012 г. по делу № А78-373/2012.

сти, разумности и справедливости вне зависимости от того, поименованы они в Законе о конкуренции или нет.

Требования добропорядочности, разумности и справедливости могут выступать факультативным основанием для квалификации поведения в качестве конкурентного¹.

Однако правильнее их рассматривать в качестве самостоятельных и универсальных характеристик, которым должно соответствовать поведение хозяйствующего субъекта в условиях отсутствия законодательных предписаний и обычаев.

При этом используемая в законе триада — добропорядочность, разумность и справедливость — не означает, что она может быть применена только в своей совокупности. Наоборот, поведение субъекта может не соответствовать одной или двум из составляющих и образовывать тем самым состав недобросовестной конкуренции.

В литературе довольно часто парные категории «добросовестность и разумность» наделяются различным содержанием. Добросовестность представляется в виде собирательной формы здорового, адекватного, честного поведения, а недобросовестность — в лицемерном использовании прав (обязанностей), выходе за пределы осуществления гражданских прав. Разумность определяется путем создания деперсонализированного образа среднестатистического, здорового субъекта права, способного осознавать и предвидеть свое поведение не хуже среднего человека. Неразумность действий в таких условиях проявляется в нелогичном, неадекватном поведении при определенных обстоятельствах².

Аналогичные суждения следуют из сопоставления перечней примеров возможного недобросовестного и неразумного поведения лиц, входящих в состав органов юридического лица³.

¹ Определение ВАС РФ от 1 февраля 2013 г. № 16042/12, постановление ФАС Московского округа от 18 октября 2012 г. по делу № А40-4504/12-148-43.

² Вердиян Г.В. Реформа гражданского законодательства и принцип добросовестности в общих положениях Гражданского кодекса РФ // Новый юридический журнал. 2014. № 1. С. 90—98; Грудцына Л.Ю., Петров С.М. Гражданское общество, народ и власть: концептуальное понимание и российская специфика // Государство и право. 2012. № 6; Лагуткин А.В., Трубников В.И., Грудцына Л.Ю. Формирование гражданского общества в России: концептуальный аспект // Современное право. 2013. № 5.

³ Пункты 2, 3 постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица».

В судебной практике для квалификации в качестве злоупотребления доминирующим положением действий (бездействия), не поименованного в Законе о защите конкуренции, используя общеправовые принципы добросовестности, разумности и справедливости, предлагается определять, были ли совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав (соблюден ли гражданско-правовой принцип добросовестности) либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения (соблюден ли гражданско-правовой принцип разумности) или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав (соблюден ли гражданско-правовой принцип справедливости)¹.

Применительно к понятию недобросовестной конкуренции категориям добропорядочность, разумность и справедливость можно дать следующее толкование:

— добросовестность (добропорядочность) — критерий, позволяющий установить, осуществлено ли рассматриваемое действие в допустимых пределах осуществления гражданских прав; выход за допустимые пределы будет рассматриваться в качестве недобросовестного (недобропорядочного);

— разумность — критерий, позволяющий установить соответствие поведения определенного хозяйствующего субъекта деперсонализированным стандартам ожидаемого поведения любого участника гражданского оборота; очевидное отклонение поведения такого участника будет свидетельствовать о неразумности;

— справедливость — критерий, означающий наличие равных возможностей для участия в гражданском обороте; несправедливость будет выражаться в создании необоснованных условий реализации контрагентами своих гражданских прав.

При этом термин «добропорядочность» следует считать содержательно равнозначным термину «добросовестность», поскольку ГК РФ, оперируя термином «добросовестность», является в силу ч. 1 ст. 2 Закона о защите конкуренции базисом для антимонопольного законодательства в целом и самого Закона о конкуренции в частности. Тем не менее эти категории по своему назначению в любом случае являются ситуационными, наполняемыми конкретным правовым содержанием в фактических правоотношениях.

¹ Пункт 4 постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

Законодатель объективно не в состоянии предвидеть и регламентировать все возможные случаи поведения сторон. Используя оценочные понятия, он предоставляет правоприменителям свободу в их интерпретации, возможность наполнить конкретным содержанием в зависимости от ситуации.

Такой подход расширяет область судебного усмотрения в сфере пресечения недобросовестной конкуренции и связан с многообразием форм и методов недобросовестной конкуренции, не все из которых могут прямо противоречить законодательству или обычаям¹.

Нарушение требований добропорядочности, разумности и справедливости необходимо выявлять, оценивая сложившуюся ситуацию. Введение такого рода оценочных категорий вызвано расширением сферы действия запрета на недобросовестную конкуренцию, ограничивающуюся не только нарушением законодательно закрепленных запретов, но и совершением хозяйствующими субъектами любого рода действий вопреки правам и законным интересам их конкурентов.

Закрепление требований такого рода не является чем-то исключительным. В ст. 6 ГК требования добросовестности, разумности и справедливости выступают критерием, используемым при применении аналогии права. Разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагаются (ст. 10 ГК).

Устанавливаемые п. 3, 4 ст. 1 ГК РФ обязанность участников гражданских правоотношений действовать добросовестно и запрет на извлечение преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения способствуют стабилизации гражданского оборота и выработке единых стандартов поведения при отсутствии непосредственного нормативного регулирования.

Легальная дефиниция конкуренции формально не ограничивает хозяйствующих субъектов в выборе средств и методов ее осуществления, предполагая, что субъекты свободны в реализации возмож-

¹ Пункт 3 определения Конституционного Суда РФ от 1 апреля 2008 г. № 450-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Московский завод плавленых сыров «КАРАТ» на нарушение конституционных прав и свобод положениями ст. 4 и п. 2 ст. 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», ст. 4 и ч. 2 ст. 14 Федерального закона «О защите конкуренции», пункта 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации».

ности одностороннего воздействия на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Требование действовать добросовестно (добропорядочно) означает необходимость для любого участника гражданских правоотношений соблюдать права и интересы иных участников (в т.ч. своих контрагентов, конкурентов и др.).

«Добросовестность» (соответственно, и «добропорядочность») в доктрине воспринимается в качестве внутреннего предела для осуществления гражданских прав.

Как отмечает М.М. Агарков, «начало доброй совести, введенное в надлежащие рамки, означает не что иное, как честность в отношениях между людьми. Оно означает, что каждый должен оправдать то доверие, без которого невозможно совершение гражданских сделок. Начало доброй совести означает борьбу с прямым или косвенным обманом, с использованием чужого заблуждения или непонимания»¹.

Создание видимости законности, когда субъект внешне прикрывается осуществлением своих «законных» прав, по мнению А.В. Волкова, образует суть недобросовестного поведения².

Категория «добросовестность участников гражданских правоотношений» проявляет себя в неких субъективных границах, установленных непосредственно для лица, осуществляющего то или иное субъективное гражданское право. Это границы его личной, индивидуальной свободы³.

Критерий добросовестности позволяет в пределах осуществления гражданских прав устанавливать внутренние, субъективные границы действий для самих носителей права⁴.

Таким образом, через критерий добросовестности в доктрине гражданского права устанавливаются пределы возможного поведения участников гражданско-правовых отношений и их право на реализацию собственных субъективных гражданских прав. Выход за эти пределы влечет умаление противопоставляемых прав иных субъектов.

¹ Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. М., 2002. Т. 2. С. 374–376.

² Волков А.В. Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательстве и судебной практике (анализ более 250 судебных дел о злоупотреблении правом): монография. М., 2011. С. 133.

³ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 18–19.

⁴ Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М., 2007. С. 159.

Законодательное закрепление такого рода пределов сведет к нулю весь позитивный эффект от ситуационной определенности категории «добросовестность», в силу чего квалификация действий в качестве недобросовестных всегда будет происходить с опорой на конкретные обстоятельства.

Но в любом случае недобросовестным будет субъект, действующий вопреки интересам других лиц под прикрытием осуществления своих «законных прав», тем самым давая себе оправдательный предлог. Такой субъект превышает пределы дозволенного осуществления своих правомочий путем осуществления их с незаконной целью или незаконными средствами, нарушая при этом права и законные интересы других лиц.

Поэтому не всякое внешне «законное» осуществление субъективных прав, не всякие осуществляемые вне прямого нарушения закона действия будут безусловно признаваться добросовестной практикой.

Указанный доктринальный подход воспринят правоприменительной практикой.

В пункте 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» отмечается, что положения ГК РФ, законов и иных актов, содержащих нормы гражданского права, подлежат истолкованию в системной взаимосвязи с основными началами гражданского законодательства, закрепленными в ст. 1 ГК РФ. Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации.

Принцип добросовестности и разумности действий участников гражданского оборота позволяет им предполагать возникновение негативных последствий, вызываемых их собственными действиями (в рассматриваемом случае — при одновременной подаче в регистрирующий орган заявлений о прекращении арендных отношений и изменение размера арендной платы¹).

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 14 мая 2015 г. № Ф05-5066/2015 по делу № А40-136606/14.

Добросовестное поведение субъекта связывается с совершением разумно необходимых действий (в данном случае, в целях защиты своих прав¹).

Гражданское законодательство среди прочего основывается на признании свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Вне прямых, устанавливаемых законом, ограничений и запретов участники гражданских правоотношений обладают автономией воли и свободой поведения, что, тем не менее, не означает вседозволенности. В таких условиях осуществление прав одним участником не должно посягать на права других участников гражданских правоотношений.

Одним из ограничителей автономии воли и свободы поведения участника гражданских правоотношений выступает понятие злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ), под которым понимается любое заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав, в т.ч. прямо называемое в законе в качестве правонарушения использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции.

Ограничение конкуренции будет следствием любого негативно-го воздействия на нее, в т.ч. путем осуществления недобросовестной конкуренции. Злоупотребление правом и недобросовестная конкуренция соотносятся как общее и частное, поскольку возможность их практического применения основана на ситуационно оцениваемом поведении участника гражданских правоотношений на соответствие требованиям добросовестности (добропорядочности), разумности и справедливости. В этом смысле недобросовестная конкуренция является разновидностью злоупотребления правом и позволяет в рамках конкурентной борьбы устанавливать факты неправомерного посягательства на права других участников гражданских правоотношений вне прямых, устанавливаемых законом, ограничений и запретов.

Злоупотребление гражданским правом (т.е. заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав) заключается в превышении пределов дозволенного гражданским правом осуществления своих правомочий путем осуществления их с незаконной целью или

¹ Пункт 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации».

незаконными средствами, нарушая при этом права и законные интересы других лиц¹.

В связи с этим учетом судебной практики правовая оценка действий хозяйствующего субъекта на предмет добросовестности может строиться на соответствии действий хозяйствующего субъекта общепринятым стандартам поведения, путем сопоставления с поведением иных участников рынка, а отсутствие отраслевого запрета на ту или иную деятельность не может служить основанием для безусловного вывода об отсутствии в этой деятельности недобросовестной конкуренции, поскольку актом недобросовестной конкуренции признается деятельность, по совокупности признаков отвечающая определениям, содержащимся в Конвенции по охране промышленной собственности (заключена в Париже 20 марта 1883 г.) и Законе о защите конкуренции; способность причинения убытков конкурентам выражается в возможном оттоке потребителей от услуг, предоставляемых конкурентами².

Анализ практики применения п. 9 ст. 4, ст. 14 Закона о конкуренции показал, что суды зачастую квалифицируют в качестве не поименованных в законе актов недобросовестной конкуренции действия, не отвечающие критериям добропорядочного поведения, в частности:

1) действия организации по направлению в адрес информационно-расчетных центров писем с приложением протоколов общих собраний собственников с целью внесения расчетными центрами изменений в единый счет — квитанцию на оплату коммунальных услуг, суть которых сводится к прекращению выплат денежных средств за техническое обслуживание домофонных систем в адрес конкурентов организации и началу выплат соответствующих денежных средств, поступающих от граждан в расчетный центр, в самой организации. Расторгать договоры на ремонт и техническое обслуживание таких домофонных систем должны жильцы соответствующего подъезда в порядке гл. 29 ГК РФ, а не согласно нормам жилищного законодательства.

Действия организации формально не нарушают положения законодательства, но, будучи направленным на вытеснение конкурентов с товарного рынка, свидетельствуют об использовании чужих

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 22 сентября 2014 г. № Ф05-13537/2012 по делу № А41-41903/10, определение Верховного Суда РФ от 15 декабря 2014 г. № 305-ЭС14-5271.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 2 апреля 2013 г. № 11980/12.

прав в отсутствие делегированного полномочия и потому не могут являться добросовестными и разумными¹;

2) действия общества, которое в целях получения соответствующих преимуществ и преференций заявило на торгах для государственных нужд о поставке товара российского происхождения, а в рамках государственного контракта фактически поставило товар производства КНР, не отвечают требованиям добропорядочности поведения участников гражданского оборота²;

3) реализация товаров народного потребления (одежда, обувь) через розничную сеть под вывесками «Таможенный конфискат», фактически не являющихся таковыми (т.е. товарами, обращенными в федеральную собственность по результатам таможенного контроля), квалифицирована в качестве непоименованного в законе акта недобросовестной конкуренции, направленного на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречащего требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, способного причинить убытки в форме упущенной выгоды добросовестным участникам указанного товарного рынка — конкурентам, осуществляющим реализацию одежды и обуви³;

4) посредством проведения акции «Бонус за входящие» сотовый оператор воздействует на своих абонентов таким образом, что они предпринимают действия по увеличению количества входящих вызовов с номерных емкостей, принадлежащих другим операторам, за что предусматривается начисление бонуса. Увеличение количества входящих вызовов с номерных емкостей, принадлежащих другим операторам, влечет увеличение количества трафика, пропускаемого посредством присоединяющего оператора, и к увеличению у него дохода от услуги пропуска трафика (в том числе «пустого» трафика), поскольку присоединяемого оператора возникает обязанность уплатить присоединяющему оператору плату за завершение вызова. Подобное действие сотового оператора по увеличению собственных доходов и увеличению расходов контрагента (контрагентов) признано судами противоречащим правилам поведения в предпринимательской деятельности, предполагающим добросовестность ведения

¹ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 19 января 2015 г. №№ Ф01-5652/2014 по делу № А82-7041/2013.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 14 мая 2013 г. № 16941/12.

³ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 1 декабря 2011 г. по делу № А33-1568/2011.

предпринимательской деятельности, а также принципам разумности и справедливости¹;

5) адресованное покупателям гастрономов предложение хозяйствующего субъекта обменять эмитированную им дисконтную карту на дисконтную карту конкурентов фактически является привлечением покупателей к своим товарам (услугам) и предложением таким покупателям перестать осуществлять последующее посещение сети гастрономов конкурентов².

Критерии разумности и справедливости практически в судебной практике не используются, что может свидетельствовать и о редкости возникновения ситуаций с необходимыми обстоятельствами, и об удобстве квалификации действий в качестве недобропорядочных.

В заключении хочется отметить, что ситуационные понятия, использованные при определении содержания института недобросовестной конкуренции, позволяют широко применять его в сфере предпринимательства, но по остаточному принципу — если действия предпринимателей не попадают под признаки иных нарушений антимонопольного законодательства.

§ 3. СООТНОШЕНИЕ ИНСТИТУТА НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ С ПРАВОМ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Д.В. Иванова

Отличительная черта гражданских прав состоит в том, что они предоставлены в полное распоряжение своих обладателей ... Каждый волен осуществлять свое частное право или не осуществлять, сохранять его за собой или отрекаться от него, требовать признания его обязанными лицами или мириться с неисполнением ими соответствующих его праву обязанностей.

Е.В. Васьковский³

¹ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22 марта 2012 г. по делу № А45-8850/2011.

² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 5 мая 2014 г. № 09АП-11584/2014 по делу № А40-144182/13.

³ Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса / под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. М., 2003. С. 96.

Уважаемый русский правовед Е.В. Васьковский был совершенно прав, охарактеризовав гражданские права с точки зрения особой свободы пользования и распоряжения ими. При этом мы презюмируем добросовестность и разумность всех участников гражданского оборота. В то же время очевидно, что субъекты гражданского права, особенно в условиях жесткой конкуренции, могут отступать от добросовестного поведения и использовать свои гражданские права для получения в том числе конкурентных преимуществ. Возникает извечный вопрос, где заканчивается право одного субъекта и начинается право другого. Особенный оттенок этот вопрос приобретает в отношении группы прав абсолютного характера, к которой относится и исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты. Одной из признанных черт исключительного права является его монопольный характер, что отмечается многими учеными¹. Эта «легальная монополия» фактически означает необъятность исключительного права субъекта, которому противостоит неопределенный круг обязанных субъектов, если для этого права не будут поставлены юридические границы. Учитывая противоположную направленность интересов обладателя исключительного права и интересов других членов общества, их баланс регулируется различными ограничениями и исключениями, предусматриваемыми непосредственно в подотрасли права интеллектуальной собственности. Но могут в качестве таких границ выступать и нормы других гражданско-правовых институтов.

В ст. 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. о недобросовестной конкуренции сказано, что Страны [Парижского] Союза обязаны обеспечить гражданам стран, участвующих в Союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции. Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. Что послужило причиной включения в международный акт, посвященный преимущественно правам на объекты промышленной собственности, статьи о недобросовестной конкуренции? Можно ли установить соотношение институтов недобросовестной конкуренции и интеллектуальной собственности?

¹ См., например: Право интеллектуальной собственности: учебник / И.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; под ред. И.А. Близнеца. М., 2010. С. 11; Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. М., 1999. С. 191, 633.

Как и в Законе о защите конкуренции, где предусматривается, что требования ст. 10 названного Закона не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг, в утратившем силу Законе Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. № 2034-ХІІ «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» (в редакции Закона Республики Беларусь от 2 декабря 2002 г. № 154-З) содержалось схожее положение. Согласно п. 2 ст. 3 действие закона не распространялось на отношения, вытекающие из охраны изобретений, промышленных образцов, топологий интегральных микросхем, нераскрытой информации, товарных знаков и авторских прав, за исключением случаев, когда права, связанные с этими отношениями, используются их обладателями в целях ограничения конкуренции. То есть применить нормы этого закона в отношении исключительных прав можно было только в одной ситуации, правда, широко формулируемой, — когда цель использования исключительных прав состояла в ограничении конкуренции. Исходя из того, что рассматриваемое законодательство направлено на защиту хозяйствующих субъектов от нечестных способов и приемов в предпринимательской деятельности и применяется только в отношении хозяйствующих субъектов — конкурентов, следовал соответствующий вывод, что и в отношении исключительных прав оно применялось к отношениям конкурентов — субъектов хозяйствования, один или оба из которых одновременно являлись обладателями исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или приравненный объект¹.

Законодательство о пресечении недобросовестной конкуренции дополняло нормы законодательства об интеллектуальной собственности и применялось только к конкурирующим субъектам². В некоторых случаях в результате этого правообладатели могли даже лишиться исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности.

Изменения произошли в 2014 году с вступлением в силу Закона Республики Беларусь от 12 декабря 2013 г. № 94–З «О противодей-

¹ Невмержицкий Д.А. Недобросовестная конкуренция как объект гражданско-правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2007.

² Короткевич М.П. Недобросовестная конкуренция в области использования объектов интеллектуальной собственности / М.П. Короткевич // Промышленно-торговое право. 2012. № 7. С. 43.

ствии монополистической деятельности и развитии конкуренции» (далее — Закон № 94-3). Приведенного выше положения в этом законе нет. В то же время в отдельную норму п. 2 ст. 16 Закона № 94-3 выделено упоминание того, что не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров. Так, например, за п. 2 ст. 16 Закона № 94-3 стоят ситуации, при которых участник рынка, создавая юридическое лицо, осознанно выбирает в качестве фирменного наименования название, ассоциируемое с фирменным наименованием другого, более известного и более успешного субъекта хозяйствования, либо регистрирует товарный знак, вызывающий ассоциацию с деятельностью другого субъекта хозяйствования.

Проблема, связанная с недобросовестной регистрацией товарного знака, в законодательстве Беларуси решена давно: согласно подп. 1.3 п. 1 ст. 25 Закона Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» № 2181-XII (далее — Закон о товарных знаках) предоставление правовой охраны товарному знаку может быть признано недействительным полностью или частично в любое время после регистрации знака, если связанные с регистрацией действия владельца товарного знака признаны антимонопольным органом или судом недобросовестной конкуренцией. Таким образом, указанная норма закрепила возможность напрямую обращаться в суд в целях защиты хозяйствующим субъектом своих прав и законных интересов от любых направленных на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действий хозяйствующих субъектов-конкурентов, которые противоречат Закону Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции», требованиям добросовестности и разумности и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанести ущерб их деловой репутации (недобросовестная конкуренция). Однако можно говорить о сложившейся правоприменительной практике, связанной с аннулированием регистрации товарных знаков, когда суд рассматривает дело после обращения заинтересованного лица в антимонопольный орган в административном порядке.

Дела об установлении факта недобросовестной конкуренции в судебном порядке подведомственны судам в соответствии с разграничением подведомственности, указанном в Гражданском процессуальном и Хозяйственном процессуальном кодексах Республики Беларусь. В частности, судебной коллегии по делам интеллектуаль-

ной собственности Верховного Суда Республики Беларусь подведомственны гражданские дела по спорам, вытекающим из применения законодательства, регулирующего отношения, возникающие в связи с созданием, правовой охраной и использованием объектов промышленной собственности (недобросовестная конкуренция, в части неправомерного использования товарных знаков (знаков обслуживания) (ст. 26 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь).

В системе экономических судов рассматриваются дела по иным, не связанным с использованием объектов промышленной собственности, фактам нарушения антимонопольного законодательства, в части недобросовестной конкуренции.

Факт недобросовестной конкуренции в административном порядке может быть установлен антимонопольным органом, функции которого в соответствии с нормой подп. 1.1 п. 1 Указа Президента Республики Беларусь от 13 октября 2009 г. № 499 «О некоторых мерах по совершенствованию антимонопольного регулирования и развитию конкуренции» выполняет Министерство экономики на товарных рынках республики, структурные подразделения областных (Минского городского) исполнительных комитетов — на товарных рынках областей (г. Минска). В Республике Беларусь антимонопольным органом является Департамент по ценовой политике Министерства экономики Республики Беларусь. С 8 сентября 2016 г. в соответствии с Указом Президента Республики Беларусь от 3 июня 2016 г. № 188 в целях повышения эффективности работы органов антимонопольного регулирования Министерство торговли переименовано в Министерство антимонопольного регулирования и торговли, на которое соответственно возложены функции по обеспечению противодействия монополистической деятельности и развития конкуренции (на товарных рынках Республики Беларусь, областей (г. Минска), в том числе функции органа регулирования деятельности субъектов естественных монополий, регулированию цен (тарифов), а также контроль в этих сферах. Фактически Департамент по ценовой политике перешел в ведение иного преобразованного министерства.

Порядок установления факта наличия (отсутствия) нарушения хозяйствующими субъектами, должностными лицами хозяйствующих субъектов — юридических лиц, государственными органами, их должностными лицами, а также физическими лицами, не относящимися к хозяйствующим субъектам, антимонопольного законодательства определяет Инструкция о порядке установления факта

наличия (отсутствия) нарушения антимонопольного законодательства, утвержденная постановлением Министерства экономики Республики Беларусь от 17 июня 2015 г. № 34.

Судебная практика исходит из того, что для признания действий, связанных с регистрацией товарного знака, недобросовестной конкуренцией и соответственно признания регистрации недействительной недостаточно наличия одного лишь факта недобросовестной регистрации без последующих действий владельца по реализации своего исключительного права¹.

Предшествующее использование третьими лицами спорного или сходного до степени смешения обозначения без (до) регистрации его в качестве товарного знака несомненно подлежит оценке при рассмотрении судом вопроса о наличии злоупотребления правом или недобросовестной конкуренции наравне с оценкой иных представленных сторонами доказательств.

Несмотря на то что, по мнению некоторых специалистов, предшествующее использование обозначения до его регистрации означает отсутствие какого-либо значения этих фактов для квалификации действий ответчика, мы считаем, что факты предшествующего использования могут иметь значение. Суд рассматривает не саму по себе проблему регистрации обозначения в качестве товарного знака и соответствующего наличия исключительного права, а исследует обстоятельства на предмет наличия злоупотребления правом или недобросовестной конкуренции, т.е. вопросов, хотя и связанных в данной ситуации с исключительным правом, тем не менее, самостоятельных.

Последующее после регистрации обозначения в качестве товарного знака поведение правообладателя также должно учитываться судом при рассмотрении вопроса о недобросовестной конкуренции со стороны правообладателя. Возвращаясь к определению недобросовестной конкуренции, именно последующее поведение лица позволит установить, получил ли они преимущества перед своими конкурентами по осуществлению предпринимательской деятельности в результате действий по регистрации, или были ли причинены убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанесен вред их деловой репутации. Зачастую оценить добровольность действий, связанных с регистрацией, удается только на основе исследования последующего поведения правообладателя.

¹ Цисик И. Защита от недобросовестных действий конкурентов, осуществляемых с использованием товарных знаков / И. Цисик // Юрист. 2011. № 5. С. 44.

Мы согласны, что само по себе неиспользование товарного знака владельцем не является достаточным критерием установления факта злоупотребления правами или недобросовестной конкуренции. Но в совокупности с другими фактами может быть расценено в качестве такового. Подобный подход оправдан и в отношении «аккумулирования» товарных знаков одним лицом.

Обращаясь к практике Департамента по ценовой политике Министерства экономики Республики Беларусь (антимонопольного органа)¹, можно отметить следующее. В 2011 году Коллегией Департамента приняты решения по 10 заявлениям о нарушениях антимонопольного законодательства, в части осуществления недобросовестной конкуренции, в том числе о признании 4 фактов недобросовестной конкуренции (нарушений ст. 14-2 Закона Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. № 2034-XII «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»).

По итогам рассмотрения заявлений о нарушении антимонопольного законодательства в 2010 году коллегией Департамента ценовой политики Министерства экономики приняты решения:

- о признании 9 фактов недобросовестной конкуренции (нарушений ст. 14-2 Закона Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. № 2034-XII «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»);

- об отсутствии фактов недобросовестной конкуренции по 6 заявлениям.

Как следствие подготовлены возражения и принято участие представителем антимонопольного органа в судебных заседаниях Судебной коллегии по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь по обращениям 4 хозяйствующих субъектов с жалобой на решения Департамента ценовой политики Министерства экономики. Судебной коллегией принято решение отказать в удовлетворении жалоб указанных хозяйствующих субъектов.

Апелляционным Советом Национального центра интеллектуальной собственности Республики Беларусь по поданным возражениям были приняты решения по отмене регистрации 15 товарных знаков, в отношении которых Департаментом признаны факты недобросовестной конкуренции, связанные с регистрацией товарных знаков.

¹ Итоги работы антимонопольного органа // Министерство экономики Республики Беларусь [Электронный ресурс]. URL: <http://www.economy.gov.by/ru/antitrust/results-antimonopoly-control-and-regulation>

Рассмотрим пример из судебной практики, представляющий типичный случай недобросовестной конкуренции. Общество с ограниченной ответственностью (ООО) «У» разработало обозначение для товаров своей организации и с 2000 года использовало его в деятельности, размещая в Интернете, на выставках. Имело ряд отличий (дипломов, свидетельств) в области своей деятельности с указанием используемого обозначения, соответственно, идентифицировало свою продукцию.

Физическое лицо Х. в установленном порядке зарегистрировало товарный знак, который использовался ООО «У». При этом Х. был зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя и выражал готовность осуществлять предпринимательскую деятельность по видам деятельности, аналогичным видам деятельности, указанным в уставных документах ООО «У». Таким образом, выражал намерение отличать зарегистрированным товарным знаком свою продукцию.

После регистрации товарного знака Х. направил в адрес ООО «У» предложение о заключении лицензионного договора и оплате ему соответствующего лицензионного вознаграждения, а также о прекращении незаконного использования товарного знака, права на который согласно регистрации принадлежат Х.

Антимонопольным органом по заявлению ООО «У» было принято решение о признании действий Х. недобросовестной конкуренцией. Однако Х., не согласившись с вынесенным решением, в 2008 г. обжаловал его в суд, мотивируя свою жалобу тем, что регистрация товарного знака была осуществлена на физическое лицо, следовательно, ни о какой конкуренции (и тем более недобросовестной) речи идти не может. Кроме того, ООО «У» не регистрировало свой знак, не зарегистрирован такой товарный знак каким-либо третьим лицом. Таким образом, регистрация осуществлена в соответствии с законодательством и, следовательно, не может быть признана недобросовестной конкуренцией.

Судом в удовлетворении жалобы было отказано по причине доказанности признаков недобросовестной конкуренции со стороны Х. Его действия, связанные с регистрацией товарного знака, не были направлены на защиту своих интеллектуальных прав, они являлись злоупотреблением этими правами в целях вытеснения конкурента с рынка, завладения приобретенной им репутацией, введения в заблуждение потребителей в отношении товарного знака, ассоциирующегося с товаром ООО «У».

С точки зрения законодательства, ситуация выглядит следующим образом. Согласно ст. 2 Закона о товарных знаках товарный знак может быть зарегистрирован юридическим или физическим лицом. При этом не имеет юридического значения для отношений, связанных с регистрацией товарного знака, вопрос, является ли физическое лицо индивидуальным предпринимателем или не является.

Помимо этого, особенностью правового регулирования предпринимательской деятельности физических лиц является то, что согласно ч. 2–4 п. 1 ст. 1 Гражданского кодекса Республики Беларусь существует довольно обширный перечень видов деятельности, которые физические лица вправе осуществлять без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. В то время как интерес в использовании товарного знака в процессе осуществления этих видов деятельности вполне закономерен. Кроме того, осуществление регистрации товарного знака физическим лицом может производиться с целью уступки или предоставления разрешения по лицензионному договору своего права иному лицу — субъекту хозяйствования. Значит, такая регистрация может носить и добросовестный характер. Следовательно, вопрос, разрешаемый антимонопольным и судебным органом, остается прежним: добросовестно ли лицо использует свое исключительное право или пытается вследствие нарушения пределов осуществления гражданских прав получить конкурентные преимущества на рынке?

С вступлением в силу нового закона количество заявлений о нарушении антимонопольного законодательства уменьшилось. Так, в 2015 г. управлением антимонопольной и ценовой политики Мингорисполкома установлен факт нарушения антимонопольного законодательства в части осуществления недобросовестной конкуренции в действиях группы лиц, связанных с регистрацией и использованием товарного знака для товаров 30 класса МКТУ: зерновые продукты, рис. Экономический суд г. Минска вынес постановление о наложении в соответствии с законодательством административного взыскания на ООО в виде штрафа в размере 400 базовых величин (72 000,0 тыс. руб.). О гражданско-правовых последствиях данного спора сведений не содержится.

Подводя итог исследованию, можно сделать вывод о том, что институты «право интеллектуальной собственности» и «пресечение недобросовестной конкуренции» в своем взаимодействии призваны обеспечить необходимый баланс между интересами потребителей, правообладателей объектов интеллектуальной собственности, их конкурентов. Если законодательство об интеллектуальной собствен-

ности закрепляет за лицом исключительное право на эти объекты, то законодательство о пресечении недобросовестной конкуренции способствует развитию добросовестной конкуренции в этой сфере, препятствуя злоупотреблению правом владельцем исключительного права на объекты интеллектуальной собственности. Фактически нормы другого гражданско-правового института выступают в роли ограничения для исключительного права на объекты интеллектуальной собственности.

§ 4. ОГРАНИЧЕНИЕ АВТОНОМИИ ВОЛИ СТОРОН ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ ПРАВА, ПОДЛЕЖАЩЕГО ПРИМЕНЕНИЮ К ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ, ВОЗНИКАЮЩИМ ВСЛЕДСТВИЕ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ И ОГРАНИЧЕНИЯ КОНКУРЕНЦИИ

М.В. Мещанова

Коллизионное регулирование обязательств, возникающих вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции, в международном частном праве традиционно относилось к сфере коллизионного регулирования деликтных отношений. Поскольку акты недобросовестной конкуренции могут причинить убытки конкурирующему субъекту или ввести потребителя в заблуждение относительно свойств товара, его потребительских качеств, реальной стоимости и т.д., данные акты могут затрагивать имущественные и личные неимущественные права субъектов, что должно влечь возникновение определенных частноправовых обязательств, связанных с ликвидацией неблагоприятных последствий нарушения конкуренции. В такой ситуации особенно важно избрать право, применимое к отмеченным обязательствам. Во многих странах не существует специфических коллизионных норм, направленных на установление применимого права к отношениям недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции. Такая ситуация сложилась в Республике Беларусь, где раздел VII «Международное частное право» Гражданского кодекса Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З¹ (далее — ГК РБ) не содержит указанных специальных

¹ Гражданский кодекс Республики Беларусь (принят Палатой представителей 29 октября 1998 г., одобрен Советом Республики 19 ноября 1998 г. с изм. и доп.) // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь [Электронный ресурс] / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. Минск, 2016.

положений. Следовательно, к таким отношениям применима общая норма п. 1 ст. 1129 ГК РБ, которая отсылает к праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (*lex loci delicti commissi*). Однако следует согласиться с суждением о том, что такая локализация обязательства, возникающего из недобросовестной конкуренции или ограничения конкуренции, может оказаться слишком общей, «расплывчатой», не отражающей особенностей возникновения обязательства, а также не учитывающей необходимость обеспечить защиту не только потерпевших конкурентов, но и третьих лиц¹. Специальное коллизионное регулирование должно вводиться в том случае, когда общее правило не позволяет найти справедливый баланс между затрагиваемыми интересами. Так, в п. 21 преамбулы к Регламенту (ЕС) № 864/2007 Европейского Парламента и Совета от 11 июля 2007 г. «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» (далее Регламент Рим II)² выделяется три категории субъектов, которые должны быть защищены при правильном разрешении конфликта законов в данной сфере:

- 1) конкуренты;
- 2) потребители;
- 3) общественность в целом.

При этом преследуется общая цель — гарантировать нормальное функционирование рыночной экономики. Становится понятным, что регулирование рассматриваемых правоотношений на основании коллизионной привязки *закон места причинения вреда* не может обеспечить защиту интересов всех вышеупомянутых субъектов, поскольку место, где были непосредственно нарушены правила конкуренции, далеко не всегда совпадает domiciliем конкурентов или потребителей, которым причинен вред, а также с расположением затронутых нарушением рынков. В этой связи, даже учитывая тот факт, что не все современные кодификации норм международного частного права содержат указанный специальный состав (например, он отсутствует в Законе Украины от 23 июня 2005 г. «О международном частном праве»³), тем не менее, такую детализацию следует признать необходимой для стран с развитой конкуренцией. При этом чрезвычайно важной предпосылкой для введения в нацио-

¹ Международное частное право: учебник для академического бакалавриата / под ред. Н.И. Марышевой. 4-е изд., испр. и доп. М., 2015. С. 376.

² OJ. L 199. 31.7.2007. P. 40–49.

³ URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15/page1,2>

нальное законодательство соответствующих коллизионных предписаний является наличие достаточно разработанного материального регулирования проблем конкуренции в соответствующем государстве. Такая необходимость вытекает уже из того, что все понятия, содержащиеся в объеме и привязке коллизионной нормы, нуждаются в толковании, не говоря уже об определении права данного государства в качестве применимого.

Регулирование отношений в сфере обеспечения свободы конкуренции традиционно осуществляется нормами различной отраслевой принадлежности. При этом можно выделить область действия публичных норм, которые регулируют отношения между властными субъектами и субъектами, осуществляющими хозяйственную деятельность, а также область действия частноправовых предписаний, где отношения складываются уже непосредственно между конкурирующими субъектами, т.е. равноправными участниками рынка. В том случае если иностранное юридическое лицо действует на рынке иного государства, к нему будут применимы публичные предписания права конкуренции данного государства. Проблема выбора применимого права в такой ситуации не возникает, поскольку коллизионный вопрос — это вопрос частноправового регулирования. Публичные нормы права государства, на рынке которого осуществляется акт конкуренции, применяются безоговорочно. Для отношений конкуренции также характерна проблема экстерриториального применения национального конкурентного права. Указанная проблема может возникать, например, при ограничении конкуренции на основании противоправного соглашения нескольких компаний, являющихся субъектами разных государств. При этом действие данного соглашения может распространяться на внутренние рынки сразу нескольких стран. Проблематика экстерриториального применения национального конкурентного права является весьма сложной и интересной, однако она не может быть решена частноправовыми методами, в том числе с использованием коллизионных норм. Единственным способом решения данной проблемы видится заключение международных договоров, регулирующих саму возможность экстерриториальности публичной составляющей права конкуренции во взаимоотношениях между государствами-участниками, а также определяющих условия такой экстерриториальности.

Коллизионное регулирование применимо только к частноправовым отношениям, возникающим в связи с недобросовестной конкуренцией и ограничением конкуренции, поэтому в дальнейшем будут анализироваться именно такие отношения.

В качестве базового коллизионного положения для анализа рассмотрим ст. 1222 ГК РФ. Указанная статья содержит два коллизионных объема: 1) обязательства, возникающие вследствие недобросовестной конкуренции; 2) обязательства, возникающие вследствие ограничения конкуренции. Для применения рассматриваемой коллизионной нормы необходимо, в первую очередь, убедиться в том, что обязательства, о которых ведется речь, имеют частноправовой характер. Далее неизбежно встает вопрос квалификации понятий объемов коллизионных норм, а именно понятий «недобросовестная конкуренция» и «ограничение конкуренции». Являясь участниками Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г.¹, большинство государств следуют понятию «акт недобросовестной конкуренции», установленному ст. 10-bis Конвенции: «Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах». В п. 3 ст. 10-bis Конвенции установлен исчерпывающий перечень таких запрещенных актов. Понятие «недобросовестная конкуренция» также детализируется в подп. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции. Под недобросовестной конкуренцией понимаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации. При этом гл. 2.1 Закона о защите конкуренции посвящена раскрытию конкретных проявлений недобросовестной конкуренции.

Коллизионное регулирование в отношении действий, ограничивающих конкуренцию, появилось в ГК РФ только в соответствии с изменениями 2013 г. Толкование понятия «ограничение конкуренции» представляется необходимым также осуществлять на основании Закона о защите конкуренции как базового нормативного правового акта в данной сфере. Вместе с тем в п. 17 ст. 4 данного Закона раскрывается только содержание понятия «признаки ограничения конкуренции», которое, по сути, перечисляет возможные неправомерные проявления антиконкурентного поведения, но не называет его конкретные формы. Если провести параллель с кол-

¹ Национальный центр правовой информации Республики Беларусь ЭТАЛОН.

лизионным регулированием соответствующих отношений на основании Регламента Рим II, следует обратить внимание на п. 23 преамбулы, который устанавливает: «понятие ограничения конкуренции должно охватывать запреты на соглашения между предприятиями, решения объединений предприятий и согласованную практику, которые имеют целью или результатом создание препятствий, ограничение или искажение конкуренции в государстве-члене или на внутреннем рынке, а также запрет на злоупотребление доминирующим положением в государстве-члене или на внутреннем рынке, когда подобные соглашения, решения, согласованная практика или злоупотребления запрещены ст. 81 и 82 Договора¹ или правом государства-члена». Следовательно, ограничения конкуренции охватывают как коллективную, так и индивидуальную антиконкурентную практику, о которой на уровне национального законодательства ведется речь в гл. 2 Закона о защите конкуренции. Таким образом, для целей коллизионного регулирования возможно поставить знак равенства между понятиями «ограничение конкуренции» и «монопольная деятельность» по смыслу Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем не все исследователи коллизионного регулирования указанных внедоговорных обязательств исходят из подхода о толковании понятий данной коллизионной нормы на основании права суда (толкование по *lex fori*). Так, Н.Н. Вознесенский отмечает, что объем коллизионной нормы ст. 1222 ГК РФ следует определять через понятие «акт конкуренции», что позволяет осуществлять толкование текста статьи. Вопрос о наличии в действиях лица признаков именно недобросовестной конкуренции не следует предварительно разрешать в рамках первичной квалификации, ответ на него должен быть получен на основании материальных норм избранного правопорядка². Однако с приведенным мнением трудно согласиться, поскольку согласно ст. 1187 ГК РФ толкование юридических понятий коллизионной нормы осуществляется в соответствии с российским правом, если иное не предусмотрено законом. Случаи толкования юридических понятий по иностранному праву указаны в п. 2 ст. 1187 ГК РФ и сводятся к ситуации, когда толкование по российскому праву невозможно. Автор, по сути, предлагает подме-

¹ В настоящее время это ст. 101 и 102 Договора о функционировании Европейского Союза (консолидированный текст) // Official Journal. 2012. С. 326. Р. 47–390.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический) / под ред. С.А. Степанова. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2016. С. 1166.

нить понятия ст. 1222 («недобросовестная конкуренция» и «ограничение конкуренции») собирательным термином «акт конкуренции», что нивелирует значение выделения в ст. 1222 двух самостоятельных коллизионных норм. Одновременно следует подчеркнуть, что толкование понятий коллизионной нормы осуществляется не в целях квалификации действий потенциального нарушителя права конкуренции, а в целях правильного выбора коллизионной нормы и, следовательно, правильного определения заинтересованного правопорядка, на основании которого и будет проведена дальнейшая квалификация поведения субъектов.

Предварительный коллизионный вопрос возникает также и в отношении квалификации понятий привязок. Здесь необходимо проанализировать, что следует понимать под рынком, который «затронут или может быть затронут такой конкуренцией» (либо ограничением конкуренции). Справедливо отмечается, что для определения применимого права не имеет значения, на территории какой страны были совершены антиконкурентные действия, а принимается во внимание место (рынок) страны, где возникает негативный результат таких действий¹. Возможно также применение права государства, где негативный результат антиконкурентных действий пока не наступил, но вероятность его наступления достаточно велика. В условиях глобализации мировой торговли нередкими являются случаи, когда нарушение затрагивает рынки сразу нескольких государств. При этом ст. 1222 не исключает возможности параллельного применения права всех государств, чьи рынки затронуты. В этом случае неизбежно возникают ситуации «расщепления» обязательственного статута. Однако очевидно, что восстановление нарушенных прав на основании «расщепленного» статута может оказаться практически невозможным. Законодательство Российской Федерации не определяет алгоритм выбора наиболее заинтересованного правопорядка в такой ситуации. Обратимся к ст. 6 Регламента Рим II. Согласно данной норме возможность выбора правовых оснований своих требований принадлежит истцу, он по общему правилу может выбрать право суда (места расположения domicilia ответчика), при условии, что рынок данного государства-члена относится к числу рынков, прямо и существенным образом затрагиваемых ограничением конкуренции.

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. В 2 т. Т.2. Части третья, четвертая ГК РФ / под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова; Институт государства и права РАН. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 194.

Пункты 1 и 2 ст. 1222 ГК РФ используют оговорку, ограничивающую действие основной коллизионной привязки — «если иное не вытекает из закона или существа обязательства». Представляется, что в условиях развития антимонопольного регулирования и появления новых форм недобросовестной конкуренции законодатель предполагает возможность возникновения специальных коллизионных правил для отдельных нарушений в рассматриваемой сфере. Следовательно, такая формулировка оговорки может обеспечить более гибкий подход к выбору применимого права. Вместе с тем уже на сегодняшний день существует ряд ситуаций, когда обязательства из недобросовестной конкуренции тесно переплетаются с иными внедоговорными обязательствами. Так, распространение ложных сведений, наносящих ущерб деловой репутации субъекта, может быть расценено и как акт недобросовестной конкуренции, и как причинение морального вреда. Во втором случае применению подлeжит ст. 1219 ГК РФ. Для разграничения таких ситуаций и правильного применения коллизионных норм следует руководствоваться критериями недобросовестной конкуренции, а именно:

1) субъектным составом правоотношений (только хозяйствующие субъекты);

2) целями деятельности недобросовестного лица (получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности).

В качестве дополнительного критерия может быть также принято во внимание наличие специальной компетенции у антимонопольных органов Российской Федерации по спорам об установлении факта недобросовестной конкуренции.

Хотелось бы также обратить внимание на то, что согласно Регламенту Рим II заинтересованные правопорядки в отношении недобросовестного конкурентного действия определяются с привязкой к территории, где затрагиваются или могут затрагиваться конкурентные отношения или коллективные интересы потребителей. При этом, исходя из п. 2 ст. 6, возможна ситуация, когда недобросовестное конкурентное действие затрагивает исключительно интересы определенного конкурента. Тогда применимо общее коллизионное регулирование обязательств из причинения вреда, а не специальные правила, ориентированные на «коллективные» последствия нарушения. В случае ограничения конкуренции используется привязка к территории, где затрагивается или может затрагиваться рынок. Поскольку нельзя поставить знак равенства между затронутыми интересами потребителей и затронутым рынком, подход Регламента Рим II представляется более правильным, чем подход ст. 1222 ГК

РФ, которая использует только коллизионные привязки к праву страны, рынок которой затронут или может быть затронут такой конкуренцией (ограничением конкуренции).

Следует также обратить внимание на использование при коллизионном регулировании деликтных обязательств принципа «автономии воли сторон» (*lex voluntatis*), который признается фундаментальным принципом международного частного права и является выражением коллизионно-правовой свободы договора. В прошлом практика отвергала возможность установления применимого права в сфере обязательств из причинения вреда на основе соглашения сторон, применимое право практически повсеместно определялось только нормативно. В современном праве наблюдается отход от однозначного запрета в этой области. Так, в Регламенте Рим II закреплено, что стороны могут выбирать право, подлежащее применению к внедоговорному обязательству. При этом в качестве общего правила предусмотрена возможность выбора применимого права посредством соглашения, заключаемого сторонами уже после того, как произошел юридический факт, влекущий наступление вреда.

Выбор применимого права до момента причинения вреда допустим только, если все стороны отношения занимаются коммерческой деятельностью. Так же как и в сфере договорных обязательств, данный выбор должен быть прямо выражен или определенно вытекать из обстоятельств дела и не наносить ущерба правам третьих лиц. Кроме того, Регламент Рим II делает оговорку «о связи ситуации с третьей страной». Если в момент, когда происходит юридический факт, влекущий наступление вреда, все элементы ситуации находились в другой стране чем та, чье право было выбрано, то выбор сторон не должен наносить ущерба применению положений права этой другой страны, от которых не разрешается отступать посредством соглашения. В данном случае речь ведется об императивных положениях права третьей страны, причем указанный правопорядок является заинтересованным.

Пункт 4 ст. 1219 ГК РФ ставит принцип «автономии воли сторон» на первое место при определении права, применимого к деликтным обязательствам, однако вслед за Регламентом Рим II делает акцент на том, что соглашение должно состояться после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда (данное правило в ГК РФ не имеет исключений). Признается также применение императивных положений права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства (ст. 1223.1 ГК РФ).

Коллизионное регулирование обязательств из недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции исключает возможность выбора сторонами применимого права, т.е. использования принципа «автономии воли сторон» (п. 3 ст. 1222 ГК РФ, п. 4 ст. 6 Регламента Рим II). Единодушие законодателей в данном вопросе, как представляется, обусловлено следующими факторами. Во-первых, акт недобросовестной конкуренции или ограничения конкуренции, породивший соответствующее частноправовое обязательство, должен затрагивать рынок конкретного государства, возможно, определенный круг конкурирующих субъектов или коллективные интересы потребителей. Таким образом, следует говорить о так называемых «коллективных» последствиях нарушения. В такой ситуации достичь идентичного соглашения о применимом праве со всеми пострадавшими субъектами практически невозможно. Выбор различного применимого права для различных субъектов может поставить их в неравное положение, что, исходя из принципа справедливости и добросовестности, должно быть исключено. Неприменение принципа «автономии воли сторон» по данному основанию также подтверждается изъятием, которое гласит, что если недобросовестная конкуренция затрагивает исключительно интересы отдельного лица, то применению подлежат общие правила о возмещении вреда, в том числе и о возможности выбора применимого права по соглашению сторон (ч. 2 п. 1 ст. 1222 ГК РФ, п. 2 ст. 6 Регламента Рим II). В отношении ограничения конкуренции такое изъятие сделать невозможно, поскольку «коллективный» характер последствий нарушения в этом случае предполагается.

Вторым обстоятельством, которое следует принимать во внимание при рассмотрении вопроса об ограничении коллизионно-правовой свободы, является воздействие другого фундаментального принципа международного частного права — принципа наиболее тесной связи. Представляется обоснованным рассматривать право страны, рынок которой затронут или может быть затронут недобросовестной конкуренцией (ограничением конкуренции), как наиболее тесно связанное с рассматриваемыми обязательствами. В этой связи отступать от данного права на основании соглашения сторон не только не целесообразно, но и может нанести вред разрешению спора по существу.

Таким образом, можно проследить сужение свободы договора в части коллизионного регулирования обязательств из недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции.

Глава 3

ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ И ОТРАСЛЕВЫЕ ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ КОНКУРЕНТНЫХ ОТНОШЕНИЙ

§ 1. РАЗВИТИЕ КОНКУРЕНЦИИ НА ОБЩИХ РЫНКАХ ЭНЕРГЕТИЧЕСКИХ РЕСУРСОВ ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

А.О. Жунусов

На евразийском пространстве с 1 января 2015 г. функционирует Евразийский экономический союз (далее – Союз, ЕАЭС), образованный в соответствии с Договором о Евразийском экономическом союзе¹ (далее – Договор, Договор о Союзе). Договор подписан главами Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации 29 мая 2014 г. В 2015 году к Союзу присоединилась Республика Армения² и Кыргызская Республика.

Образование Евразийского экономического союза является прогрессивным шагом на пути Евразийской интеграции на постсоветском пространстве, поступательным развитием Таможенного союза и Единого экономического пространства³.

Главами государств (согласно Договору о Союзе) поручено реализовать на Евразийском пространстве до 2025 г. масштабные проекты по созданию общих рынков газа, нефти и нефтепродуктов Союза, направленные на решение ключевых задач по обеспечению доступности нефтегазовых ресурсов для потребителей государств-

¹ См.: Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>

² См.: Договор о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. (подписан в г. Минске 10 октября 2014 г.) // СЗ РФ. 2015. № 8. Ст. 1107.

³ На общих рынках газа, нефти и нефтепродуктов Союза будет сосредоточен огромный совокупный потенциал нефтегазовых ресурсов государств-членов, который оценивается в пределах одной пятой мировых запасов природного газа и 7% мировых запасов нефти, позволяющий решить стратегические задачи Союза и получить значительные экономические и социальные эффекты.

членов, стабилизации цен на энергоресурсы, надежности энергоснабжения национальных экономик.

Развитие долгосрочного взаимовыгодного сотрудничества в сфере энергетики, проведение скоординированной энергетической политики и поэтапное формирование общих рынков энергетических ресурсов являются основными задачами в сфере энергетической интеграции.

Это вполне закономерно, поскольку именно энергетическая отрасль во многом определяет динамику и темпы развития национальных экономик, их конкурентоспособность на мировых рынках и благосостояние населения.

Положения раздела XX «Энергетика» Договора регулируют взаимодействие государств — членов Союза в энергетической сфере, включая формирование общих рынков энергетических ресурсов Союза, разработку индикативных (прогнозных) балансов газа, нефти и нефтепродуктов, обеспечение доступа к услугам субъектов естественных монополий в сфере транспортировки энергетических ресурсов.

Исходя из основных целей Союза, создание общих рынков энергетических ресурсов Союза предполагает обеспечение свободы движения товаров и услуг в сфере энергетики, создание равных условий хозяйствования, повышение конкурентоспособности топливно-энергетических комплексов государств-членов.

Приоритетные направления развития сотрудничества по созданию общих рынков энергетических ресурсов ЕАЭС должны базироваться на общих подходах к проводимой энергетической политике. Все большую актуальность приобретает совместная деятельность государств — членов ЕАЭС по рациональному использованию энергетических ресурсов и формированию общего «энергетического пространства», основанная на повышении эффективности функционирования энергосистем, развитии транзитного потенциала государств — членов ЕАЭС и создании благоприятных условий для увеличения межгосударственных поставок энергетических ресурсов.

Данная деятельность направлена на обеспечение энергетической независимости государств — членов ЕАЭС, а также поиск новых полюсов развития взаимовыгодных хозяйственных связей государств-членов в области энергетики.

Основной целью энергетической политики государств — членов ЕАЭС является *обеспечение энергетической независимости и энергетической безопасности* государств — членов Союза, в том числе

путем создания надежной энергетической базы для их устойчивого экономического роста.

Договором о Союзе установлены основные принципы взаимодействия в сфере энергетики: 1) обеспечение рыночного ценообразования на энергетические ресурсы; 2) обеспечение развития конкуренции на общих рынках энергетических ресурсов; 3) отсутствие технических, административных и прочих препятствий торговле энергетическими ресурсами, соответствующим оборудованием, технологиями и связанными с ними услугами; 4) обеспечение развития транспортной инфраструктуры общих рынков энергетических ресурсов; 5) обеспечение недискриминационных условий для хозяйствующих субъектов государств-членов на общих рынках энергетических ресурсов; 6) создание благоприятных условий для привлечения инвестиций в энергетический комплекс государств-членов; 7) гармонизация национальных норм и правил функционирования технологической и коммерческой инфраструктуры общих рынков энергетических ресурсов.

Названные положения служат платформой взаимодействия государств — членов Союза в сфере энергетики, основой формирования общих рынков энергетических ресурсов.

Среди них особое внимание следует уделить развитию конкуренции на общих рынках энергетических ресурсов, а также обеспечению недискриминационных условий для хозяйствующих субъектов государств-членов на общих рынках энергетических ресурсов как одним из главных условий функционирования полноценных рынков.

На общих рынках энергетических ресурсов Союза широкое развитие получит биржевая торговля, создаваемые биржи в перспективе должны стать одними из центров мировой торговли, способствующими укреплению позиций государств-членов на внешних рынках.

Развитие биржевой торговли на территориях государств-членов, осуществляющих торговлю энергетическими ресурсами, приведет к появлению новых игроков на общих рынках Союза.

Создание общих рынков энергетических ресурсов позволит обеспечить активное включение бизнес-структур в процесс монополизации рынков.

Доступность энергетических ресурсов и прозрачное ценообразование на общих рынках стимулируют рост внутреннего спроса на энергетические ресурсы и могут стать значимым фактором для развития других взаимосвязанных отраслей экономик государств-членов, способствующим увеличению добавленной стоимости и

позволяющим достичь ощутимого мультипликативного эффекта и новых точек роста национальных экономик. В частности, это нефтегазохимия, электроэнергетика, транспорт, металлургия, машиностроение и создание инновационных технологий и продуктов и др.

В перспективе указанные факторы обеспечат больше возможностей для развития малого и среднего бизнеса, которые являются движущей силой развития экономики.

Значимость задач по формированию общих рынков энергетических ресурсов обуславливает необходимость совершенствования и гармонизации национальных норм и правил функционирования технологической и коммерческой инфраструктуры общих рынков энергетических ресурсов.

Под гармонизацией законодательства (ст. 2 Договора) понимается сближение законодательства государств-членов, направленное на установление сходного (сопоставимого) нормативного правового регулирования в отдельных сферах. В данном случае речь идет о сходном (сопоставимом) нормативном правовом регулировании, но не об идентичных механизмах правового регулирования, установление которых предусматривается в случае проведения унификации законодательства¹. Таким образом, Договор разделяет понятия гармонизации и унификации законодательства государств-членов.

Помимо общих принципов взаимодействия государств-членов в сфере энергетики, Договором определены принципы и правила доступа к услугам субъектов естественных монополий в нефтегазовой сфере и в электроэнергетике, основы формирования общего электроэнергетического рынка, общего рынка газа и общих рынков нефти и нефтепродуктов Союза.

В соответствии с Договором формирование общих рынков энергетических ресурсов Союза должно осуществляться в три этапа: 1) разработка концепций формирования общих рынков электроэнергии, газа, нефти и нефтепродуктов ЕАЭС, на основе которых 2) будут разработаны соответствующие программы, включающие конкретные мероприятия и подпрограммы по реализации задач создания рынков. При этом мероприятия программ должны быть выполнены по электроэнергетике до 1 июля 2018 г., по газу, нефти и нефтепродуктам — до 1 января 2024 г., по их завершении 3) государства-члены заключат

¹ Под унификацией законодательства в Договоре о Евразийском экономическом союзе понимается сближение законодательства государств-членов, направленное на установление идентичных механизмов правового регулирования в отдельных сферах, определенных Договором о Евразийском экономическом союзе и приложениях к нему (п. 1 ст. 2 Договора)

соответствующие международные договоры о формировании общих рынков газа, нефти и нефтепродуктов ЕАЭС, содержащие, в том числе единые правила доступа к системам транспортировки газа, нефти и нефтепродуктов, расположенным на территориях государств-членов.

Мероприятия первого этапа по разработке и утверждению *концепций формирования общих рынков энергетических ресурсов Союза, выполнены.*

Концепция формирования общего электроэнергетического рынка Союза утверждена главами государств — членов Союза 8 мая 2015 г.¹, Концепция формирования общего рынка газа Союза² и Концепция формирования общих рынков нефти и нефтепродуктов Союза — 31 мая 2016 г.³

В соответствии с утвержденными Концепциями, энергетические компании государств — членов Союза смогут осуществлять поставки электроэнергии, газа, нефти и нефтепродуктов без количественных ограничений по рыночным ценам, формируемым, в том числе на организованных торгах.

Создание равных условий ведения хозяйственной деятельности участниками общих рынков энергетических ресурсов является основой для формирования и развития общих рынков газа, нефти и нефтепродуктов ЕАЭС.

В первую очередь, это создание благоприятных условий для развития добросовестной конкуренции посредством обеспечения равного доступа к общим рынкам и системам транспортировки, на основе недискриминационного и прозрачного распределения между участниками рынков свободных мощностей (технических возможностей) систем транспортировки. Решение указанных задач потребует разработки и принятия единых правил доступа к нефтегазовой и электроэнергетической инфраструктуре, прозрач-

¹ Утверждена Решением Высшего Евразийского экономического совета от 8 мая 2015 г. № 12. URL: https://docs.eaeunion.org/sites/storage1/Lists/Documents/f8f4e93b-b76a-4cd4-ac52-749be776a5b4/8b5c35f4-2929-48f9-b51c-aa042ea9d3b9_12%D0%BA.pdf

² Утверждена Решением Высшего Евразийского экономического совета от 31 мая 2016 г. № 7 О концепции формирования общего рынка газа Евразийского экономического союза / Официальный сайт Евразийской экономической комиссии. URL: <http://www.eurasiancommission.org/>

³ Утверждена Решением Высшего Евразийского экономического совета от 31 мая 2016 г. № 8 О концепции формирования общих рынков нефти и нефтепродуктов Евразийского экономического союза / Официальный сайт Евразийской экономической комиссии. URL: <http://www.eurasiancommission.org/>

ных механизмов определения технических возможностей и свободных мощностей систем транспортировки, правил взаимной торговли.

Ключевой задачей формирования общих рынков электроэнергии, газа, нефти и нефтепродуктов также является внедрение и развитие организованной торговли энергетическими ресурсами, обеспечение равного доступа к биржевым торгам, что позволит развивать конкуренцию на создаваемых рынках и обеспечить прозрачность ценообразования на энергоресурсы. Для решения этой задачи необходимы разработка и принятие согласованного уполномоченными органами Сторон порядка осуществления биржевой торговли.

В рамках функционирования общих рынков, в числе прочего, Концепциями предусмотрено осуществление антимонопольного регулирования в соответствии с международными договорами и актами, составляющими право ЕАЭС.

Одним из важных вопросов является регулирование естественно-монопольного сегмента в газовой и нефтяной отраслях государств-членов.

Сегодня в Армении, Беларуси, Кыргызстане и России доминирующее положение на газовых рынках занимает ПАО «Газпром», который является одновременно и собственником систем газоснабжения (магистральных трубопроводов). В Казахстане эти сферы монополизированы АО «КазТрансГаз».

Транспортировка нефти и нефтепродуктов трубопроводным транспортом во всех государствах-членах является естественно-монопольным видом деятельности. При этом на рынках нефти и нефтепродуктов государств-членов основной объем поставки энергетических ресурсов (в Армению, Беларусь и Кыргызстан) обеспечивается, как правило, несколькими вертикально-интегрированными компаниями (коллективное доминирование Роснефть, Лукойл, Сургутнефтегаз). В Казахстане рынок нефти монополизирован АО «КазМунайГаз».

В частности, Договором (Приложение № 20 к Договору) предусмотрено снижение барьеров доступа на внутренние рынки, в том числе путем обеспечения доступа к услугам субъектов естественных монополий (п. 5 упомянутого протокола).

Между тем, согласно положениям Договора (статьи 83 и 84) государства-члены обеспечивают беспрепятственный доступ к газотранспортным системам и системам транспортировки нефти и нефтепродуктов, расположенным на территориях государств-членов Союза.

Сегодня законодательство государств-членов в сфере обеспечения доступа содержит отдельные положения, которые не позволяют хозяйствующим субъектам других государств-членов получить доступ (право использования систем транспортировки газа, нефти и нефтепродуктов), ограничивают права нерезидентов Российской Федерации по получению доступа к услугам по транспортировке газа, нефти и нефтепродуктов.

Так, например, Договор, заключаемый между сторонами на предоставление услуг по транспортировке нефти по магистральному трубопроводу в соответствии с российскими правилами разрабатывается на основании типовой формы договора, утверждаемой субъектами естественных монополий (в отличие от российских правил, договор на предоставление услуг по транспортировке нефти по магистральному трубопроводу, заключаемый в соответствии с порядком предоставления доступа к услугам по транспортировке нефти в Казахстане, разрабатывается на основании типового договора, утвержденного постановлением Правительства Республики Казахстан).

В целях углубления интеграционных процессов в сфере транспортировки газа, нефти и нефтепродуктов актуальное значение приобретает унификация нормативно-правовых актов государств-членов в сфере недискриминационного доступа к упомянутым системам и разработка единых правил доступа к ним.

При разработке единых правил доступа к услугам по транспортировке газа, нефти и нефтепродуктов необходимо:

1) исключить дискриминационные барьеры при обращении «нерезидентов» в государствах-членах за доступом к услугам по транспортировке энергетических ресурсов;

2) установить порядок учета индикативных (прогнозных) балансов газа, нефти и нефтепродуктов Союза при предоставлении доступа к услугам по транспортировке энергетических ресурсов в государствах-членах;

3) выработать предложения по формированию и использованию графиков транспортировки газа, нефти и нефтепродуктов (с учетом приоритетного обеспечения потребностей государств-членов) при обеспечении доступа хозяйствующих субъектов к услугам по транспортировке энергетических ресурсов по магистральным трубопроводам;

4) унифицировать порядок очередности по предоставлению доступа в систему транспортировки энергетических ресурсов в случае ограниченной технической возможности магистральных трубопроводов;

5) предусмотреть возможность осуществления отправителем своп-операций с целью поставки нефти потребителям (НПЗ);

6) определить единый перечень оснований для отказа в заключении договора на предоставление услуг по транспортировке энергетических ресурсов, а также оснований для приостановления в одностороннем порядке исполнения договора или ограничения объемов транспортировки;

7) учесть возможность создания и применения банка качества продукции при предоставлении доступа к услугам по транспортировке энергетических ресурсов по магистральным трубопроводам.

Поэтому ключевыми задачами и целями принятых Концепций являются развитие рыночных механизмов ценообразования и повышение его прозрачности, обеспечение добросовестной конкуренции и недискриминационного доступа на рынки друг друга для обеспечения свободных поставок энергетических ресурсов в требуемых объемах и направлениях.

Для решения поставленных задач концепциями предусмотрены:

- разработка единых правил доступа к системам транспортировки энергетических ресурсов;

- прозрачное и недискриминационное распределение свободных мощностей газотранспортных систем;

- обеспечение функционирования товарных бирж, включая доступ нерезидентов к торгам, формирование недискриминационных цен на основе биржевых индикаторов и регистрации внебиржевых сделок.

Решение указанных задач будет способствовать развитию конкуренции, увеличению числа участников энергетических рынков, что изменит положение основных игроков, доминирующих на углеводородных рынках государств-членов, и обеспечит активное включение бизнес-структур в процесс демонополизации рынков.

В настоящее время вопросы межгосударственных поставок энергетических ресурсов, включая их транспортировку (транзит), экспорт и формирование цен (в том числе, порядка уплаты и зачисления вывозных таможенных пошлин между государствами-членами) регулируются двусторонними международными договорами (соглашениями), которые, помимо прочего, устанавливают прямые ограничения (квоты) на вывоз/ввоз отдельных групп товаров во взаимной торговле государств-членов.

Договором о Союзе предусмотрено, что указанные соглашения действуют до вступления в силу международного договора о формировании общих рынков нефти и нефтепродуктов.

Создание условий для свободного перемещения нефтегазовых ресурсов на территориях государств-членов и формирования доступных и прозрачных цен на углеводороды на общих рынках открывают возможности для развития малого и среднего бизнеса, которые являются движущей силой развития экономики.

На втором этапе обеспечения формирования общих рынков предполагается разработка и утверждение на уровне глав государств — членов Союза *программ формирования общих рынков энергетических ресурсов*.

Программа формирования общего электроэнергетического рынка Союза Договором о Союзе должна быть утверждена в 2016 году, срок выполнения мероприятий Программы — до 1 июля 2018 г.

По завершении мероприятий Программы государства-члены заключают международный договор о формировании общего электроэнергетического рынка Союза в срок не позднее 1 июля 2019 г.

Программа формирования общего рынка газа Союза и программа формирования общих рынков нефти и нефтепродуктов Союза должны быть утверждены Высшим Советом до 1 января 2018 г. Срок выполнения мероприятий указанных Программ установлен до 1 января 2024 г. По завершению выполнения мероприятий вышеуказанных Программ государства-члены заключают *международные договоры* о формировании общего рынка газа Союза и *общих рынков нефти и нефтепродуктов Союза* — в срок не позднее 1 января 2025 г.

На этом этапе в рамках формирования общих рынков газа, нефти и нефтепродуктов Союза необходимо принять ряд документов, в том числе по таким направлениям, как формирование биржевых товарных рынков государств-членов и единого биржевого пространства, разработка соответствующей правовой основы функционирования рынков, гармонизация национального законодательства государств-членов в сфере энергетики и т.д.

Также необходимо осуществить ряд мероприятий, в частности, по разработке правил доступа к нефтегазовой инфраструктуре, прозрачных механизмов определения технических и свободных мощностей систем транспортировки, а также по установлению правил взаимной торговли.

Отдельного внимания требует работа по выявлению и устранению (минимизации) инфраструктурных ограничений при транспортировке газа, нефти и нефтепродуктов между государствами-членами, а также препятствий, ограничений во взаимной торговле.

На последнем этапе государства-члены заключают *международные договоры* о формировании общих рынков энергетических ресур-

сов, которые должны базироваться на положениях утвержденных концепций и программ формирования общих рынков энергетических ресурсов Союза.

В частности, при формировании общего рынка газа Союза до 2020 г. планируется разработать и согласовать единые правила доступа к газотранспортным системам государств — членов Союза. До 2021 г. главным будет обеспечение функционирования товарных бирж и доступа к газотранспортным системам. Не позднее 1 января 2025 г. предстоит выйти на полноценное функционирование общего рынка со свободными поставками газа между его участниками по рыночным ценам.

Важным также является переход к рыночным механизмам ценообразования на газ, обеспечение свободных поставок газа, как по прямым договорам, так и на биржевых торгах, в требуемых объемах и направлениях, обеспечение доступа участников рынка (поставщиков и потребителей газа) к газотранспортным системам.

Формирование общего рынка газа Союза требует от государств-членов перехода к рыночным механизмам ценообразования в отношении газа на общем рынке газа Союза. В соответствии с Концепцией государства-члены не позднее 1 января 2025 г. должны обеспечить поддержание рыночных цен, обеспечивающих коммерческую рентабельность продажи газа на общем рынке газа Союза, а также принять согласованное решение о переходе к равнодоходным ценам на газ на территориях государств-членов.

В Договоре о Союзе (Приложение № 22) равнодоходные цены на газ определены как оптовые цены на газ, сформированные для удовлетворения внутренних потребностей исходя в том числе из следующих принципов:

— для газодобывающих государств-членов формирование рыночной оптовой цены осуществляется путем вычета из цены продажи газа на внешнем рынке величины пошлин, сборов, налогов, иных платежей, взимаемых в этих государствах, и стоимости транспортировки газа за пределами газодобывающих государств-членов с учетом разницы в стоимости транспортировки газа на внешнем и внутреннем рынках поставщика газа;

— для газопотребляющих государств-членов — рыночная оптовая цена формируется производителем газодобывающего государства путем вычета из цены продажи газа на внешнем рынке пошлин, сборов, налогов, иных платежей, а также стоимости транспортировки газа за пределами газодобывающего государства-члена.

Государства-члены стремятся к достижению равнодоходных цен на газ на территориях всех государств-членов.

Обеспечение государствами-членами мероприятия по поддержанию рыночных цен, обеспечивающих коммерческую рентабельность продажи газа на территориях государств-членов, является условием обеспечения доступа к услугам субъектов естественных монополий в сфере транспортировки газа по газотранспортным системам государств-членов.

В праве Союза, а также в национальном законодательстве государств-членов отсутствуют установленные (согласованные) механизмы (методики) определения коммерческой рентабельности продажи газа на территориях государств-членов.

Необходимыми мероприятиями в вопросе рыночных цен, обеспечивающих коммерческую рентабельность продаж газа на территориях государств-членов, должна стать выработка согласованных всеми государственными органами государств-членов набора критериев, позволяющих сделать заключение о поддержании рыночных цен, обеспечивающих коммерческую рентабельность продаж газа. Данное мероприятие планируется включить в проект программы формирования общего рынка газа Союза.

Формирование общих рынков нефти и нефтепродуктов Союза осуществляется на основе принципа обеспечения недискриминационного ценообразования на нефть и нефтепродукты на основе биржевых торгов и регистрации внебиржевых сделок.

Разработка указанных документов и принятие соответствующих решений направлены на реализацию на Евразийском пространстве масштабных проектов по созданию общих рынков, которые должны обеспечить стабилизацию цен на углеводороды, доступность нефтегазовых ресурсов для потребителей государств-членов и надежность энергоснабжения национальных экономик.

В целях реализации принципов взаимовыгодного сотрудничества и учета интересов всех государств-членов разработка будущих архитектур общих рынков осуществляется при непосредственном участии представителей нефтегазовых компаний, регуляторов, комитетов и государственных комиссий по энергетике, общественных объединений и ассоциаций промышленников и предпринимателей государств-членов.

В результате принятия и реализации Комиссией совместно со Сторонами взвешенных решений по вопросам формирования и запуска общих рынков ожидаемые позитивные социально-экономические эффекты могут быть достигнуты в том числе за счет уве-

личения числа участников общих рынков (рост числа потенциальных компаний-поставщиков) и спроса на газ, а также снижения оптовых цен на газ для разных категорий потребителей (за счет выравнивания доходности поставок с приграничными регионами государств-членов, прежде всего с Российской Федерацией). Кроме того, в газовой сфере планируется расширение рынков сбыта для независимых производителей газа и прирост инвестиций за счет развития газохимии и газификации новых регионов на территориях государств-членов.

Для нефтяной сферы от реализации принимаемых Комиссией совместно со Сторонами документов и решений ожидаемыми будут являться повышение эффективности использования инвестиционного потенциала за счет консолидации финансовых ресурсов и расширение возможностей международной кооперации при экспорте продукции в третьи страны (эффективная совместная деятельность на внешних рынках: согласование ценовой политики, оптимальная логистика при транспортировке нефти и нефтепродуктов в результате использования географического положения и существующих транспортных возможностей, оптимальная загрузка мощностей нефтепереработки).

При формировании общих рынков нефтегазовых ресурсов Союза особое внимание будет уделено обеспечению конкурентной среды, которая является одним из главных условий для установления благоприятных условий ведения компаниями государств-членов хозяйственной деятельности (например, развитие биржевой торговли, обеспечение равного доступа к системам транспортировки энергоресурсов, активное включение бизнес-структур в процесс демонополизации рынков).

§ 2. КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО И ОТРАСЛЕВЫЕ ТОВАРНЫЕ РЫНКИ

А.Н. Варламова

Согласно ст. 8 Конституции в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, поддержка конкуренции и свобода экономической деятельности.

Анализируя принцип «свободы конкуренции», специалисты характеризуют его так: «свободная конкуренция — синоним свободы

выбора, свободы предпринимательства, свободы входа на рынок — неотъемлемая часть конституционно закрепленных экономических свобод человека и гражданина... Конкуренция понуждает предпринимателей к эффективным действиям на рынке, заставляя их предлагать потребителям более широкий ассортимент товаров и услуг по более низким ценам и лучшего качества. При этом «сигналы рынка» без искажений доходят до поставщиков (производителей), позволяя им самостоятельно принимать решения о перераспределении ресурсов в экономически более привлекательные сферы»¹.

В настоящее время сложно представить другую сферу законодательства, которая развивалась бы так же динамично, как конкурентное право. Изменения, вносимые в законодательство о конкуренции, получили названия «пакетных». Принято уже четыре «антимонопольных пакета», при этом каждый «пакет» вносит столь существенные изменения в Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) и иные акты конкурентной направленности, что по объему может быть сравним с самим названным Законом.

Когда мы говорим о развитии конкурентного права, то следует обратить внимание, что данное развитие идет как «вглубь», так и «вширь». Под развитием «вглубь» автор настоящей статьи понимает изменения, которые касаются основных институтов конкурентного права, действующих применительно ко всем товарным рынкам. Под развитием «вширь» подразумевается непосредственное расширение границ конкурентного права в части его «проникновения» на отраслевые товарные рынки.

Именно исследованию распространения конкурентного права на отраслевые товарные рынки и посвящен настоящий параграф.

Отраслевые рынки сильно различаются по особым критериям, в частности по количеству продавцов и покупателей, размеру первоначального капитала, количеству посреднических структур, дифференциации товаров и др.² Совершенно разные ситуации в части структуры рынка имеют место применительно к таким отраслям,

¹ См., например: Конкуренция и антимонопольное регулирование: учебное пособие для вузов / под ред. А.Г. Цыганова. М., 1999. С. 2–3.

² О важности отраслевых особенностей товарных рынков см.: Варламова А.Н. Правовое содействие развитию конкуренции: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 68. Для выявления особенностей конкуренции в сфере медицины необходимо понять ситуацию в отрасли в целом (см.: Медицинское право: учебник для бакалавров / отв. ред. А.А. Мохов. М., 2015; Рубцова М.В. Роль конкуренции на рынке медицинских услуг // Конкурентное право. 2014. № 3).

как электроэнергетика и торговля парфюмерией. В целом, на наш взгляд, понимание конкурентных механизмов в отдельно взятой отрасли невозможно без глубокого анализа самой отрасли.

В современной экономической теории можно выделить различные подходы к анализу рынков и поведения предприятий. Среди них, прежде всего, следует отметить теорию отраслевых рыночных структур, в основе которой лежит так называемая структурная парадигма «структура — поведение — экономическое положение», предполагающая причинно-следственную связь между структурой рынка, поведением фирм и эффективностью функционирования¹.

Фундаментальные условия отрасли определяют структуру рынка, характеризующую рыночную силу участников. К основным параметрам структуры рынка относятся: число и распределение покупателей и продавцов; барьеры входа на рынок для новых предприятий, дифференциация продукта; вертикальная интеграция и диверсификация производства.

Как пишет Б.И. Пугинский, говоря о структуре различных товарных рынков: «Структура товарного рынка представляет собой совокупность объединяемых договорно-хозяйственными связями звеньев, участвующих в продвижении товаров от изготовителей к потребителям... Товарный рынок образуют взаимосвязанные действия изготовителей товаров, оптовых торговых и посреднических организаций по реализации товаров, а также розничных торговых и иных организаций и индивидуальных предпринимателей»².

В связи с особенностями экономической ситуации, существующей на различных рынках, конкурентные отношения также могут и должны отличаться. В связи с этим вряд ли возможно создать совершенно одинаковое для всех товарных рынков правовое регулирование конкурентных отношений. Отраслевая специфика должна учитываться в обязательном порядке. И в последнее время Федеральная антимонопольная служба все больше внимания уделяет именно этому аспекту. Так, если обратиться хотя бы к стимулирующим мерам конкурентного права, а именно к государственным программам поддержки конкуренции, то отраслевой аспект выходит на первый план. Как в государственной программе развития кон-

¹ Шерер Ф.М., Росс Д. Структура отраслевых рынков: учебник. М., 1997. С. 7.

² Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2006. С. 87–88.

курении 2009 г.¹, так и в программе 2012 г.² предусмотрены мероприятия, направленные на становление конкурентных отношений в отдельно взятых отраслях. Согласно программе развития конкуренции в Российской Федерации 2009 г. предусматривалась разработка мер по развитию конкуренции в следующих отраслях: на рынках нефтепродуктов, в сфере авиатопливообеспечения, на рынке газа, в сфере электроэнергетики, в сфере ЖКХ, на рынке минеральных удобрений и сырья для их производства, на агропродовольственных рынках, в сфере розничной торговли, на строительном рынке, на рынке цемента, на рынке коксующегося угля, на рынке энергетического угля, в сфере железнодорожного транспорта.

В соответствии с программой развития конкуренции 2012 г. также предусмотрены меры по развитию конкуренции на отдельных рынках, в частности на рынках лекарственных препаратов, медицинских услуг, авиаперевозок, услуг связи, дошкольного образования, нефтепродуктов, а также в целом в инфраструктурных отраслях, включая естественные монополии: в сферах электросвязи, услуг в аэропортах, на железнодорожном транспорте, в электроэнергетике, услуг в портах, на газовых рынках и в сфере трубопроводного транспорта. Приняты соответствующие программные документы.

Рассмотрим особенности регулирования конкурентных отношений на примере электроэнергетики.

Одной из основных категорий конкурентного права является «доминирующее положение». Количественным критерием, основополагающим для доминирования, является доля рынка, которую занимает хозяйствующий субъект. Согласно Закону о защите конкуренции доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара превышает 50%, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим. Также доминирующим можно признать субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 50%, если

¹ Программа развития конкуренции в Российской Федерации, утв. распоряжением Правительства РФ от 19 мая 2009 г. № 691-р.

² План мероприятий («дорожная карта») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утв. распоряжением Правительства РФ от 28 декабря 2012 г. № 2579-р.

доминирующее положение такого субъекта установлено исходя из ряда качественных критериев. Все вышесказанное является тем «общим» регулированием, которое применяется ко всем товарным рынкам. Однако в Законе о защите конкуренции применительно к определению доминирующего положения имеется и специфика, учитывающая отраслевые особенности рынков. Так, согласно п. 6 ст. 5 названного Закона федеральными законами могут устанавливаться случаи признания доминирующим положения хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 35%.

И такие случаи есть. В электроэнергетике доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, если доля установленной мощности его генерирующего оборудования или доля выработки электрической энергии с использованием указанного оборудования в границах зоны свободного перетока превышает 20% или доля приобретаемой или потребляемой электрической энергии и (или) мощности в границах соответствующей зоны свободного перетока превышает 20%.

В качестве «специальной меры», применяемой в отдельной отрасли, можно выделить *запрет на манипулирование ценами*¹. В Законе о защите конкуренции (ст. 10 и 11) в качестве формы злоупотребления доминирующим положением и ограничивающего конкуренцию соглашения предусмотрено манипулирование ценами. Данный запрет установлен только для одного товарного рынка — рынка электроэнергии.

До появления специальных запретов, действующих исключительно для электроэнергетики, на этом рынке применялись общие механизмы конкурентного законодательства. К таковым можно отнести запрет на злоупотребление доминирующим положением путем установления монопольно высоких (низких) цен, запрет на антиконкурентные соглашения и согласованные действия, направленные на установление или поддержание единых цен, скидок, надбавок и наценок.

Однако указанные общие механизмы не учитывали особенности отношений на рынке электроэнергии и мощности. Специфика рынка этого товара проявляется, в частности, в том, что данный товар невозможно хранить, электроэнергия производится и одно-

¹ О проблемах выявления манипулирования ценами см.: Варламова А.Н., Краснова В.А. Правовые проблемы борьбы с манипулированием ценами на рынке электроэнергии и мощности // Закон. 2014. Март.

временно потребляется, наличие энергии в сети можно определить только с помощью специальных приборов, передача электроэнергии осуществляется исключительно по сетям. Применительно к конкурентным отношениям важнейшей особенностью рынка электроэнергии является то, что при отсутствии большого предложения на рынке, когда генераторов нельзя заменить, то есть при отсутствии конкуренции, даже субъект с небольшой долей может оказать определяющее влияние на формирование цены.

С целью учета отраслевых особенностей рынка электроэнергии и мощности появился специальный запрет, применимый только для данного рынка — запрет на манипулирование ценами. По сути все способы манипулирования можно разделить на две части: манипулирование объемами реализуемой продукции и манипулирование ценами. Что касается манипулирования объемами, то фактически речь идет о незаконном «выводе» с рынка генерирующего оборудования. Например, возможен вывод оборудования в ремонт, изменение объема выработки, изменение оперативных параметров генерирующего оборудования. Если при такой ситуации выводимый объем нечем заменить, то генератор имеет возможность повысить цену на свой товар. Естественно данные действия являются манипулированием, если вывод в ремонт, изменение объемов выработки и другие действия не обусловлены объективными причинами. При втором способе манипулирования происходит подача экономически необоснованных ценовых заявок без «вывода мощностей». Вне зависимости от того, какой способ манипулирования применяется, имеет место определяющее влияние на формирование цены на рынке, поэтому оба варианта подпадают под понятие «манипулирование ценами».

Необходимо понимать, что сами по себе высокие цены на рынке не свидетельствуют о факте манипулирования. Рост цен может быть вызван и вполне объективными причинами, в том числе: ограничением пропускной способности сети; сложившимся дефицитом мощностей на рынке электроэнергии (связанный, например, с сезонными колебаниями, аварией на электростанции).

В Законе о конкуренции 1991 г. запрет на манипулирование ценами на рынке электроэнергии отсутствовал. В Закон о защите конкуренции 2006 г. запрет на манипулирование ценами был введен Федеральным законом от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ.

Согласно ст. 25 Федерального закона от 27 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее — Закон об электроэнергетике), которая так и называется «Антимонопольный контроль на оптовом

и розничных рынках», действует *система регулярного контроля*, имеющая целью предупреждение, выявление, ограничение и (или) пресечение действий (бездействия), которые имеют или могут иметь своим результатом недопущение, ограничение, устранение конкуренции и ущемление интересов субъектов электроэнергетики или потребителей электрической энергии.

Что касается запрещенных действий, которые могут нанести вред конкуренции, то к таковым относятся, в частности, следующие:

- необоснованный отказ от заключения договора купли-продажи электрической энергии;
- необоснованный отказ от заключения договора оказания услуг естественно-монопольного характера при наличии технической возможности;
- создание дискриминационных или благоприятных условий для деятельности отдельных субъектов оптового и розничных рынков;
- создание препятствий доступу к услугам совета рынка и организаций коммерческой и технологической инфраструктур¹;
- возможность манипулировать ценами на оптовом и розничных рынках;
- манипулирование ценами на оптовом и розничных рынках, в том числе с использованием своего доминирующего положения;
- злоупотребление доминирующим положением на оптовом и розничных рынках.

При этом не указано, что контроль осуществляется, если данные действия совершает доминирующий субъект. Таким образом, применительно к перечисленным действиям законодатель определил следующее. Вне зависимости от субъекта, который совершает эти действия (доминант он или нет), данные действия могут нести вред для конкуренции, что видимо и подразумевает законодатель. Если бы не последний абзац о злоупотреблении доминирующим положением на оптовом и розничном рынках, то была бы возможна и другая трактовка.

В Законе об электроэнергетике отдельно указаны объекты антимонопольного контроля: цены; уровень экономической концентрации на оптовом рынке; перераспределение долей (акций) в уставных капиталах субъектов оптового рынка (в том числе путем создания, реорганизации и ликвидации организаций — субъектов оптового рынка) и имущества субъектов оптового рынка; согласо-

¹ См.: Варламова А.Н. Некоммерческое партнерство «Совет рынка» как публичная саморегулируемая организация в электроэнергетике.

ванные действия субъектов оптового или розничных рынков; действия субъектов оптового или розничных рынков, занимающих доминирующее положение на указанных рынках; действия совета рынка и организаций коммерческой и технологической инфраструктуры.

Понятие «объекта антимонопольного контроля» отсутствует в Законе о защите конкуренции. Если установлен запрет на совершение действий доминирующими субъектами, то вполне понятно, что речь идет об анализе этих действий. То же относится и к согласованным действиям. Таким образом, на первый взгляд, выделение объектов антимонопольного контроля бессмысленно. Однако на некоторых объектах контроля стоит остановиться отдельно. Так, в качестве объектов контроля выделены цены. Порядок определения критериев существенного изменения цен (цены) на электрическую энергию и (или) мощность устанавливается Правительством Российской Федерации.

Выделение именно цены в качестве объекта регулирования имеет достаточно серьезное обоснование. При нарушениях в части ценообразования к субъекту применяются различные защитные меры. Согласно ст. 4 Закона об электроэнергетике в отношении субъектов оптового рынка, занимающих доминирующее положение либо манипулирующих ценами на оптовом рынке, могут быть приняты следующие меры: государственное регулирование цен (тарифов); ограничение цен в ценовых заявках; введение ограничения в виде условия о подаче только ценопринимающих заявок; обязательство участника оптового рынка предоставить на оптовый рынок в максимально возможном объеме всю электрическую энергию и мощность, вырабатываемые с использованием принадлежащего ему генерирующего оборудования.

Таким образом, на данном рынке такая специальная мера конкурентного права, как контроль над ценами, действует не только применительно к сферам естественной монополии, но и в случаях, предусмотренных законом (к примеру, в регулируемых договорах, в надбавках гарантирующим поставщикам), и при выявлении нарушений антимонопольного законодательства.

Помимо перечисленных в электроэнергетике есть много других, не менее важных аспектов, на которые существенное влияние оказывает антимонопольный орган. К таковым относятся, в частности, процедура конкурентного отбора мощности, система договорных отношений, регулирование тарифов, саморегулирование, доступ к инфраструктуре.

§ 3. РАЗВИТИЕ КОНКУРЕНТНЫХ ОТНОШЕНИЙ НА РОЗНИЧНЫХ РЫНКАХ ЭЛЕКТРИЧЕСКОЙ ЭНЕРГИИ

О.А. Символоков

1. Основы развития конкуренции на розничных рынках электрической энергии заложены в Основных направлениях реформирования электроэнергетики Российской Федерации¹ (далее — Основные направления), в которых была поставлена цель сформировать эффективные розничные рынки электроэнергии в сфере поставок электроэнергии конечным потребителям, обеспечивающие надежное энергоснабжение потребителей при поэтапном развитии конкуренции. В результате проведения реформы электроэнергетики Российской Федерации прогнозировалось создание конкурентных розничных рынков электроэнергии в секторах производства и сбыта электроэнергии, освобождение государства от выполнения несвойственных ему функций хозяйственного управления конкурентными секторами энергетики. Успешное проведение реформы электроэнергетики было связано с решением задачи по созданию конкурентных рынков электроэнергии во всех регионах России, в которых организация таких рынков технически возможна.

Для достижения целей развития конкуренции на розничных рынках электрической энергии приняты нормативные правовые акты в сфере электроэнергетики, в которых установлены требования для развития конкуренции на розничных рынках электрической энергии². Совокупность этих требований характеризует действующую правовую модель конкурентных отношений на розничных рынках электрической энергии.

¹ Одобрены постановлением Правительства Российской Федерации от 11 июля 2001 г. № 526 «О реформировании электроэнергетики Российской Федерации».

² Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее — Закон № 35-ФЗ); Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об особенностях функционирования электроэнергетики и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об электроэнергетике» (далее — Закон № 36-ФЗ); Основные положения функционирования розничных рынков электрической энергии, утв. постановлением Правительства РФ от 4 мая 2012 г. № 442 (далее — Основные положения функционирования розничных рынков).

Правовая модель конкуренции на розничных рынках электрической энергии базируется на следующих концептуальных требованиях и положениях.

Использование рыночных отношений и конкуренции в качестве одного из основных инструментов формирования устойчивой системы удовлетворения спроса на электрическую энергию при условии обеспечения надлежащего качества и минимизации стоимости электрической энергии отнесено к общему принципу организации экономических отношений в сфере электроэнергетики. При этом указанный принцип должен быть сбалансирован с другим принципиальным положением об обеспечении государственного регулирования деятельности субъектов электроэнергетики¹.

Таким образом, принципиальной основой построения правовой модели экономических отношений в сфере электроэнергетики, в том числе и на уровне розничных рынков электрической энергии, является сочетание рыночных (конкурентных) механизмов и методов государственного регулирования. На законодательном уровне признается невозможность полного отказа от государственного воздействия в сфере электроэнергетики, которая является основой функционирования экономики и жизнеобеспечения.

Общей предпосылкой для формирования конкурентных отношений на розничных рынках электрической энергии служит выделение конкурентных (производство и сбыт электрической энергии) и неконкурентных (передача электрической энергии, оперативно-диспетчерское управление в электроэнергетике) видов деятельности, а также установление неабсолютного запрета на совмещение конкурентных и неконкурентных видов деятельности в сфере электроэнергетики².

Следовательно, конкуренция на розничных рынках электрической энергии допускается в сфере производства (генерации) электрической энергии (конкуренция производителей) и в сфере приобретения и продажи электрической энергии (сбыт) (конкуренция сбытовых организаций). Кроме того, отдельной конкурентной сферой является оказание услуг (ремонт и т.п.).

Основная роль в развитии конкуренции отведена сбытовой деятельности (конкуренция поставщиков). Сбытовая деятельность на розничных рынках электрической энергии осуществляется поставщиками электрической энергии: энергосбытовыми организациями,

¹ Статья 6 Закона № 35-ФЗ.

² Статья 6 Закона № 36-ФЗ.

гарантирующими поставщиками, производителями электрической энергии, не имеющими права на участие в оптовом рынке электрической энергии.

Что касается производителей электрической энергии, то их большая часть действует на оптовом рынке и, соответственно, о конкуренции с участием представителей генерации на уровне розничного рынка можно говорить условно. Производители электрической энергии на розничных рынках не могут оказывать существенное влияние на усиление конкуренции в силу незначительных объемов электрической энергии, вовлекаемой в оборот, или регулирования со стороны государства.

Определяющее влияние на конкуренцию на розничных рынках электрической энергии оказывают гарантирующие поставщики, которые занимают особое место среди поставщиков электрической энергии.

Наличие на розничных рынках гарантирующих поставщиков образует основу системы надежного обеспечения потребителей электрической энергии (гарантирующие поставщики заключают публичные договоры с потребителями электрической энергии¹) в сочетании с надежной схемой энергоснабжения и выполнением всех требований правил технической эксплуатации электростанций и сетей².

При этом каждый гарантирующий поставщик функционирует на определенной территории (в границах зоны деятельности), которая может совпадать с территорией субъекта Российской Федерации или составлять ее часть в случае, когда на территории одного субъекта Российской Федерации допускается деятельность нескольких гарантирующих поставщиков, но не должна пересекать границы зоны деятельности другого гарантирующего поставщика³.

Правовая модель конкуренции на розничных рынках электрической энергии включает и порядок ценообразования. Вопросы развития конкуренции на розничных рынках необходимо рассматривать через призму ценообразования. Главная особенность ценообразования на розничном рынке состоит в том, что розничная цена электрической энергии — это совокупность различных элементов, свя-

¹ См.: Городов О.А. Купля-продажа (поставка) электроэнергии и энергоснабжение на розничных рынках электроэнергии // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 6: сб. науч. ст. / под ред. В.Ф. Попондопуло, Д.Ф. Нефедова. М., 2007. С. 109.

² Пункт 2 статьи 38 Закона № 35-ФЗ.

³ Пункт 3 статьи 38 Закона № 35-ФЗ.

занных с затратами на осуществление всех видов деятельности в сфере электроэнергетики как конкурентных, так и монопольных, включая оптовый рынок электрической энергии. С учетом того, что монопольные виды деятельности оплачиваются по ценам (тарифам), регулируемым государством, конечная цена всегда будет включать регулируемый (неконкурентный) компонент. Кроме того, объем нерегулируемого компонента увеличивается за счет регулируемых цен (тарифов), применяемых при осуществлении конкурентных видов деятельности. В структуру розничной цены электрической энергии могут входить и нерегулируемые компоненты, формируемые на оптовом и розничном рынках за счет свободных (нерегулируемых) цен. Несмотря на то, что производство и сбыт электрической энергии признаются конкурентными видами деятельности, реализация их конкурентного потенциала обусловлена преимущественно свободным (нерегулируемым) ценообразованием.

Необходимо остановиться и на таком элементе действующей правовой модели конкуренции на розничных рынках электрической энергии как прямая зависимость конкуренции на розничных рынках от конкуренции на оптовом рынке электрической энергии (трансляция эффектов оптового рынка).

Закрепление в Законе № 35-ФЗ целой группы поставщиков электрической энергии в совокупности с предоставлением потребителям электрической энергии свободного выбора поставщика по договорам купли-продажи и договорам поставки электрической энергии (абз. 3 п. 2 ст. 37 Закона № 35-ФЗ) и гарантиями недискриминационного доступа к технологической инфраструктуре формально создает правовую основу для формирования конкуренции на розничных рынках электрической энергии.

Вместе с тем на уровне подзаконного регулирования устанавливаются специальные положения, препятствующие реализации потребителями своего права на свободный выбор поставщика, что оказывает отрицательное влияние на состояние и уровень конкуренции в сфере розничной торговли электрической энергией¹.

2. Российские розничные рынки электрической энергии не являются открытыми. Потребители не могут свободно выбирать поставщиков электрической энергии. Современный розничный рынок электрической энергии построен на основе главной роли гаранти-

¹ См. п. 31, 49, 50, 85 Основных положений функционирования розничных рынков; Коротоножкин С.Н. Правовые проблемы ценообразования на розничном рынке электроэнергии // Предпринимательское право. 2010. № 4. С. 30.

рующего поставщика. По сути это монополист. Однако сфера деятельности гарантирующего поставщика — поставка электрической энергии, то есть деятельность, отнесенная к конкурентной.

Применение действующей правовой модели конкуренции на розничных рынках электрической энергии привело к монополизму гарантирующих поставщиков и отсутствию реальной свободы выбора поставщика (в регионах доминируют гарантирующие поставщики с долей свыше 70%; очередные конкурсы на получение статуса гарантирующего поставщика отменены; гарантирующему поставщику предоставлено преимущественное право выхода на оптовый рынок; монопольное использование гарантирующим поставщиком единой группы точек поставки).

Таким образом, правовая модель конкуренции на розничных рынках электрической энергии условно¹ может быть названа как модель законодательного сдерживания и ограничения конкуренции или как модель легальной монополии².

Такая модель расходится с теми целями, которые были сформулированы в Основных направлениях, но именно эта правовая модель применяется и оказывает влияние на состояние конкуренции на розничных рынках электрической энергии. В этом смысле то состояние конкуренции, которое достигнуто на розничных рынках электрической энергии укладывается в действующую правовую модель конкуренции на розничных рынках и соответствует ей. Конкуренция на розничных рынках электрической энергии зависит от используемой правовой формы.

Таким образом, одной из основных причин, ограничивающих формирование полноценных конкурентных отношений на розничных рынках электрической энергии, следует признать несовершенство действующей правовой модели конкуренции в этой сфере.

¹ Р.Ф. Хашукаев верно отмечает, что «выделяемые в экономической литературе типы рынков (с точки зрения конкуренции на них) — чистой конкуренции, монополии, монополистической конкуренции, дуополии, олигополии и т.п. не поддаются адекватной юридической трактовке» (Хашукаев Р.Ф. Государственно-правовое регулирование конкуренции на товарных рынках Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 9.).

² В.И. Еременко использует термин «легальная монополия» в отношении монополии, основанной на исключительных правах (интеллектуальной собственности) (Еременко В.И. Правовое регулирование конкурентных отношений в России и за рубежом: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001. С. 9.). Полагаем, что указанный термин вполне применим и к гарантирующему поставщику, учитывая те преимущества, которые ему предоставлены, и его долю на розничном рынке электрической энергии.

3. Многие авторы указывают на необходимость открытия розничных рынков для конкуренции и внесения соответствующих изменений в законодательство об электроэнергетике¹. Необходимость в таких изменениях признается и на уровне регуляторов, о чем свидетельствует наличие программ и планов, направленных на развитие конкуренции в сфере электроэнергетики, в том числе предусматривающих в качестве специального направления развитие конкуренции на розничных рынках электрической энергии².

Согласно Плану мероприятий по развитию конкуренции в электроэнергетике Российской Федерации³ предусмотрена подготовка концепции формирования конкурентной модели розничных рынков электрической энергии, которая должна включать: план-график подготовки и принятия нормативных правовых актов, необходимых для ее реализации; оценку социально-экономических последствий реализации предлагаемых мероприятий; меры по улучшению конкурентной среды на розничных рынках, в том числе посредством обеспечения возможности регистрации единой группы точек поставки на территории субъекта Российской Федерации, расширения сферы применения современных инструментов биржевой торговли на розничных рынках, облегчения процедуры смены потребителем энергосбытовой компании, повышения прозрачности ценообразования на электрическую энергию на розничном рынке, введения сопоставимых требований к гарантирующим поставщикам и независимым энергосбытовым компаниям в части применяемых ими систем учета, а также налагаемых на них финансовых обязательств, включая механизм финансовых гарантий.

В настоящее время ФАС России также разработан проект Указа президента Российской Федерации «Об основных направлениях государственной антимонопольной политики», которым будет утвержден Национальный план развития конкуренции на 2017–

¹ См.: Редькин И.В. Правовое регулирование электроэнергетики в России в условиях завершения переходного периода реформирования // Энергетическое право и энергоэффективность в Германии и России / под ред. Б. Хольцнагеля, Л.В. Санниковой. М., 2013. С. 58; Свирков С.А. Основные проблемы гражданско-правового регулирования оборота энергии. М., 2013. СПС «КонсультантПлюс»; Трачук А.В. Реформирование электроэнергетики и развитие конкуренции. М., 2010.

² См.: Бондаренко А.Б. Состояние и перспективы правового регулирования отраслей ТЭК России // Энергетическое право. 2015. № 2. С. 15–20.

³ Распоряжение Правительства РФ от 17 марта 2014 г. № 379-р // СЗ РФ. 2014. Ст. 1337.

2018 гг.¹, предусматривающий проведение анализа законодательства РФ на предмет наличия норм, ограничивающих конкуренцию. Реализация закрепленной в законодательстве об электроэнергетике правовой модели развития конкуренции на розничных рынках, свидетельствующая о недостаточном уровне конкуренции, обосновывает необходимость включения в предлагаемый ФАС России Национальный план развития конкуренции мероприятий по анализу законодательства об электроэнергетике на предмет устранения законодательных ограничений формирования конкурентных отношений на розничных рынках электрической энергии.

Основными прогнозируемыми направлениями совершенствования правовой модели развития конкуренции на розничных рынках электрической энергии могут быть следующие.

Развитию правовых основ конкуренции на розничных рынках электрической энергии должно способствовать изменение монопольной структуры розничного рынка на конкурентную², формирование рынка покупателя, в котором продавцы конкурируют между собой в условиях ограниченного спроса покупателей, для чего необходимо открыть розничные рынки для конкуренции за счет увеличения числа конкурентоспособных поставщиков³.

Таким образом, главным направлением совершенствования правовой модели развития конкуренции на розничных рынках должно стать предоставление потребителям действительной свободы выбора поставщика, электрической энергии, в первую очередь за счет преодоления монополизма гарантирующего поставщика и предоставления независимым энергосбытовым организациям свободного доступа на розничный и оптовый рынки электрической энергии.

Ценная идея для понимания сущности конкурентных отношений и выработки направлений по их развитию высказана и обоснована А.Н. Варламовой, полагающей, что законодательство о защите конкуренции должно учитывать особенности отрасли экономики и включать, когда это необходимо, специальные нормы⁴.

¹ URL: <http://www.vedomosti.ru/economics/articles/2016/08/05/651862-fas-hochet-sledit-drugimi-vedomstvami>

² См.: Агаев Р.Г. Правовое регулирование антимонопольной политики: теоретико-организационные аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1994. С. 6.

³ См.: Варламова А.Н. Правовое обеспечение развития конкуренции: учебное пособие. М., 2010; Свирков С.А. Гарантии прав и законных интересов потребителей энергии в энергетическом законодательстве // *Lex russica*. 2015. № 5. С. 110–116.

⁴ См.: Варламова А.Н. Отраслевой аспект в конкурентном праве // *Конкурентное право*. 2015. № 3. С. 3–7.

Конкуренция не может развиваться по единым правилам во всех сферах экономической деятельности. То, что для одной сферы будет недопустимым, для другой является нормой. Характер экономической деятельности предопределяет особенности конкурентных отношений, что должно получить отражение в законодательстве о защите конкуренции в соответствующей сфере деятельности. В этом смысле электроэнергетика как отрасль экономики обладает отраслевыми признаками конкуренции.

Развивая мысль об отраслевом аспекте в конкурентных отношениях, необходимо обратить внимание, что соответствующая отрасль экономики неоднородна и может включать различные отношения. В электроэнергетике это отношения на оптовом и розничном рынке. Поэтому должна быть предпринята дальнейшая дифференциация конкурентных отношений. Конкуренция на оптовом и розничном рынках обладает своими особенностями. Не все механизмы конкуренции оптового рынка применимы на розничных рынках. Конкуренция на розничных рынках электрической энергии имеет свои признаки, что создает условия для формирования самостоятельных конкурентных отношений независимых от конкуренции на оптовом рынке и служит фактической основой для специального правового регулирования в этом сегменте рынка электрической энергии.

В связи с этим отраслевые особенности конкуренции на розничных рынках обосновывают и такое направление совершенствования правовой модели конкуренции на розничных рынках электрической энергии, как формирование самостоятельных и независимых от оптового рынка правовых механизмов (создание коммерческой инфраструктуры розничных рынков¹; оптимизация коммерческого учета электрической энергии²; предоставление производителям права реализовывать электрическую энергию в большем объеме непосредственно на розничных рынках).

Важным направлением совершенствования правовой модели конкуренции на розничных рынках электрической энергии является оптимизация функций энергетических регуляторов.

В ЕС принято три энергетических пакета. При этом принятие каждого последующего пакета было связано с необходимостью

¹ См.: Редькин И.В. О концептуальных проблемах и задачах правового регулирования рынка электроэнергии // Закон. 2015. № 1. С. 52, 53; Коршунова Л.А., Кузьмина Н.Г., Кузьмина Е.В. Структурные преобразования в электроэнергетике России // Вестник науки Сибири. 2011. № 1 (1). С. 490.

² См.: Свирков С.А. Основные проблемы гражданско-правового регулирования оборота энергии. М., 2013. СПС «КонсультантПлюс».

устранения недостатков предыдущих, в частности, с недостижением необходимого уровня конкуренции на розничных рынках. Одним из направлений, обеспечивающих развитие конкуренции в ЕС согласно третьей электроэнергетической директиве, стало создание одного энергетического регулятора и усиление его роли, что предполагает наделение его соответствующими (в том числе дополнительными) полномочиями¹.

При этом в ст. 36 Третьей электроэнергетической директивы закреплено, что деятельность энергетических регуляторов по достижению целей их деятельности «должна осуществляться в тесном сотрудничестве с другими национальными органами власти, и прежде всего с органами по защите конкуренции»².

В РФ регулятивные полномочия разделены между несколькими государственными органами: Минэнерго, ФАС, Ростехнадзор, Росимущество. При этом утверждение тарифов осуществляется не Минэнерго России, а ФАС России. Регулирование отношений в сфере энергетики, включает тарифное регулирование и должно осуществляться Минэнерго России. Именно так осуществляется регулирование в ЕС. Энергетический регулятор осуществляет утверждение и корректировку тарифов и/или методологий их расчета³.

Важное значение для развития конкуренции на рынках электрической энергии имеет совершенствование правовых средств антимонопольного регулирования, под которыми понимаются «предусмотренные антимонопольным законодательством и выраженные в определенной форме способы и меры воздействия на рыночные отношения, которые применяются компетентным государственным органом в целях поддержки и охраны конкуренции»⁴.

«Действие конкуренции требует ... прежде всего соответствующей правовой системы. Законодательство должно быть специально сконструировано для охраны и развития конкуренции»⁵.

Совершенствование правового регулирования может оказать влияние на состояние конкуренции на розничных рынках электри-

¹ См.: Селиверстов С.С., Гудков И.В. Энергетическое право Европейского союза. М., 2014. С. 137–141.

² См.: Селиверстов С.С., Гудков И.В. Указ. соч. С. 139. (Автор главы — С.С. Селиверстов).

³ См.: Селиверстов С.С., Гудков И.В. Указ. соч. С. 139. (Автор главы — С.С. Селиверстов).

⁴ Тотьев К.Ю. Правовые проблемы ограничения монополистической деятельности на товарных рынках: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1995. С. 14.

⁵ Хайек Ф. Дорога к рабству. М., 1992. С. 35.

ческой энергии, и в целом законодательное регулирование конкуренции на розничных рынках электрической энергии должно быть отнесено к базовым условиям, оказывающим влияние на ее формирование. Однако необходимо учитывать, что правовое регулирование конкуренции в сфере электроэнергетики должно быть связано с технологическими процессами производства, передачи и потребления электрической энергии.

§ 4. ПРОБЛЕМЫ ТОЛКОВАНИЯ ПОНЯТИЯ «ОГРАНИЧЕНИЕ КОНКУРЕНЦИИ» В СФЕРЕ ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПОК

О.А. Беляева

Принято считать, что в Российской Федерации из всех известных источников (форм) права в основном применимы такие источники, как нормативный правовой акт, нормативный договор, общие принципы права и правовой обычай. Каждый из этих видов источников имеет разное значение, несовпадающий объем и сферу применения¹.

Принципы права как его основные идеи демонстрируют наибольший уровень проявления неопределенности в праве. Принципы права в самом общем виде призваны отразить закономерности общественной жизни, преобразовав их в основу содержания права. Однако без типизации и обобщения конкретных жизненных обстоятельств, перевода их на уровень общих и неопределенных нормативных предписаний это сделать невозможно. Данное обстоятельство придает принципам права качество «центров» правового регулирования².

В законодательстве о публичных закупках закреплено немало принципов. В частности, согласно п. 2 ч. 1 ст. 3 Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц (далее — Закон о закупках) заказчик должен руководствоваться принципом отсутствия дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Схожим образом в соответствии с ч. 2

¹ Теория государства и права: учебник для юридических вузов / А.И. Абрамова, С.А. Боголюбов, А.В. Мицкевич и др.; под ред. А.С. Пиголкина. М., 2003. СПС «КонсультантПлюс».

² Власенко Н.А. Неопределенность в праве: природа и формы выражения // Журнал российского права. 2013. № 2. СПС «КонсультантПлюс».

ст. 8 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» заказчиком, специализированным организациям, их должностным лицам, комиссиям по осуществлению закупок, членам таких комиссий, участникам закупок запрещается совершение любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок.

Казалось бы, в соблюдении подобных принципов при осуществлении закупок нет ничего плохого, ведь обращение к ним позволяет восполнить пробелы и преодолеть правовую неопределенность. Однако на практике оказалось так, что принципы закупки превратились в нормы прямого действия, а их толкование привело к выхолащиванию состязательности как конститутивного признака закупочной процедуры.

Причем нормы-принципы, на наш взгляд, это опасный инструмент в руках правоприменителя, поскольку инкриминировать несоблюдение принципа можно любому субъекту и в отношении любых его действий. Например, если заказчику необходимо следовать принципу отсутствия необоснованных ограничений конкуренции, уместно ли предположить, что обоснованные ограничения Закон о закупках допускает? Кто может принять решение об обоснованности подобных ограничений и на каком основании? Практика изобилует такими примерами, когда необоснованным ограничением конкуренции признавались требования к опыту работы участника закупки¹, описание объекта закупки², проведение закупки неконкурентным способом³.

Ф.А. Тасалов не без оснований формулирует вывод о размытости принципа обеспечения конкуренции и правовых гарантий его реализации в российском законодательстве⁴. Но здесь важно понимать, что основной задачей Закона о закупках является не столько обеспечение максимально широкого круга участников закупки, сколько выявление в результате закупочных процедур лица, исполнение

¹ См.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 13 апреля 2016 г. № Ф09-2181/16 по делу № А76-12515/2015.

² См.: Решение Арбитражного суда Приморского края от 17 июня 2014 г. по делу № А51-9605/2014.

³ См.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 27 мая 2015 г. № Ф03-1673/2015 по делу № А24-3936/2014.

⁴ Тасалов Ф.А. Принцип развития конкуренции в контрактных системах России и США: понятие, значение, гарантии реализации // Закон. 2014. № 5.

договора которым в наибольшей степени будет отвечать потребностям заказчика и целям эффективного использования денежных средств в условиях добросовестной конкуренции.

Процедура закупки и договор, заключаемый по ее итогам, представляют собой два разных юридических состава. Хотя составы эти взаимообусловлены, поскольку цель процедуры закупки состоит в выявлении оптимальных условий договора, предлагаемых конкретным лицом (победителем), договор же, в свою очередь, базируется именно на этих условиях. Отправной точкой для возникновения юридического состава закупочной процедуры выступает извещение о ее проведении, окончание юридического состава оформление протокола о результатах закупки. Хотя протокол — не самоцель закупки, а необходимая предпосылка заключения договора, т.е. средство достижения другой цели.

Необходимо подчеркнуть, что закупочная процедура — это только способ заключения договора, возможность исполнения условий договора напрямую не связана с обстоятельствами, имевшими место при проведении процедуры его заключения. Предположим, участник, предложивший наилучшие условия исполнения договора, может впоследствии не выполнить своих обязательств либо выполнит их ненадлежащим образом. Равным образом возможна и обратная ситуация. Конкурентная закупка на право заключения договора может не проводиться вовсе, т.е. критерии выбора контрагента инициатором заключения договора могут не устанавливаться, что тем не менее не создает каких-либо препятствий для надлежащего исполнения условий такого договора. Это объясняется тем, что цель закупочной процедуры состоит в определении лица, которое с наибольшей степенью *вероятности* исполнит договор, само же исполнение договора образует уже иной юридический состав.

В части 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции установлен запрет на совершение при проведении торгов действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе на создание участнику торгов, запроса котировок, запроса предложений или нескольким участникам торгов, запроса котировок, запроса предложений преимущественных условий участия в торгах. Причем данный запрет касается всех процедур закупки, проводимых в соответствии с Законом о закупках (ч. 5 ст. 17 Закона о защите конкуренции)

Ни в юридической науке, ни в судебно-арбитражной практике до настоящего времени не сложилось единообразного понимания термина «преимущественные условия участия в торгах». В связи

с этим целесообразно с помощью известных юридической науке и практике способов толкования правовых норм представить такую их интерпретацию, которая обеспечит максимальную точность смысла применяемых норм. Для этих целей следует использовать грамматический (языковой, филологический) способ толкования, он является базовым; логический и систематический способы толкования — для уяснения смысла нормы в контексте других норм.

Слово «преимущество» трактуется в толковых словарях русского языка как «качество, дающее кому-либо, чему-либо перевес над кем-либо, чем-либо», «превосходство в сравнении с кем-нибудь или чем-нибудь другим», «привилегия»¹. Иными словами, преимущество может быть установлено только в сравнительном аспекте, следовательно, применительно к торгам (а равно и иным способам закупки) преимущество — это отступление от начал равенства участников.

Таким образом, создание участнику торгов преимущественных условий участия в торгах может быть истолковано как неправомерный допуск к участию в конкурсном или аукционном соревновании лица, не соответствующего требованиям, установленным в документации о торгах; вследствие этого возможное неправильное определение победителя торгов². Равным образом неправомерное отклонение организатором торгов заявки участника торгов (недопуск к участию в торгах) создает преимущественные условия участия в торгах для других лиц. Таким образом, для целей толкования нормы п. 2 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции неправомерный допуск к участию в торгах и неправомерный отказ в допуске к участию в торгах являются тождественными понятиями и означают создание кому-либо преимущественных условий участия в торгах.

С учетом изложенного организатор торгов может воспользоваться своим правом на отклонение заявки претендента на участие в торгах только при наличии для этого оснований, предусмотренных документацией о торгах. Если таких оснований не имеется, произвольное (не основанное на положениях документации о

¹ См. Новый толково-словообразовательный словарь русского языка / под ред. Т.Ф. Ефремовой. М., 2000; см. также: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1993.

² См.: Беляева О.А. О пределах применения антимонопольного законодательства в гражданских правоотношениях // Комментарий практики рассмотрения экономических споров (судебно-арбитражной практики) / под ред. В.Ф. Яковлева. М., 2015. Вып. 21. С. 159–175.

торгах) отклонение заявки может означать нарушение части 6 статьи 3 Закона о закупках и п. 2 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем, в описанной ситуации допустимо говорить лишь о предположительном несоблюдении требований п. 2 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции конкуренция — это соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Таким образом, Закон о защите конкуренции нацелен на обеспечение эффективного функционирования товарных рынков. В свою очередь, товарный рынок — это сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность (либо целесообразность) отсутствует за ее пределами.

Согласно п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции признаками ограничения конкуренции являются:

- сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке;
- рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке;
- отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке;
- определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке.
- иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, а также установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организация-

ми, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации.

Следовательно, вывод о том, что действия организатора торгов приводят или могут привести к ограничению конкуренции, должен базироваться на анализе товарного рынка, который, в свою очередь, должен быть проведен антимонопольным органом в соответствии Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220.

Так, Арбитражный суд Республики Татарстан в решении от 23 апреля 2013 г. по делу № А65-1633/2013 справедливо отметил, что антимонопольный орган должен представить суду доказательства, свидетельствующие об установлении им признаков нарушения антимонопольного законодательства, указать временные, территориальные, продуктовые границы рынка, на котором было допущено правонарушение.

Единообразие в толковании норм Закона о защите конкуренции было также установлено в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2009 г. № 15956/08. Согласно данному постановлению существенной частью доказывания нарушения конкуренции является определение соответствующего товарного рынка в его продуктовых, географических и уровневых границах, проведения анализа его состояния¹.

Таким образом, обвинения в установлении необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки должны основываться на результатах расследования дела о нарушении антимонопольного законодательства, проведенного в порядке, установленном главой 9 Закона о защите конкуренции. В рассмотренных выше ситуациях (установление требований и их применение непосредственно при проведении процедуры закупки) понятие «ограничение конкуренции» должно истолковываться в том смысле, который придает ему ст. 4 Закона о защите конкуренции.

¹ См. подробнее: Беляева О.А. Закупки по 223-ФЗ: комментарии, разъяснения, практика. М., 2014. С. 48–50. О предположительно возможном нарушении требований ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции см. также постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 6 ноября 2014 г. № Ф03-4277/2014 по делу № А80-486/2013.

§ 5. ГОСОБОРОНЗАКАЗ: ПРЕДЕЛЫ КОНКУРЕНЦИИ

В.И. Кузнецов

Соперничество субъектов экономической деятельности в сфере государственного оборонного заказа (далее — ГОЗ) объективно и как таковое неизбежно генерирует конкуренцию товаров и услуг в этой области. Конкуренция, то есть соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке, является объектом защиты государства и обеспечивается законодательно установленными мерами. Законодательство, регулирующее закупочную деятельность государства в сфере обеспечения обороны и безопасности Российской Федерации, насыщено особыми правилами доступа потенциальных поставщиков к поставкам. Тем самым конкурентная борьба между ними, являющаяся одним из условий обеспечения качества продукции и оптимизации ее цены, нормативно ограничивается. Проблема состоит в том, чтобы определить оптимальные границы конкурентных ограничений.

Сфера государственных закупок в целях обеспечения обороны и безопасности Российской Федерации определена в Федеральном законе от 29.12.2012 № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе»¹ (далее — Закон № 275-ФЗ). Согласно п. 2 ст. 4 названного Закона в состав государственного оборонного заказа (далее — ГОЗ) могут включаться:

1) научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы по созданию, модернизации вооружения, военной и специальной техники, а также утилизации и уничтожению выводимых из эксплуатации вооружения, военной и специальной техники;

2) научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы по развитию исследовательской, проектно-конструкторской и производственно-технологической базы организаций в целях обеспечения выполнения государственного оборонного заказа, а также повышения мобилизационной подготовки экономики Российской Федерации;

3) поставки вооружения, военной и специальной техники, а также сырья, материалов и комплектующих изделий;

¹ СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. I). Ст. 7600.

4) поставки военного имущества, продовольственных и непродовольственных товаров;

5) ремонт, модернизация вооружения, военной и специальной техники, их сервисное обслуживание, а также утилизация выводимых из эксплуатации вооружения, военной и специальной техники;

6) работы по уничтожению химического оружия;

7) работы по строительству, реконструкции, техническому перевооружению объектов, предназначенных для нужд обеспечения обороны и безопасности Российской Федерации, в том числе для утилизации выводимых из эксплуатации вооружения, военной и специальной техники;

8) работы по мобилизационной подготовке экономики Российской Федерации;

9) поставки продукции в области военно-технического сотрудничества Российской Федерации с иностранными государствами в соответствии с международными обязательствами Российской Федерации;

10) поставки продукции для накопления материальных ценностей государственного материального резерва;

11) иные определенные в программных и плановых документах, а также в решениях Президента РФ и Правительства РФ, поставки продукции в целях обеспечения обороны и безопасности Российской Федерации.

Другими словами, приведенный список не является исчерпывающим, а разнообразие оборонных задач дает возможность привлекать к выполнению оборонных заданий весьма широкий круг поставщиков.

Отношения в сфере ГОЗ регулируются в соответствии с Бюджетным кодексом РФ, ГК РФ, Законом № 275-ФЗ, федеральными законами в области обороны и безопасности Российской Федерации, поставок продукции для обеспечения федеральных нужд, законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, а также принимаемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. При этом положения федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, касающиеся предмета регулирования Закона № 275-ФЗ, применяются в части, не противоречащей названному Закону.

Институт конкуренции, как и любой публичный институт, нуждается в упорядочении. Государство вправе законодательно уста-

навливать правила ее осуществления. Закон № 275-ФЗ предусматривает защиту конкуренции путем ограничения доминированием и посредством регулирования порядка размещения заказов оборонного заказа.

Следует отметить, что появление возможности доминирования на рынке не что иное, как результат бездумного разрушения военно-промышленного комплекса страны, начавшегося в 80-х годах прошлого столетия. В результате вместо здоровой конкурентной борьбы возникли такие негативные явления, как коррупция в сфере производства вооружений и военной техники, исчезновение квалифицированного персонала как в оборонной промышленности, так и в государственных органах, в ведении которых находился заказ вооружения и военной техники.

Законодатель, допуская в принципе доминирование в сфере ГОЗ, в ст. 14 названного Закона закрепляет особые антимонопольные требования, направленные на недопущение злоупотребления доминирующим положением. По существу данный запрет устанавливает границы конкурентной борьбы на рынке

Названному запрету корреспондируют нормы ст. 5 и 10 Закона о защите конкуренции¹. В первом случае установлены общие условия признания хозяйствующего субъекта доминирующим на товарном рынке. Во втором — закреплены виды злоупотреблений доминирующим положением, к которым относятся:

- 1) установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;
- 2) изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;
- 3) навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (экономически или технологически не обоснованные и (или) прямо не предусмотренные федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав), а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования;
- 4) экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар име-

¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

ется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также если такое сокращение или такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

5) экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

6) экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом;

7) установление финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги;

8) создание дискриминационных условий;

9) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;

10) нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования;

11) манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

Способом ограничения конкуренции выступает применение государственными заказчиками оборонного заказа непрозрачных процедур закупок товаров и услуг.

Конкурсные формы размещения заказов (торги) являются мерой поддержки конкуренции. Однако не во всех случаях торги выступают оптимальным способом выбора контрагента для заключения договора. Необходимыми предпосылками использования механизма торгов должны быть три составляющие:

а) достаточный уровень конкуренции между потенциальными контрагентами заказчика торгов;

б) относительно крупная сумма договора, разыгрываемого на торгах;

в) достаточные сроки для проведения самой процедуры торгов.

Иными словами, проводить торги по договорам, сумма которых незначительна, по договорам, требующим срочного заключения, а равно при невысокой конкуренции (как и в отсутствие таковой) нецелесообразно¹. Отмеченные О.А. Беляевой обстоятельства могут служить общими границами конкуренции в сфере ГОЗ.

Размещение государственного оборонного заказа согласно ст. 6 Закона № 275-ФЗ осуществляется в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд. При этом Закон № 275-ФЗ предусматривает ряд особенностей, которые следует учитывать при выборе способа размещения заказа.

Следует отметить, что Закон № 275-ФЗ разрешает использовать как конкурентные, так и неконкурентные способы размещения заказа. А.С. Тихомиров предлагал выделить в составе ГОЗ две составные части по критерию возможности закупки товаров и услуг при отсутствии функционирующего рынка и на функционирующем рынке². Закупки у единственного поставщика (п. 6 ст. 6 Закона № 275-ФЗ) и закупки по квотам обязательных поставок (п. 7 ст. 6 Закона № 275-ФЗ) и следует отнести к первому из отмеченных случаев.

Единственный поставщик (исполнитель, подрядчик), определяется законодательными актами Российской Федерации³ и актами Президента Российской Федерации⁴, актами Правительства Российской Федерации. Однако данные акты не являются волевыми реше-

¹ Беляева О.А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 5.

² См. подробнее: Тихомиров А.С. Институт государственного и муниципального заказа в административном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 6.

³ См., например: Статья 93 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652; ст. 13 Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» // СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6078.

⁴ См., например: Определение акционерного общества «ГЛОНАСС» единственным исполнителем закупки работ по созданию и эксплуатации системы контроля за автомобильными и железнодорожными перевозками, предусматривающей применение средств идентификации (пломб), функционирующих на основе технологии ГЛОНАСС. Указ Президента РФ от 1 января 2016 г. № 1 «О мерах по обеспечению экономической безопасности и национальных интересов Российской Федерации при осуществлении международных транзитных перевозок грузов с территории Украины на территорию Республики Казахстан через территорию Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 215.

ниями органов власти. Их воля ограничена закрепленным в Законе № 275-ФЗ условием, согласно которому определение организации единственным поставщиком возможно в случае, если государственный оборонный заказ обеспечивает уровень прибыли при расчете цены на поставляемую продукцию по государственному оборонному заказу¹.

Также обязательны для принятия государственными унитарными предприятиями и (или) иными организациями, занимающими доминирующее положение на товарном рынке продукции по государственному оборонному заказу, задания ГОЗ, если претенденты на размещение государственного оборонного заказа путем использования государственным заказчиком конкурентных способов определения поставщиков (исполнителей, подрядчиков) отсутствуют или по результатам такого определения поставщиков (исполнителей, подрядчиков) головной исполнитель не определен.

Квотирование обязательных поставок (государственное бронирование) важнейших видов материально-технических ресурсов государственному заказчику, головному исполнителю, исполнителю организациями-поставщиками, организациями-изготовителями независимо от их организационно-правовых форм является важнейшим условием исполнения ГОЗ. Этот метод государственного регулирования используется в случаях неразмещения государственными заказчиками на проведенных торгах заказов на поставки необходимых важнейших видов материально-технических ресурсов, а также в случаях временных нарушений снабжения головных исполнителей, исполнителей указанными ресурсами.

Порядок определения квот закреплен в Правилах установления квот обязательных поставок (государственное бронирование) важнейших видов материально-технических ресурсов и формирования их перечня и объема для выполнения государственного оборонного заказа, утвержденный постановлением Правительства РФ от 29 июля 2013 г. № 639².

Еще одним из способов ограничения конкуренции можно считать установление режима отдельного счета (ст. 8.3 Закона № 275-ФЗ). Суть режима — ограничение возможности использования денежных средств, полученных организацией, заключившей контракт (договор)

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 5 декабря 2013 г. № 1119 «Об утверждении Положения о государственном регулировании цен на продукцию, поставляемую по государственному оборонному заказу» / СЗ РФ. 2013. № 49 (ч. VII). Ст. 6450.

² СЗ РФ. 2013. № 31. Ст. 4235.

на выполнение заданий в рамках ГОЗ, на иные цели. Участвовать будет не тот, кто дает лучшую продукцию, а тот, кто в состоянии обойтись без бюджетных средств. В таких условиях предприятие не сможет использовать полученные ресурсы в обороте, его развитие ограничивается. Поэтому применение названного режима приводит к тому, что потенциальные подрядчики отказываются заключать контракты с головными исполнителями и исполнителями оборонного заказа¹. Тем самым количество потенциальных поставщиков сокращается, снижая конкуренцию, лишая предприятия возможности использовать этот ресурс (пусть даже, как указывает И.В. Башлаков-Николаев, в целях недопущения вывода денежных средств недобросовестными участниками²). Следует отметить, что в результате проведенных торгов победитель торгов получает право на приобретение (владение, пользование) принадлежащего государству имущества. Заключение соответствующего контракта (договора)³ может быть ограничено законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Тем самым введенный запрет на использование денежных ГОЗ не противоречит Конституции РФ.

Таким образом, поставки товаров и услуг в рамках ГОЗ в силу особого характера решаемых государством задач по обеспечению обороны и безопасности России нуждаются в специальном регулировании, которое с неизбежностью ограничивает конкуренцию в этой области. Однако это не отменяет конкуренцию в целом. Напротив, развитие конкуренции в сфере ГОЗ является актуальной задачей, решение которой видится в создании системы правовых стимулов и гарантий, формировании разумной и сбалансированной системы ограничений и запретов по доступу в сферу ГОЗ, направленной на расширение состава исполнителей оборонного заказа.

¹ См. подробнее: Башлаков-Николаев И.В. Об особенностях антимонопольных требований в сфере государственного оборонного заказа // URL: <http://dfnc.ru/oboronzakaz/osobennosti-antimonopolnyh-trebovanij-v-sfere-gosoboronzakaza/>

² Башлаков-Николаев И.В. Об экономических стимулах в ГОЗ // URL: <http://bujet.ru/article/294552.php>

³ Беляева О.А. Указ. соч. С. 12.

Глава 4

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ОХРАНА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ПОИСК БАЛАНСА

§ 1. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ НА ФИРМЕННЫЕ НАИМЕНОВАНИЯ И КОММЕРЧЕСКИЕ ОБОЗНАЧЕНИЯ КАК АКТ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

Е.И. Трубинова

Традиционным для юридической науки является утверждение о необходимости выявления баланса между требованиями права конкуренции и потребностями обеспечения охраны объектов интеллектуальной собственности¹. Вместе с тем рассматриваемые образования не антагонистичны по своей направленности, но имеют общую задачу — охрана объектов интеллектуальной собственности при соблюдении интересов хозяйствующих субъектов и потенциальных потребителей.

При этом, как отмечает Н. Нырова, одним из юридических вызовов глобализации является необходимость противостояния такому явлению, как «злоупотребление интеллектуальными правами»². Одними из наиболее рельефных проявлений рассматриваемых действий выступают недобросовестные конкурентные акты при использовании хозяйствующими субъектами исключительных прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения.

¹ См.: Энтин К.В. Право конкуренции и охрана интеллектуальной собственности в практике суда ЕС и Европейской Комиссии: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 2011. С. 3; Гаврилов Д. Антимонопольное регулирование и охрана интеллектуальной собственности: поиск баланса // Конкуренция и право. 2013. № 3. С. 15–21; Павлова Е., Калятин В., Суспицына М. Гражданско-правовое и антимонопольное регулирование исключительных прав: инструмент на выбор? // Конкуренция и право. 2013. № 4. С. 50–60.

² Нырова Н. Монополия на объекты интеллектуальных прав и «виртуальная экономика»: постановка проблемы // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2008. № 6. С. 5.

Нормативным основанием для применения конструкции недобросовестной конкуренции является положение ч. 1 ст. 14.4 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которым не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг. Хотя запрет на осуществление соответствующих действий в сфере исключительных прав на средства индивидуализации предприятий (то есть коммерческих обозначений) в действующем законодательстве не отражен, открытый перечень актов недобросовестной конкуренции позволяет относить к таким проявлениям и связанные с приобретением и использованием исключительных прав на средства индивидуализации предприятий действия при условии их соответствия изложенным в норме-дефиниции недобросовестной конкуренции признакам.

Примечательно, что Суд по интеллектуальным правам обращает внимание на возможность применения положений о недобросовестной конкуренции при рассмотрении дел, касающихся средств индивидуализации предприятий (то есть коммерческих обозначений)¹.

Несмотря на прямое законодательное закрепление соответствующей возможности квалификация действий обладателей прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения по их реализации как недобросовестных конкурентных актов в правоприменительной практике не получает существенного развития и подвергается шквалу критических замечаний в научных дискуссиях.

Первая группа критических высказываний аккумулирует суждения, согласно которым принципиально неверной является квалификация в качестве недобросовестных конкурентных поступков действий правообладателя по использованию исключительного права, поскольку такой субъект действует в «своем праве»². Такое мнение находит отражение и в судебной практике: Арбитражный суд города Москвы, рассматривая иск ООО «Текстильный сервисный центр» к ООО «Текстильный сервисный центр», подтвердил оформленную ранее правоприменительную практику, согласно которой если не оспорена правомерность регистрации фирменного

¹ Справка по вопросам недобросовестного поведения, в том числе конкуренции, по приобретению и использованию средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий (п. 1): постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 21 марта 2014 г. № СП-21/2. URL: <http://bit.ly/1XaPK7K>

² См.: Жалнина Е.А. Правовая охрана товарных знаков и право на защиту от недобросовестной конкуренции: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 2006. С. 19.

наименования, компания вправе реализовать свое право по защите фирменного наименования¹.

О некорректности изложенной позиции свидетельствуют факты существования и применения конструкции злоупотребления правами, а также построения структуры нормы-дефиниции недобросовестной конкуренции, включающей в содержание соответствующих актов при соблюдении иных предусмотренных в понятии условий не только действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат законодательству Российской Федерации, но и деяния, противоречащие обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

Другая группа замечаний объединяет мнения о неприменимости механизмов противодействия недобросовестной конкуренции к противостоянию действиям обладателей исключительных прав, поскольку указанные правоотношения могут эффективно регулироваться исключительно инструментами ограничения монополистической деятельности².

Расширение поля взаимопроникновения конкурентного права и интеллектуальных прав при помощи устранения предусмотренного ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции ограничения сферы действия запрета на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением представляется экономически неоправданным, поскольку не учитывает как тенденции смены исторических форм конкуренции — перехода от антагонистической к инновационной, так и существующих нормативных оснований для недопущения действий правообладателя по злоупотреблению принадлежащими ему правами.

ГК РФ предусматривает как принцип, так и презумпцию добросовестного использования, осуществления и защиты принадлежащих субъекту гражданских прав³. Одним из юридических императивов нормы-принципа добросовестности выступает инструмент недопущения недобросовестной конкуренции в сфере использования исключительных прав. Более того, конструкция недопущения не-

¹ Решение Арбитражного суда города Москвы от 29 февраля 2012 г. по делу № А40-132109/2011. URL: <http://bit.ly/1VrWE6M>

² См.: Писенко К.А. Монополистическая деятельность обладателей исключительных прав: правовые проблемы противодействия // Российская юстиция. 2011. № 4. С. 47–50.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) (п. 3, 4 ст. 1, абз. 2 п. 1 ст. 10): Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 23 мая 2016 г.) // Российская газета. 1994. № 238–239.

добросовестной конкуренции является наиболее эффективной для препятствования соответствующим действиям правообладателя, поскольку предупреждение монополистической деятельности предполагает ее ограничение, а пресечение актов недобросовестной конкуренции означает полный запрет недобросовестных действий, в том числе и в исследуемой сфере.

Сложность при установлении в действиях управомоченного субъекта по использованию принадлежащих ему исключительных прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения связана также с уникальностью отечественной модели регламентации рассматриваемых средств индивидуализации как искажающей их функции по сравнению с положениями иных правовых систем. Так, В. Еременко и Д.А. Шишкин отмечают, что «с учетом всех различий в национальных законодательствах в общем виде в большинстве государств фирменное наименование — это имя или обозначение, предназначенное для идентификации предприятия определенного физического или юридического лица»¹.

Недопущение недобросовестной конкуренции при использовании хозяйствующим субъектом прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения вопреки встречающимся в литературе суждениям² органично связано с фактом возникновения, а, соответственно, и существования прав на такие объекты, поскольку, как замечает Е.А. Войниканис, право, которое не может быть осуществлено, теряет свою ценность³. Бесспорным в теории и правоприменительной практике является утверждение о возникновении исключительного права на коммерческое обозначение с даты его введения в оборот и приобретения им известности в пределах определенной территории, однако, в отношении возникновения исключительного права на фирменное наименование соответствующее единство отсутствует. В частности, о возникновении исключительного права на фирменное наименование исключительно с момента его регистрации свидетельствует изложенная в судебном акте ФАС Восточно-

¹ Еременко В. Фирменное наименование и коммерческое обозначение: соотношение понятий // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2009. № 9. С. 15–27; Шишкин Д.А. Фирменные наименования и коммерческие обозначения в законодательстве зарубежных стран // Российская юстиция. 2009. № 3. С. 13–18.

² Серегин Д. Защита интеллектуальной собственности в соответствии с законодательством о недобросовестной конкуренции // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2004. № 9–10. С. 173.

³ Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М., 2013. С. 373.

Сибирского округа позиция: «ООО «Бурятская Мясоперерабатывающая Компания» зарегистрировало свое фирменное наименование, содержащее аббревиатуру «БМПК», 20 сентября 2005 г., то есть раньше, чем ООО «Бурятмяспром» — 27 октября 2008 г.»¹.

Действительно, п. 2 ст. 1475 ГК РФ предусматривает, что исключительное право на фирменное наименование возникает со дня государственной регистрации юридического лица и прекращается в момент исключения фирменного наименования из единого государственного реестра юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ) в связи с прекращением юридического лица либо изменением его фирменного наименования. Однако какой-либо специальной регистрации фирменного наименования ГК РФ не предполагает².

Соответственно, исключительное право на фирменное наименование, как и на коммерческое обозначение, возникает не в силу его регистрации, но фактического использования. Однако, в отличие от коммерческого обозначения, использование фирменного наименования хозяйствующим субъектом не является возможным в отсутствие государственной регистрации юридического лица, поскольку его правоспособность, а, следовательно, и возможность фирменного наименования выполнять предполагающую предоставление конкурентных преимуществ функцию — индивидуализировать экономического агента, возникают в момент его создания, который связан с государственной регистрацией субъекта. Так, ФАС Московского округа, отклоняя доводы ответчика о том, что его намерение по переименованию ООО «Рекун-сервис» в ООО «Кинокомпания РЕКУН» возникло ранее регистрации истца в качестве юридического лица, отметил, что «такого основания возникновения права на фирменное наименование как «намерение» положения ГК РФ не содержат»³.

Примечательно, что в качестве основания для отказа в регистрации юридического лица предусмотрено несоответствие его наименования требованиям федерального закона, к которым относится и положение п. 3 ст. 1474 ГК РФ, не допускающее использование

¹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 12 марта 2013 г. по делу № А10-1266/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

² О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса РФ (п. 58.1): постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 29 от 26 марта 2009 г. // Российская газета. 2009. № 70.

³ Постановление ФАС Московского округа от 17 октября 2011 г. по делу № А40-126835/10-26-1050 // СПС «КонсультантПлюс».

юридическим лицом фирменного наименования, тождественного фирменному наименованию другого юридического лица или сходного с ним до степени смешения, если указанные юридические лица осуществляют аналогичную деятельность и фирменное наименование второго юридического лица было включено в ЕГРЮЛ ранее. Представляет интерес постановление ФАС Уральского округа, которым в удовлетворении требования истца об обязанности регистрирующего органа внести в реестр запись о регистрации хозяйствующего субъекта отказано в связи с тем, что в ЕГРЮЛ уже внесены сведения о регистрации субъекта с аналогичными фирменным наименованием и местонахождением¹.

Существенным отличием, которое воздействует и на построение системы правовой охраны фирменных наименований и коммерческих обозначений, является то, что в основе данных объектов нет ни юридической, ни фактической монополии в строгом смысле слова. В отличие от исключительных прав в содержание прав на фирменные наименования не включаются правомочия исключительного использования и распоряжения, в структуру прав на коммерческие обозначения — правомочия исключительного использования, а содержание правомочия распоряжения ограничено условием одновременной передачи предприятия как имущественного комплекса. Нормативное установление исключительного права на фирменные наименования и коммерческие обозначения — весьма условно, поскольку «в ином случае вопрос о природе этих прав останется открытым, их регламентация выпадет из общей системы и повиснет в воздухе»².

Квалифицировать действия управомоченного субъекта по использованию исключительных прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения как проявления недобросовестной конкуренции затруднительно, т.к. направленность действий на злонамеренные посягательства на субъективные права добросовестных конкурентов и потенциальных покупателей имеет в значительной степени субъективное выражение. Использование исключительных прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения может быть признано недобросовестным конкурентным актом как в случае нарушения соответствующими проявлениями исключи-

¹ Постановление ФАС Уральского округа от 7 ноября 2013 г. по делу № А76-2961/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

² Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей. М., 2005. С. 67.

тельных прав иного субъекта на средства индивидуализации, так и при отсутствии такого нарушения, но наличии признаков недобросовестных конкурентных действий.

Анализ правоприменительной практики позволяет выявить три группы актов недобросовестной конкуренции по использованию исключительных прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения:

1. Паразитирование как «опережающее использование» обозначений, сочетаний, которые фактически являются широко известными среди конкурентов и потребителей, были введены в оборот другими субъектами в иных товарных и (или) территориальных границах. Примером такого акта являются действия ООО «Инвест-бизнес» по организации деятельности на территории г. Южно-Сахалинск кафе под названием «Кроха картоха», такое коммерческое обозначение является сходным до степени смешения с фирменным наименованием и коммерческим обозначением ООО «ГК Крошка картошка». Хотя ООО «ГК Крошка картошка» не осуществляет хозяйственную деятельность в г. Южно-Сахалинск, однако, ущерб причиняется преимущественно непосредственным конкурентам недобросовестного хозяйствующего субъекта, а также его действительным и потенциальным потребителям и контрагентам. Так, ФАС Дальневосточного округа отметил, что существует опасность смешения обозначений в глазах потребителя, создания впечатления о наличии связей или особых отношений¹.

К паразитированию следует относить также использование известных фирменных наименований и коммерческих обозначений после ликвидации или прекращения осуществления соответствующей экономической деятельности управомоченных хозяйствующих субъектов иными лицами. Следует поддержать изложенное в литературе утверждение, согласно которому такие действия могут быть допущены только в том случае, если «на рынке существует четкое представление о том, что новый бизнес не имеет никакого отношения к бизнесу с тем же названием, который уже прекратил существование по тем или иным причинам»².

2. Общая дезорганизация — использование крайне общих по содержанию обозначений, сочетаний, содержащих указание преимущественно на вид экономической деятельности и (или) террито-

¹ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20 июня 2013 г. по делу № А59-3979/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

² Ершова Е.А. Гудвилл бизнеса. М., 2013. С. 48–49.

рию ее осуществления¹. При таком акте недобросовестной конкуренции ущерб причиняется преимущественно хозяйствующим субъектам-конкурентам, а в случае крайнего обострения и монополизации рынка вследствие его дезорганизации — действительным и потенциальным потребителям, полностью зависящим от произвола недобросовестного конкурента.

3. Частная дезорганизация — использование правообладателем приобретенных третьим лицом конкурентных преимуществ за счет формирования известности товара, работ, услуг в определенных географических границах, что парализует деятельность хозяйствующего субъекта-конкурента. Интерес представляет правовая позиция Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, согласно которой отсутствуют признаки недобросовестной конкуренции в действиях правообладателя, передавшего на основании договора коммерческой концессии право на использование коммерческого обозначения «Сеть магазинов «Пятерочка» на территории Республики Татарстан пользователю в 2004 г., и вместе с тем начавшего осуществлять на данной территории торговую деятельность с использованием обозначения «Пятерочка Плюс» в 2009 г.² Получается, что известность коммерческого обозначения на территории Республики Татарстан среди потребителей и контрагентов была приобретена именно пользователем, осуществившим затраты на рекламу, обеспечение качества торговой деятельности. По достижении узнаваемости, формировании деловой репутации, связанной с коммерческим обозначением «Сеть магазинов «Пятерочка», правообладатель, не совершая дополнительных затрат, начал осуществлять хозяйственную деятельность в аналогичных товарно-территориальных границах со сходным до степени смешения коммерческим обозначением «Пятерочка Плюс». Следует разделить мнение Т.Н. Нешатаевой, отметившей, что «правообладатель ввел пользователя в заблуждение, поскольку, учитывая фактические обстоятельства дела, правообладатель намеревался передать пользователю единоличное и самостоятельное право на использование комплекса исключительных прав; пользователь согласился заплатить значительные денежные средства за пользование комплексом исключительных прав, что было бы эко-

¹ См.: Постановление ФАС Московского округа от 9 апреля 2010 г. по делу № А40-24079/08-15-89 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление ФАС Центрального округа от 27 октября 2011 г. по делу № А08-7793/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 сентября 2011 г. по делу № А65-4166/2010-СА3-36 // СПС «КонсультантПлюс».

номически оправдано только в случае передачи единоличного и исключительного права»¹.

При существенной степени дифференциации проявлений недобросовестной конкуренции в сфере использования исключительных прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения такие действия обладают общим свойством — получение больших конкурентных преимуществ, чем тех, которые при сравнимых обстоятельствах следуют из осуществления соответствующих прав. В целях достижения баланса между разнонаправленными группами интересов правообладателей, хозяйствующих субъектов-конкурентов, потребителей и общества в целом считаем необходимым при оценке действий по использованию исключительных прав на фирменные наименования и коммерческие обозначения в качестве актов недобросовестной конкуренции учитывать выявленный критерий — «критерий разумных конкурентных преимуществ».

§ 2. АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ЗАЩИТА ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

А.А. Амангельды

Отношения, касающиеся исключительных прав, всегда были предметом гражданско-правового регулирования, поскольку это имущественные права на объекты интеллектуальной собственности. Исключительное право является имущественным правом на результаты интеллектуальной деятельности, и правообладатель вправе использовать его любым способом по своему усмотрению и волеизъявлению.

Исключительное право представляет собой абсолютное субъективное имущественное право, заключающееся в монопольном использовании на законном основании объекта интеллектуальной собственности его обладателем, и подлежащее защите. Следовательно, исключительность такого права заключается именно в этом монопольном использовании результата интеллектуальной дея-

¹ Особое мнение судьи Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по делу № А65-4166/2010-СА3-36 Арбитражного суда Республики Татарстан от 20 сентября 2011 г. № ВАС-2549/11 // СПС «КонсультантПлюс».

тельности. При этом использование объекта интеллектуальной собственности возможно только лишь с согласия правообладателя, в противном случае это считается нарушением его исключительных прав, и он вправе применить определенные способы защиты и обратиться в суд или уполномоченный орган за защитой своего права.

Исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности является абсолютным, а это значит, что у правообладателя имеется монополия на осуществление и реализацию данных прав.

С.А. Парашук пишет, что монополии обладателей исключительных прав следует отличать от монополий, создаваемых непосредственно регулирующим воздействием государства (то есть государственных и естественных монополий). В первом случае монопольное право образуется в результате инициативных действий самого субъекта (независимо от организационно-правовой формы) по созданию объекта (изобретения, полезной модели, товарного знака и др.), получению охранного документа на него (патента, свидетельства), подтверждающего наличие у данного субъекта такого права, а также использования последнего. Во втором случае монополии создаются по воле государства путем объявления (узаконения) определенных сфер предпринимательской деятельности в качестве монополий и предоставления права осуществлять эту деятельность строго определенным субъектам. Общим для данных монополий является тот факт, что они защищены от конкуренции на законных основаниях (т.е. нормами законодательства)¹.

Как утверждает С.А. Парашук, некоторые исключительные права являются временными монополиями, т.е. действуют в пределах предусмотренных законом сроков, по истечении которых объекты могут беспрепятственно и безвозмездно использоваться любыми лицами (например, патент и др.)².

Что касается права на защиту от недобросовестной конкуренции, то оно является субъективным гражданским правом. И как отмечает В.И. Еременко, не входит в состав легальных монополий³.

Основным принципом гражданско-правового регулирования общественных отношений выступает свобода договора, которая

¹ Парашук С.А. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии): учебно-практическое пособие. М., 2002. С. 83.

² Парашук С.А. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии): учебно-практическое пособие. М., 2002. С. 84.

³ Еременко В.И. Недобросовестная конкуренция и интеллектуальная собственность // Законодательство и экономика. № 6. 2014. С. 17.

проявляется в свободном выборе контрагентов, условий договора, свободном предпринимательстве и прочего. Безусловно, основной сферой оборота объектов интеллектуальной собственности остается предпринимательство. Вместе с тем данная свобода не абсолютна, ведь в соответствии со ст. 11 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть), принятого Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 г. (далее — ГК РК), гласит, что монополистическая и всякая иная деятельность, направленная на ограничение или устранение законной конкуренции, получение необоснованных преимуществ, ущемление прав и законных интересов потребителей, не допускается.

Пунктом 2 ст. 11 ГК РК предусмотрено, что не допускается, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами, использование предпринимателями гражданских прав в целях ограничения конкуренции, в том числе:

1) злоупотребление предпринимателями своим доминирующим положением на рынке, в частности, путем ограничения или прекращения производства либо изъятия из обращения товаров для создания их дефицита или повышения цен;

2) заключение и исполнение лицами, осуществляющими аналогичную предпринимательскую деятельность, соглашений о ценах, разделе рынков, устранении других предпринимателей и об иных условиях, существенно ограничивающих конкуренцию;

3) совершение недобросовестных действий, направленных на ущемление законных интересов лица, ведущего аналогичную предпринимательскую деятельность, и потребителей (недобросовестная конкуренция), в частности, путем введения потребителей в заблуждение относительно изготовителя, назначения, способа и места изготовления, качества и иных свойств товара другого предпринимателя, путем некорректного сравнения товаров в рекламной и иной информации, копирования внешнего оформления чужого товара и иными способами. Меры по борьбе с недобросовестной конкуренцией устанавливаются законодательными актами¹.

Таким образом, мы видим, что у свободы осуществления предпринимательской деятельности существуют свои границы и ограничения. Предпринимательство должно существовать в условиях свободной конкуренции.

¹ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 г. // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#pos=646;-149

Основным требованием нормального функционирования рынка выступает наличие конкурентной среды.

А.Е. Гутерман предлагает понимать под конкурентной средой совокупность экономических и социальных условий, в которых производится и реализуется конкретная продукция¹.

Законодательство Республики Казахстан (далее — РК) не предусматривает понятие конкурентной среды, но имеет место понятие конкуренции.

В соответствии со ст. 162 Кодекса Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» (далее — ПК РК) конкуренцией является состязательность субъектов рынка, при которой их самостоятельные действия эффективно ограничивают возможность каждого из них односторонне воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Конкуренция основывается на началах состязательности, добросовестности, законности, соблюдении прав потребителей, которые применяются одинаковым образом, в равной мере и на равных условиях ко всем субъектам рынка независимо от организационно-правовой формы и места регистрации таких субъектов рынка².

В связи с этим возникает вопрос: каким образом соотносятся требования конкурентного (антимонопольного) законодательства с абсолютным исключительным правом.

Конкурентное (антимонопольное) право является частью законодательства, регулирующего договорные отношения между хозяйствующими субъектами³. Т.И. Шайхеев полагает, что конкурентное (антимонопольное) право является институтом предпринимательского права подобно тому, как право на конкуренцию является частью права на занятие предпринимательской деятельностью⁴.

То есть, с одной стороны, законодательство предоставляет защиту от несанкционированного использования результата интеллекту-

¹ Гутерман А.Е. Формирование благоприятной конкурентной среды как цель антимонопольного регулирования // Юрист. 2015. № 3. С. 43.

² Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=1;-212

³ Шайхеев Т.И. О понятии конкуренции в конкурентном (антимонопольном) праве России и зарубежных стран // Государство и право. 2014. № 4. С. 112.

⁴ Шайхеев Т.И. О понятии конкуренции в конкурентном (антимонопольном) праве России и зарубежных стран // Государство и право. 2014. № 4. С. 112.

альной деятельности, а с другой — путем издания правовых норм создает условия для конкурентного рынка.

В России в настоящее время происходит процесс совершенствования конкурентного законодательства.

С. Пузыревский отмечает, что проект поправок предусматривает возможность применения положений антимонопольного законодательства к объектам исключительных прав лишь в той мере, в которой такие соглашения или действия направлены на недопущение, ограничение или устранение конкуренции при обращении соответствующих товаров. Это означает, что товар, при производстве которого использованы результаты интеллектуальной деятельности, обращается на товарном рынке на основе общих правил товарного оборота и наличие исключительных прав, использованных при производстве товара, не выводит обращение такого товара из-под установленных для товарного рынка антимонопольных правил. Иначе говоря, если монополия производит товар, маркируемый товарным знаком, отказать в заключении договора поставки такого товара можно лишь по экономическим или технологическим причинам, а не потому, что на товаре проставлен товарный знак. При этом контрагент не вправе требовать передачи лицензионных прав на товарный знак, ссылаясь на доминирующее положение правообладателя на товарном рынке. Передача прав на товарный знак осуществляется исключительно в порядке, предусмотренном ГК РФ¹.

Мы согласны с данным мнением, оно не противоречит концепции исключительных прав и соответствует требованиям законодательства о конкуренции.

На наш взгляд, легальная монополия правообладателя исключительных прав не противоречит существу антимонопольного законодательства, поскольку цели у данных институтов разные. Вместе с тем, если правообладатель, пользуясь своим абсолютным правом, совершает действия, в которых имеет место состав административного правонарушения, направленного против конкуренции, то такой правообладатель должен нести ответственность, установленную Кодексом РК об административных правонарушениях.

Р. Попов пишет, что защита интеллектуальной собственности представляет собой одну из немногих сфер, где допустима легальная монополия (исключительное право). В различных видах интеллек-

¹ Пузыревский С. Поправки в антимонопольное законодательство: содержание и ожидаемые последствия // Хозяйство и право. 2013. № 12. С. 7–8.

туальной собственности эта монополия имеет свои ограничения, будучи, по сути, компромиссом между потребностью общества в свободном доступе к новым идеям, знаниям и изобретениям и желанием авторов получать вознаграждение за их интеллектуальный труд¹.

По мнению С.А. Парашука, законодательство о конкуренции, включая нормы о недобросовестной конкуренции, должно быть нацелено на эффективное функционирование социально ориентированной рыночной экономики, а не на обеспечение исключительно частных эгоистических интересов конкурентов. Тогда «встанут на свои места» и конкретные вопросы нормотворчества, в том числе такие, как признание противоправными некоторых бездействий, а также упоминание потребителей в качестве субъектов защиты от недобросовестной конкуренции².

К сожалению, на практике такие случаи нередки. Правообладатели, пользуясь своими исключительными правами на определенный результат интеллектуальной деятельности, диктуют рынку свои условия, порой совсем невыгодные контрагентам. К примеру, в качестве таковых выступают правообладатели специального программного обеспечения, изобретений, товарных знаков, которые прекрасно осведомлены о том, что у них нет конкурентов, или же единственным конкурентом которых является компания Microsoft, цены на продукцию которой высоки и не всегда доступны казахстанским предпринимателям.

При этом и международное законодательство в области интеллектуальной собственности также предусматривает соотношение легальной монополии и недопущения недобросовестной конкуренции. Так, статья 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности (измененная 2 октября 1979 г.) гласит следующее:

«1. Страны Союза обязаны обеспечить гражданам стран, участвующих в Союзе, эффективную защиту от недобросовестной конкуренции.

2. Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

¹ Попов Р. Нарушение законодательства о защите конкуренции при регистрации товарных знаков: обзор судебной практики // *Хозяйство и право*. 2012. № 10. С. 52.

² Парашук С.А. Понятие и виды недобросовестной конкуренции в проекте изменений законодательства о защите конкуренции // *Юрист*. 2015. № 1. С. 20.

3. В частности, подлежат запрету:

(i) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;

(ii) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента;

(iii) указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров»¹.

В свою очередь статья 10-ter Парижской конвенции по охране промышленной собственности (измененная 2 октября 1979 г.) содержит следующее:

«Товарные знаки, фирменные наименования, ложные указания, недобросовестная конкуренция: средства защиты, право обращаться в суд

1. Страны Союза обязуются обеспечить гражданам других стран Союза законные средства для эффективного пресечения всех действий, указанных в ст. 9, 10 и 10-bis.

2. Кроме того, они обязуются предусмотреть меры, позволяющие союзам и объединениям, существование которых не противоречит законам их стран и которые представляют заинтересованных промышленников, изготовителей или торговцев, действовать через суд или административные органы с целью пресечения действий, предусмотренных в ст. 9, 10 и 10bis в той мере, в какой это допускает закон страны, где испрашивается охрана, для союзов и объединений данной страны»².

Из этого следует, что легальная монополия исключительных прав на объект интеллектуальной собственности не должна привести к запрещенной монополии. И нормы Парижской конвенции предусматривают в связи с этим право на защиту через суд или административные органы с целью пресечения таких незаконных действий.

Специфика административно-правовой защиты прав на объекты интеллектуальной собственности в деятельности антимонопольных органов Российской Федерации состоит в выявлении и пресечении

¹ Парижская конвенция по охране промышленной собственности (измененная 2 октября 1979 г.) // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=12633>

² Парижская конвенция по охране промышленной собственности (измененная 2 октября 1979 г.) // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=12633>

административных правонарушений в области создания и использования результатов интеллектуальной деятельности (РИД) и привнесенных к ним средств индивидуализации в рамках борьбы с недобросовестной конкуренцией¹.

Следует принять во внимание тот факт, что «выявление соответствия либо несоответствия конкретного соглашения антимонопольному законодательству возможно лишь при анализе воздействия соглашения на рыночное поведение сторон»².

По мнению В. Груздева, специфика в том, что сами по себе действия входят в объем правоспособности хозяйствующих субъектов, правомерны и даже желательны с учетом целей правового регулирования. Противоправными эти действия становятся тогда, когда они противоречат требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки конкурентам либо нанести вред их деловой репутации³. С этим мнением мы согласимся.

Следует отметить, что распространенным правонарушением, которое пресекает антимонопольный орган, является недобросовестная конкуренция.

Вместе с тем, как утверждает Р. Попов: «Практика показывает, что без признания регистрации товарного знака недействительной невозможна защита законных интересов, нарушаемых регистрацией товарного знака»⁴ (прим. авт. — в России).

В соответствии со ст. 24 Закона Республики Казахстан от 26 июля 1999 г. № 456-І «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» действие регистрации товарного знака прекращается:

- 1) в связи с истечением срока ее действия, предусмотренного ст. 15 указанного Закона;
- 2) в связи с прекращением предпринимательской деятельности или со смертью физического лица, с ликвидацией юридического лица — владельца товарного знака;

¹ Агамагомедова С. Вопросы защиты прав на объекты интеллектуальной собственности в рамках антимонопольного законодательства // Хозяйство и право. 2013. № 3. С. 66.

² Орлова Е. В. Антимонопольные запреты при недобросовестной конкуренции и монополистической деятельности // Юрист. 2015. № 3. С. 34.

³ Груздев В. Защита интересов добросовестного пользователя средства индивидуализации против правообладателя товарного знака // Хозяйство и право. 2012. № 11. С. 102.

⁴ Попов Р. Нарушение законодательства о защите конкуренции при регистрации товарных знаков: обзор судебной практики // Хозяйство и право. 2012. № 10. С. 56.

3) на основании письменного заявления об отказе от нее владельца товарного знака;

4) в случае неиспользования товарного знака в соответствии с п. 4 ст. 19 указанного Закона¹.

То есть совершение правообладателем акта недобросовестной конкуренции не может являться основанием для признания регистрации товарного знака недействительным.

Мы согласны с Р. Поповым, что необходим баланс между публичными интересами, выражающимися в недопустимости недобросовестной конкуренции, и интересами правообладателя товарного знака. В качестве возможно компромисса автор видит закрепление обязанности административного органа, уполномоченного признать недействительной правовую охрану товарного знака, вынести соответствующее решение по истечении срока для обжалования решения антимонопольного органа².

У данной позиции есть и противники. Например, Н. Вознесенский, Ю. Гнусина пишут, что положения ГК РФ, устоявшиеся подходы в судебной практике позволяют охарактеризовать положение правообладателя исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности как владельца легальной монополии, а действия по осуществлению данных прав как допустимое законом ограничение конкуренции. Оснований для применения Закона о защите конкуренции при наличии в нем существующих исключений не усматривается. ФАС России предлагает отказаться от существующего подхода. Это может привести к расширению компетенции антимонопольного органа, который в таком случае будет контролировать, не переступил ли правообладатель пределы осуществления прав, не обязан ли он выдать лицензии тому или иному лицу, какие именно условия могут, а какие не могут включаться в лицензионный договор и т.д.³

Считаем предложение Р. Попова слишком кардинальным, в конце концов, только суд уполномочен лишать недобросовестного правообладателя исключительных прав на товарный знак. Что же

¹ Закон Республики Казахстан от 26 июля 1999 г. № 456-І «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1014203#pos=439;-140

² Попов Р. Нарушение законодательства о защите конкуренции при регистрации товарных знаков: обзор судебной практики // Хозяйство и право. 2012. № 10. С. 60.

³ Вознесенский Н., Гнусина Ю. Возможно ли ограничение распоряжения результатами интеллектуальной деятельности нормами антимонопольного права? // Корпоративный юрист. 2012. № 6 // URL: <http://center-bereg.ru/b3526.html>

касается баланса между защитой исключительных прав и антимонопольным регулированием, то, по нашему мнению, правообладатель, обладая безусловным монопольным правом на осуществление и реализацию исключительных прав, главное, не должен пользоваться этим правом в целях установления барьеров для других предпринимателей, чтобы всегда имела место свобода входа на рынок и выхода из него, то есть обеспечивалась доступность рынка.

В связи с этим следует отметить, что у всякой монополии, в том числе и легальной, свободы волеизъявления должны быть установлены границы, в противном случае это приведет к анархии, и ни о какой конкурентной среде речи быть не может. Такими пределами исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности должны выступать требования конкурентного законодательства, поэтому должны антимонопольные запреты распространяться на действия по использованию прав на объекты интеллектуальной собственности.

В частности, ст. 178 ПК РК предусмотрен состав административного правонарушения «Неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права». Неправомерным использованием средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права является незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, фирменного наименования, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров или использование без разрешения правообладателя или уполномоченного на то лица названий литературных, художественных произведений, периодических изданий, или использование упаковки в виде, который может ввести потребителя в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей¹.

На основании ст. 226 ПК РК антимонопольный орган вправе:

1) давать субъектам рынка обязательные для исполнения предписания:

— о прекращении нарушений норм настоящего Кодекса и (или) устранении их последствий;

¹ Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=2534;-190

- восстановлении первоначального положения;
- расторжении или изменении договоров, противоречащих настоящему Кодексу;
- заключении договора с другим субъектом рынка в случае, если нарушением является необоснованный отказ либо уклонение от заключения договора с определенными продавцами (поставщиками) либо покупателями¹.

Антимонопольный орган вправе рассматривать дела об административных правонарушениях в области защиты конкуренции и ограничения монополистической деятельности и налагать административные взыскания в порядке, установленном Кодексом Республики Казахстан об административных правонарушениях.

Не всегда субъекты рынка выполняют такие предписания. В этих случаях следует обращение в суд.

В октябре 2015 года в Антимонопольную инспекцию по городу Алматы поступило обращение от представителя компании «Эдванс Мэгэзин Паблишерс Инк» о неправомерном использовании товарного знака со стороны ТОО «Gentlemen Quality Bar Asia». Заявитель является владельцем многочисленных товарных знаков, зарегистрированных в различных странах. В Казахстане это товарный знак «GQ» (услуги по обеспечению временного проживания, услуги гостиниц, баров, кафе и ресторанов, обеспечение пищевыми продуктами и напитками, услуги по приготовлению блюд и доставки их на дом); «GQ Bar». Между тем в 2008 году ТОО «Gentlemen Quality Bar Asia» открыло в г. Алматы ресторан, первоначально назвав его «GQ Bar». В 2011 году компания «Эдванс Мэгэзин Паблишерс Инк» обратилась к ТОО с требованием прекратить использование словесного обозначения «GQ Bar» в наименовании своего ресторана в силу его схожести до степени смешения с товарным знаком «GQ» и «GQ Bar».

В результате переговоров ТОО изменило название своего ресторана с «GQ Bar» на «Gentlemen Quality Bar Asia». Впоследствии Товарищество зарегистрировало на свое имя следующие товарные знаки: «GENTLEMENSQUALITY Bar Asia» и «Gentlemen Quality Bar Asia».

Товарные знаки также использовались ТОО в доменном имени сайта www.gqb.kz; в тексте сайта.

¹ Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=3057;-158

Фирменное наименование ТОО «Gentlemen Quality Bar Asia» было определено при утверждении его устава, а именно с даты первичной регистрации Департаментом юстиции города Алматы. Касательно использования в 2008 г. наименования «GQ Bar Asia», Товарищество понесло ответственность за использование товарного знака «GQ Bar» и оплатило штраф в размере 4000 долларов. Также ТОО сообщило, что проводит ребрендинг ресторана, то есть исправило наименование Товарищества в фискальном чеке, изменило цвета двух заглавных букв «G» и «Q» и закрыло сайт www.gqb.kz. По результатам расследования Товариществу было вынесено предписание об устранении нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан, то есть о прекращении, а также о недопущении впредь нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан, путем неправомерного использования товарного знака другого производителя, также возбуждено административное производство.

Но предписание было выполнено не в полном объеме. Товарищество попыталось обжаловать это предписание в Специализированном межрайонном экономическом суде города Алматы. В итоге суд отказал в удовлетворении жалобы.

Позже Департамент Антимонопольного органа обратился в Специализированный межрайонный экономический суд г. Алматы, чтобы понудить ТОО «Gentlemen Quality Bar Asia» выполнить предписание Инспекции от 17 января 2014 г. в полном объеме, путем изменения заглавных букв GQ без выделения или замены названия аналогично товарному знаку, зарегистрированному в Государственном реестре товарных знаков Комитета, во всех частях ресторана (т.е. замены заглавных букв в оформлении интерьера ресторана, на тумбе, размещенной при входе в ресторан, на бумажных пакетах, в которые упаковываются блюда). Ответчик ТОО «Gentlemen Quality Bar Asia» на судебное заседание не явился. В результате суд постановил удовлетворить исковые требования Департамента Агентства Республики Казахстан по регулированию естественных монополий по г. Алматы и выполнить предписание инспекции в полном объеме¹.

Таким образом, напрямую антимонопольный орган не может ограничить исключительные права недобросовестного правообладателя, может лишь направить соответствующее предписание,

¹ ТОО «Gentlemen Quality Bar Asia» в Алматы использовало чужой товарный знак GQ bar // Рынок и конкуренция. Специальное приложение. 2015. № 3. С. 8–9.

либо привлечь правонарушителя к административной ответственности.

Другим важным вопросом является соотношение институтов недобросовестной конкуренции и злоупотребление правом с правом интеллектуальной собственности.

Для того чтобы определить соотношение институтов недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом с правом интеллектуальной собственности, необходимо понять их содержание.

Статья 174 ПК РК гласит, что запрещаются действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права иных лиц, в том числе такие действия, как:

1) установление, поддержание монопольно высоких (низких) или монопсонически низких цен;

2) применение разных цен либо разных условий к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных причин;

3) установление ограничений на перепродажу купленных у него товаров по территориальному признаку, кругу покупателей, условиям покупки, а также количеству, цене;

4) обусловливание либо навязывание заключения соглашения путем принятия субъектом рынка или потребителем дополнительных обязательств, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета этих соглашений;

5) необоснованный отказ от заключения договора или от реализации товара с отдельными покупателями при наличии возможности производства или реализации соответствующего товара либо уклонение, выразившееся в непредставлении ответа на заключение такого договора в срок, превышающий тридцать календарных дней;

6) обусловливание поставки товаров принятием ограничений при покупке товаров, произведенных либо реализуемых конкурентами;

7) необоснованное сокращение объемов производства и (или) поставки или прекращение производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии возможности производства или поставки;

8) изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;

9) навязывание контрагенту экономически или технологически необоснованных условий договора, не относящихся к предмету договора;

10) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим субъектам рынка;

11) экономически, технологически или иным образом необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, создание дискриминационных условий¹.

Е.В. Орлова пишет, что злоупотребление доминирующим положением представляет собой частный случай злоупотребления правом².

Рассмотрим возможный пример злоупотребления правообладателем доминирующим положением.

Компания А является правообладателем патента на изобретение, представляющее собой составную технологическую часть поршневой системы двигателя для автомобиля, обладающую новизной и не имеющую аналогов с точки зрения качественных характеристик и показателей. При этом Компания А осуществляет деятельность по разработке и внедрению технологий в сфере автомобилестроения, а также производство частей двигателя для автомобиля. Компании Б и В являются производителями двигателей для автомобилей, которые с целью их усовершенствования и модернизации разработали новую технологию их строения, составной частью которой является патент Компании А. Компании Б и В обращаются в Компанию А с предложением о заключении лицензионного договора на использование ее патента с целью начала производства и введения в гражданский оборот новых двигателей. Компания А отказывается от заключения лицензионного договора с указанием на намерение в будущем самостоятельно производить двигатели для автомобиля, при этом не обладает собственными производственными мощностями и соответствующими технологиями для их производства. В этом случае, если будет установлено, что такая технология, охраняемая патентом, не имеет сопоставимых аналогов, а правообладатель не имеет возможности и заинтересованности в самостоятельном производстве товаров с ее использованием, отказ в заключении лицензионного договора с компаниями Б и В может быть квалифицирован как

¹ Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=2491;-195

² Орлова Е.В. Антимонопольные запреты при недобросовестной конкуренции и монополистической деятельности // Юрист. 2015. № 3. С. 32.

экономически и технологически необоснованный, а действия в целом — как злоупотребление доминирующим положением¹.

Согласно ст. 177 ПК РК недобросовестной конкуренцией являются любые действия в конкуренции, направленные на достижение или предоставление неправомерных преимуществ. Недобросовестная конкуренция запрещается. К недобросовестной конкуренции законодатель относит следующие действия:

- 1) неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права;
- 2) неправомерное использование товара другого производителя;
- 3) копирование внешнего вида изделия;
- 4) дискредитация субъекта рынка;
- 5) заведомо ложная, недобросовестная и недостоверная реклама;
- 6) реализация (приобретение) товара с принудительным ассортиментом;
- 7) призыв к бойкоту продавца (поставщика) конкурента;
- 8) призыв к дискриминации покупателя (поставщика);
- 9) призыв субъекта рынка к разрыву договора с конкурентом;
- 10) подкуп работника продавца (поставщика);
- 11) подкуп работника покупателя;
- 12) неправомерное использование информации, составляющей коммерческую тайну;
- 13) реализация товара с предоставлением потребителю недостоверной информации в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и (или) его производителей;
- 14) некорректное сравнение субъектом рынка производимых и (или) реализуемых им товаров с товарами, производимыми и (или) реализуемыми другими субъектами рынка².

Следовательно, недобросовестная конкуренция всегда выражается в действиях, причем перечень этих действий закреплён в ст. 177 ПК РК и имеет закрытый характер. Состав данного административного правонарушения формальный, то есть для наличия состава правонарушения достаточно самого факта совершения указанных в ст. 117 ПК РК действий.

¹ Гаврилов Д. Антимонopolное регулирование и охрана интеллектуальной собственности: поиск баланса // URL: <http://www.cljournal.ru/ann2/35/>

² Кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-V «Предпринимательский кодекс Республики Казахстан» // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854#pos=2522;-199

А.Н. Варламова пишет, что ни законодатель, ни правоприменитель не внесли полной ясности в вопрос о соотношении данных понятий. В любом случае, квалификация тех или иных действий в качестве недобросовестной конкуренции зависит во многом от усмотрения правоприменителя, его субъективного понимания недобросовестной конкуренции. Автор призывает внимательно отнестись к самому понятию недобросовестной конкуренции и к определению перечня тех действий, которые безусловно должны рассматриваться антимонопольным органом и судами как акты недобросовестной конкуренции¹.

Отметим, что в казахстанской правоприменительной практике имеет место аналогичная ситуация.

Таким образом, право интеллектуальной собственности (в субъективном смысле) представляет собой субъективное гражданское право, которое предоставляет субъекту гарантированную законом возможность монопольно обладать объектом интеллектуальной собственности и защищать его от посягательств со стороны третьих лиц. Вместе с тем, если субъект злоупотребляет своим исключительным правом, либо совершает действия, направленные против основ конкурентной среды, то он рискует понести административную ответственность за злоупотребление правом и недобросовестную конкуренцию, которые являются административными правонарушениями.

Что касается взаимосвязи исключительного права и права на защиту от недобросовестной конкуренции, то последнее в большинстве зарубежных законодательств выступает как вспомогательное средство, дополняющее исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (например, охрана незарегистрированных товарных знаков, промышленных образцов, срок охраны которых истек, но которые завоевали на рынке высокую репутацию). В США иски о нарушении права на товарный знак и пресечении недобросовестной конкуренции формулируются в одном исковом заявлении².

По мнению В.И. Еременко, условием квалификации использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации как недобросовестных конкурентных действий явля-

¹ Варламова А.Н. Недобросовестная конкуренция: направления совершенствования правового регулирования // Юрист. 2015. № 1. С. 30.

² Еременко В.И. Недобросовестная конкуренция и интеллектуальная собственность // Законодательство и экономика. 2014. № 6. С. 17.

ется в большинстве случаев незаконность такого использования. Это означает, что после истечения срока действия патента (или в случае признания его недействительным) на изобретение, полезную модель или промышленный образец их использование третьими лицами становится законным. В таких случаях не принимается во внимание факт того, что соответствующее изделие завоевало репутацию на рынке путем его длительного или эффективного использования, в результате чего потребители идентифицируют это изделие как произведенное определенным изготовителем¹.

По мнению А.Ж. Бикебаева, если для пресечения монополистической деятельности обычно требуются активные действия со стороны антимонопольного органа, то выявление и пресечение недобросовестной конкуренции зачастую происходит усилиями самих потерпевших путем подачи ими исков в суд².

В настоящее время в правоприменительной практике пока отсутствует единообразный подход к четкой квалификации противоправных действий в качестве недобросовестной конкуренции или злоупотребления доминирующим положением. Такая квалификация носит субъективный характер, обусловленный мнением лица, применяющего соответствующие нормы.

По поводу соотношения институтов недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом с правом интеллектуальной собственности следует сказать следующее.

Право интеллектуальной собственности предназначено регулировать отношения по поводу объектов интеллектуальной собственности, определять правомочия правообладателей и обеспечивать их защиту. В свою очередь институты недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом определяют те действия, которые не должен совершать правообладатель для воспрепятствования выходу на товарный рынок других участников.

Отдельного внимания при рассмотрении данной проблематики требуют вопросы параллельного импорта, иначе именуемого исчерпанием исключительных прав. Полагаем, что имущественные права правообладатель товарного знака исчерпал при первой продаже этого товара на законном основании, получив соответствующую цену, — «доктрина первой продажи».

¹ Еременко В.И. Недобросовестная конкуренция и интеллектуальная собственность // Законодательство и экономика. 2014. № 6. С. 18.

² Бикебаев А.Ж. Конкурентное (антимонопольное) право и политика Республики Казахстан. Алматы, 2010. С. 326.

Подпункт 6 ст. 12 Патентного закона РК гласит, что не признается нарушением исключительного права патентообладателя ввоз на территорию Республики Казахстан, применение, предложение к продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей средств, содержащих охраняемые объекты промышленной собственности, если они ранее были введены в гражданский оборот на территории Республики Казахстан патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя¹.

Пунктом 7 ст. 19 Закона о товарных знаках предусмотрено, что не является нарушением исключительного права на товарный знак использование этого товарного знака другими лицами в отношении товаров, которые были введены в гражданский оборот на территории государств — членов Евразийского экономического союза непосредственно правообладателем или с его согласия². То есть законодательство Республики Казахстан закрепило принцип регионального исчерпания.

Введение данных норм стало чрезвычайно важным для гражданского оборота. Принцип исчерпания существует в целях ограничения прав обладателей исключительных прав при последующем распространении товаров, содержащих объект интеллектуальной собственности, в целях формирования гибкого рынка реализации товаров и их свободного перемещения. Это означает, что исключительное право исчерпывается при указанных условиях, в противном случае суды будут переполнены исками о нарушении исключительных прав на товарные знаки.

В.И. Еременко пишет, что среднего международного стандарта в области исчерпания прав не существует, равно как и прямой зависимости национального принципа исчерпания права в отношении патентов от национальных интересов в данной сфере. Все зависит от понимания законодателем конкретного государства баланса интересов правообладателей и общества в целом, а также от международно-правовых обязательств государства. Конечно, нельзя отрицать национальный интерес в отношении патентов, поскольку государство заинтересовано, например, в сохранении в тайне секретных изобретений или в принадлежности изобретений, полез-

¹ Закон РК от 16 июля 1999 г. № 427-І «Патентный закон РК» // Интеллектуальная собственность в Республике Казахстан: сборник нормативных актов. Алматы: ЮРИСТ, 2009. С. 47.

² Закон РК от 26 июля 1999 г. № 456-І «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1014203#pos=347;-128

ных моделей и промышленных образцов, созданных при выполнении работ по государственному контракту. Однако национальный принцип не является определяющим в патентном праве. Таковым можно считать экономический интерес заявителя в приобретении патентных прав, а затем извлечение правообладателем прибыли из патентной монополии, что непосредственно зависит от интереса потребителя, то есть оценки потребителем на рынке запатентованной продукции¹.

С. Агамагомедова пишет, что система защиты прав на объекты интеллектуальной собственности как на внутреннем рынке, так и при трансграничном перемещении товаров направлена на обеспечение интересов ряда других субъектов. Это и потребители продукции, содержащей результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, выступающие в качестве неопределенной группы лиц либо одного лица (конкретного потребителя), что придает их интересам публичный характер.

Другой группой субъектов, интересы которых затрагиваются в рассматриваемом механизме, являются иные производители аналогичной либо смежной продукции. Это не всегда конкуренты, тем не менее перемещение определенной категории товаров затрагивает их положение в конкретном сегменте рынка. В данном случае речь идет о конкурентных правоотношениях, и интересы обсуждаемой группы субъектов состоят в создании в результате функционирования механизма защиты интеллектуальных прав ситуации, благоприятной для развития конкурентных условий на рынке².

В настоящее время в Казахстане действует региональный принцип исчерпания прав. В связи с этим актуален вопрос о возможности распространения регионального принципа исчерпания прав на всей территории евразийского экономического пространства.

Таким образом, несмотря на то, что право интеллектуальной собственности (в субъективном смысле) предоставляет субъекту на законном основании право монопольно обладать объектом интеллектуальной собственности и защищать его от посягательств со стороны третьих лиц, это не означает, что право правообладателя не ограничено. Его право не должно нарушать права третьих лиц и при этом не препятствовать твердости и стабильности гражданско-

¹ Еременко В.И. Принцип исчерпания права на товарный знак и проблемы параллельного импорта // Законодательство и экономика. 2013. № 6. С. 52.

² Агамагомедова С. Проблема исчерпания прав в условиях формирования единого экономического пространства // Хозяйство и право. 2012. № 11. С. 118–119.

го оборота. Необходим баланс между недопустимостью недобросовестной конкуренции и интересами правообладателя в сфере интеллектуальной собственности. Поэтому институты недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом определяют круг действий, которые не должен совершать правообладатель, поскольку это препятствует участникам рынка свободно входить на товарный рынок и выходить из него.

Глава 5

КОМПЕТЕНЦИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОРГАНА В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНЦИИ

§ 1. ПРЕДЕЛЫ УСМОТРЕНИЯ ОРГАНОВ КОНТРОЛЯ В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНЦИИ: ПРОБЛЕМЫ ОБОСНОВАНИЯ И ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ПРЕДМЕТА И ОБЪЕМА ДИСКРЕЦИИ

К.А. Писенко

Антимонопольное право и антимонопольное законодательство имеют ряд отличительных особенностей среди других направлений правового регулирования. Наиболее характерная из них — это непосредственное влияние экономических явлений и процессов на содержание регулирования и правоприменение. Еще крупнейший российский исследователь конкурентного права О.А. Жидков писал о т.н. каучуковых конструкциях и нормах антимонопольного законодательства зарубежных капиталистических государств¹, в известной степени этот тезис применим к конкурентному праву и многих других стран, в том числе и к российскому.

Эта «каучуковость» касательно разных государств может иметь в основе своего генезиса и общие, и особенные экономические и иные социальные причины, обусловленные спецификой текущего развития конкретного государства. Кроме того, степень неясности, неоднозначности, изменяемости смысла правовых норм, что и составляет содержание того явления, которое О.А. Жидков назвал «каучуковостью», может различаться от поставленной в определенные правовые рамки известной гибкости до значительной размытости и полной правовой неопределенности.

В исторической ретроспективе т.н. каучуковость, или подвижность, многовариантность при правоприменении антимонопольных норм стала зарождаться как системное управляемое явление в кон-

¹ См., например: Жидков О.А. Законодательство о капиталистических монополиях // Жидков О.А. Избранные труды / отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. М., 2006. С. 520 и др.

це XIX в., когда старые антимонопольные запреты, предназначенные для борьбы с рыночными спекуляциями, преимущественно в торговой сфере на локальных рынках, стали уступать место новому антимонопольному праву¹.

Правовая антимонопольная реформа стала необходимым юридическим ответом на вызовы нового экономического уклада, связанного с последствиями промышленной революции, выходом на экономическую арену крупных промышленных, финансовых, торговых корпораций, концернов, трестов, синдикатов, и, как следствие, необходимостью формирования системы гибких антимонопольных норм, которые, с одной стороны, не запрещали бы *per se* предпринимательские объединения или союзы, как называли их А.И. Каминка², а с другой, ставили хотя бы некоторые пределы злоупотреблениям монополистических объединений. Идеология этой реформы нашла отражение в резолюции XXVI конференции Межпарламентского союза в Лондоне в 1930 г., в которой, в частности, говорилось: «Картели, тресты и другие аналогичные объединения представляют собой естественное явление в экономической жизни, в отношении которого невозможно занять полностью негативную позицию. Учитывая, однако, что такие объединения могут оказывать вредное воздействие как на общественные интересы, так и на интересы государства, их необходимо контролировать. Этот контроль не должен принимать форму такого вмешательства в экономическую жизнь, которая могла бы затронуть ее нормальное развитие. Он должен быть лишь контролем над возможными злоупотреблениями и предотвращать такие злоупотребления»³.

Реализовать данный подход прежними уголовно-правовыми запретами ценовых сговоров в сочетании с гражданскими средствами их недействительности было невозможно, поскольку ставило вне закона синдикаты, тресты и иные подобные объединения⁴. Поэтому неслучайно ставка была сделана на развитие для целей антимонопольного регулирования административно-правовых норм

¹ Подробнее об антимонопольной реформе конца XIX в. — первой половины XX в. и становлении современного антимонопольного права см., например: Писенко К.А. Развитие антимонопольного права: от механизмов противодействия локальным спекулятивным монополиям до современной системы антимонопольного регулирования. М., 2010. С. 56–96.

² Каминка А.И. Основы предпринимательского права / под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. М., 2007. Сер. «Русское юридическое наследие». С. 220 и др.

³ Жидков О.А. Законодательство о капиталистических монополиях // Жидков О.А. Избранные труды / отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. М., 2006. С. 564–565.

⁴ См. подробнее: Писенко К.А. Развитие антимонопольного права. С. 56–60.

и конструкций, которые в сочетании с гражданско-правовыми средствами были способны реализовать указанные идеи.

Сегодня уголовная ответственность в антимонопольном праве применяется ограниченно только в нескольких государствах, например в США, либо не используется вовсе, уступив место административным запретам и мерам принуждения в сочетании с системой гражданско-правовых средств¹. Удобство административного права для взращивания в его недрах антимонопольных регуляторов связано, прежде всего, с возможностями органов исполнительной власти, административных органов реализовывать гибкий подход на основе обладания информацией об экономике и рынках, в отличие от органов досудебного следствия, правоохранительных органов, которые удобно могли бороться со спекулятивными сговорами на локальных рынках, но будучи организационно лишены возможности регулярного мониторинга и анализа рыночной конъюнктуры, не могли по своей природе стать основой субъектного состава органов антимонопольного применения в новых экономических условиях, где все больше надо было принимать решение по усмотрению на основе текущих экономических задач государства, что требовало наличия специальных экономических знаний и их постоянной актуализации у правоприменителей. Не случайно в связи с этим даже в США, где сохранилась уголовная ответственность за антитрестовские нарушения, для нужд антимонопольного контроля на федеральном уровне в помощь Антитрестовскому дивизиону Департамента юстиции в 1914 г. была создана совершенно новая властная структура, действующая не в уголовно-процессуальном, а в административно-правовом режиме — Федеральная торговая комиссия².

Однако объективная заинтересованность в возможности правовой гибкости антимонопольного регулирования встретила с другой логикой и другим публичным интересом в управлении социальными отношениями, который представлен в традиционных целях административного права: эффективность публичного управления и защита прав граждан от произвола администрации.

¹ См. подробнее: Писенко К.А. Стандарты административно-правового регулирования и современное антимонопольное законодательство Российской Федерации // Конкурентное право. 2013. № 2. С. 4–7; Никеров Г.И. Административный механизм антимонопольного регулирования // Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М., 2004.

² Federal Trade Commission Act. Incorporating U.S. SAFE WEB Act amendments of 2006 (Unofficial version) // URL: <https://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act>

Поскольку пореформенное антимонопольное законодательство в XX в. стало развиваться преимущественно в рамках режима административного права, это автоматически повлекло распространение на административное антимонопольное право всех основных догматических положений общего административного права, в том числе разработанных наукой и практикой принципов и целей административного права, организации и деятельности администрации.

Конвергенция обусловленных экономическими реалиями специальных задач антимонопольного регулирования в новейшее время и целей административного права, к которым относятся, прежде всего, достижение эффективного государственного управления и защита прав граждан от неправомерного поведения администрации, и сформировала современные юридических институты антимонопольного правового регулирования.

В этой конвергенционной модели, таким образом, свобода усмотрения антимонопольных органов при принятии властных решений в отношении рынков и их субъектов предопределяется не только экономической целесообразностью текущего периода развития страны, но и императивами административно-правовых целей, сдерживающими свободу такого усмотрения в определенных правовых рамках, не позволяющих действовать вопреки эффективности государственного управления в целом и с явным и несоразмерным ущербом правам и законным интересам граждан.

Переходя от общетеоретического рассуждения, опирающегося на мировой опыт, к российским реалиям, следует признать, что проблемы развития отечественного административного права и законодательства на современном этапе привели к тому, что мы не пережили в полной мере указанного выше процесса конвергенции и не смогли пока получить ее плодов. Иными словами, с правовой точки зрения административное усмотрение, не испытав юридической коррекции от императива целей административного права, оказалось объективно обусловленным только с одной стороны — задачами экономического свойства. Многие апробированные мировой практикой правовые институты, обеспечивающие проверяемость экономической и управленческой целесообразности и законности властных решений антимонопольных органов в отношении участников рынка, в отечественном антимонопольном законодательстве отсутствуют или установлены номинально, не выполняя задач достижения целей административного права. Пробел в части реализации в законодательстве целей административного права

открывает пространство для ведомственного субъективизма при принятии решений по усмотрению.

Таким образом, закономерный в публичном, в том числе административном антимонопольном праве принцип административного усмотрения, если он не получает жесткой юридической привязки к правовым средствам обеспечения конкретных публичных интересов и защиты прав граждан от административного произвола, на практике может реализовываться в принятии решений, обусловленных не указанными задачами, а субъективными факторами.

В качестве иллюстрации рассматриваемой комплексной проблемы можно обратить внимание на спорные положения ряда институтов и субинститутов отечественного антимонопольного законодательства.

Контроль экономической концентрации. Здесь можно говорить о двух основных проблемах регулирования усмотрения. Во-первых, основания а) для отказа в заключении сделок, б) для разрешения сделок без выдачи предписания и в) для разрешения сделок с выдачей предписания, в законодательстве во многом совпадают, если не считать формальных оснований для отказа в связи с недостоверностью информации, поэтому практически в полном объеме решение зависит не от законодательных критериев, а от усмотрения правоприменителя. Так, согласно ст. 33 Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения ходатайства о даче согласия на осуществление сделки, иного действия, подлежащих государственному контролю, антимонопольный орган принимает, в частности, следующие решения:

1) об удовлетворении ходатайства, если сделка, иное действие, заявленные в ходатайстве, не приведут к ограничению конкуренции;

2) об удовлетворении ходатайства о даче согласия на осуществление сделки, иного действия и об одновременной выдаче заявителю предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции, в случае осуществления указанными лицами заявленных в ходатайстве сделки, иного действия;

3) об отказе в удовлетворении ходатайства, если сделка, иное действие, заявленные в ходатайстве, приведут или могут привести к ограничению конкуренции (в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения заявителя либо доминирующего положения лица, которое будет создано в результате осуществления заявленных в ходатайстве сделки, иного действия).

На первый взгляд, кажется, что законодатель установил различные основания и критерии для принятия различных решений по

сделкам, между тем, при внимательном прочтении регулирование не воспринимается таким однозначным. Комплексный анализ указанных итоговых решений антимонопольного органа в ходе контроля экономической концентрации, позволяет сделать, в частности, следующие выводы:

1) основанием удовлетворения ходатайства, которое не требует одновременной выдачи предписания, является установление факта, что сделка или действие не приведет к ограничению конкуренции. Между тем, основаниями отказа в заключении сделки является установление факта, что сделка или действие приведет или может привести к ограничению конкуренции. Таким образом, законодатель разделяет понятия «*приведет*» и «*может привести*» к ограничению конкуренции. Следовательно, исходя из текста закона, если сделка *не приведет* к ограничению конкуренции, но *может привести*, ходатайство может быть удовлетворено, и даже без выдачи предписания;

2) законодательно не установлены четкие критерии разграничения оснований а) для удовлетворения ходатайства, которое не требует одновременной выдачи предписания и оснований, б) для удовлетворения ходатайства, которое будет сопровождаться выдачей предписания. Между тем для лица, заинтересованного в сделке, предписание и его содержание являются весьма важным обстоятельством, влияющим на его правовой статус и хозяйственную деятельность, его права и законные интересы. Кроме того, в отсутствие четких критериев возможна как ситуация выдачи предписания по сделке, которая *приводит к ограничению конкуренции*, так и по сделке, которая *не приводит к ограничению конкуренции*;

3) законодательно не установлены четкие критерии разграничения содержательных оснований а) удовлетворения ходатайства, которое будет сопровождаться выдачей предписания и содержательных оснований, б) отказа в удовлетворении ходатайств. Поскольку разрешение сделки с одновременной выдачей предписания может быть удовлетворено и в случае угрозы конкуренции, то формально антимонопольный орган может в случае угрозы конкуренции а) разрешить сделку с выдачей предписания и б) отказать в ней, а может и в) вовсе разрешить без выдачи предписания, если им будет установлено, что сделка не приведет к ограничению конкуренции, а лишь может привести к такому ограничению;

4) не установлены критерии степени ограничения конкуренции. Оно может быть значительным, например приводить к усилению доминирующего положения, а может быть незначительным. В обо-

их случаях формально антимонопольный орган может принять любое из трех решений. Поскольку возникновение или усиление доминирующего положения не устанавливается в качестве самостоятельного критерия, а рассматривается только как пример ограничения конкуренции, фактически законодатель формально приравнивает доминирование к незначительному ограничению конкуренции и оставляет полную свободу усмотрения антимонопольному органу.

В связи с изложенным полагаем, что практически полное отсутствие судебной практики по делам об оспаривании решений антимонопольного органа об отказе в совершении сделок в рамках контроля экономической концентрации не случайно, так как для успешной судебной защиты прав необходимы ясные законодательные требования, нарушения которых можно оспорить.

Вторая проблема, отчасти связанная с первой, — это возложение на антимонопольный орган одновременно двух функций в рамках контроля экономической концентрации. Первая — антимонопольный орган должен установить факт ограничения конкуренции совершаемой сделкой или факт отсутствия такого ограничения. Вторая — если сделка ограничивает конкуренцию, на антимонопольный орган возлагается задача определить наличие условий допустимости такой сделки по макроэкономическим соображениям, перечисленным в ст. 13 Закона о защите конкуренции.

Если прерогатива антимонопольного органа на решение первой задачи не вызывает сомнений, то по второму пункту имеются решительные возражения в части объема его усмотрения. Решение о допустимости сделки, ограничивающей конкуренцию, по макроэкономическим соображениям должно приниматься органом власти, ответственным за экономическую сферу в целом, а не ее отдельный функциональный сегмент, каким является защита конкуренции. Это должно быть экономическое министерство или правительственная комиссия, обеспечивающая участие в решении основных экономических министерств и ведомств, таких как Минэкономразвития России, Минпромторг России, Минсельхоз России, Минтранс России и др.

С такой точки зрения смотрит на вопрос правового регулирования контроля экономической концентрации зарубежный опыт антимонопольного контроля многих государств, где разделяются функция выявления сделок, ограничивающих конкуренцию, — это прерогатива антимонопольных органов, и функция разрешения

запрещенных антимонопольным органом сделок — это прерогатива экономических министерств или правительственных структур (правительства) в целом. Так, в *Испании* Национальная комиссия по конкуренции контролирует слияния только на предмет угроз конкуренции. Если сделка запрещена или разрешается только на определенных условиях, дело передается министру экономики, а затем — совету министров (Правительству) для принятия решения о разрешении запрещенного слияния при наличии превалирующих публичных интересов¹. Аналогичная модель применяется в *Германии*, только с той разницей, что решение о разрешении сделки принимает министр экономики². По принципу деконцентрации построена также административная модель контроля слияний во *Франции*³, в *Великобритании*⁴ и ряде других государств.

Следующий проблемный блок — регулирование публичных отношений, связанных с доказательствами по делам о нарушении антимонопольного законодательства. Эта область во многом находится на усмотрении антимонопольного органа. До внесения изменений осенью 2015 г. в Закон о защите конкуренции⁵ регулирование отношений, связанных с доказательствами, практически полностью отсутствовало в антимонопольном законодательстве, если не считать лапидарные указания закона, такие как «На заседании комиссии:... 3) исследуются доказательства» или «председатель комиссии... обес-

¹ См. ст. 60 испанского закона «О защите конкуренции». LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia // BOE núm. 159. 2007. URL: <http://www.cncompetencia.es/>

² См. § 42. (Санкция министра) германского Закона против ограничений конкуренции (Германии) в редакции официальной публикации от 15 июля 2005 г. (Вестник федеральных законов. Ч. I. С. 2114; 2009. Ч. I. С. 3850), последний раз измененный абз. 62 ст. 2 Закона от 22 декабря 2011 г. (Вестник федеральных законов. Ч. I. С. 3044.). Перевод: Германский фонд международного правового сотрудничества // Сайт Германского фонда международного правового сотрудничества.

³ См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М., 2004. С. 521.

⁴ См.: Конкурентное право Российской Федерации: учебное пособие для вузов / И.В. Васильева, Ю.Ю. Горячева, Н.Г. Доронина и др.; под ред. Н.И. Клейн, Н.Е. Фонаревой. М., 1999. С. 373; Гражданское и торговое право зарубежных стран. С. 520–521. Подробнее см. также: Писенко К.А. Антимонопольный контроль и защита конкуренции в системе управления экономикой: к вопросу о публично-правовой эффективности административной модели // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. № 4. 2015. С. 21–31; Писенко К.А. Публичные субъекты конкурентного права в России и зарубежных странах // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. № 2. 2012. С. 60–71.

⁵ Федеральный закон от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

печивает условия для всестороннего и полного исследования доказательств и обстоятельств дела...».

Благодаря изменениям, вступившим с силу в 2016 г., в Законе о защите конкуренции впервые появилась специальная ст. 45.1, посвященная доказательствам и доказыванию, по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Безусловно, важным достижением следует назвать появление в законе указания на письменные, вещественные доказательства иные доказательства, раскрытие понятий письменных и вещественных доказательств, а также некоторые начатки регулирования распределения бремени доказывания в виде установления правила о том, что «лицо, участвующее в деле, должно раскрыть доказательства, на которые оно ссылается, как на основание своих требований и возражений, перед другими лицами, участвующими в деле, в пределах срока, установленного комиссией».

Вместе с тем такое регулирование доказательственных отношений представляется недостаточным. Данные отношения являются частью юрисдикционных антимонопольных отношений, в рамках которых принимаются властные решения, могущие иметь своим последствием существенные ограничения прав граждан, имущественные лишения, применение административной, уголовной ответственности, не говоря уже о последствиях для публичного интереса государства в сфере экономики. В связи с этим, регулирование доказательственных отношений должно быть сопоставимо с принятыми в процессуальном законодательстве стандартами во избежание неограниченного усмотрения со стороны правоприменителя.

Если мы посмотрим на содержание законодательства об административных правонарушениях, уголовно-процессуального законодательства, ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ, везде вопросам доказательств уделяется значительное внимание. Так, в КоАП РФ¹ гл. 25 посвящена доказательствам — предмет доказывания, доказательства, оценка доказательств. В УПК РФ доказательствам посвящен уже целый раздел III «Доказательства и доказывание»², включающий несколько глав, где в том числе раскрываются вопросы допустимости доказательств, в АПК РФ доказательствам и доказыванию отве-

¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 1.

² Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // Российская газета. 2001. № 249.

дена глава 7, в которой, в частности, регулируются важнейшие вопросы допустимости и относимости доказательств¹ и т.д.

Такое подробное регулирование доказательственных отношений в процессуальном юрисдикционном законодательстве не случайно, оно формировалось годами как правовая гарантия в рамках соответствующих юрисдикционных производств в целях установления истины по делу, а также защиты прав слабой стороны публичных правоотношений во избежание нарушений со стороны властных субъектов.

В этом контексте законодательное регулирование антимонопольных юрисдикционных производств, очевидно, страдает явной недостаточностью применительно к доказательственным отношениям. В отсутствие регулирования широкое пространство остается для усмотрения контролирующего органа, который начинает ориентироваться на собственные подходы в отсутствие требований законодательства, в том числе закрепляет свои подходы в разъяснениях, статус которых законодательно также не определен². Так, разъяснением № 3 Президиума ФАС России «определены особенности выявления и доказывания недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах»³.

В данном разъяснении упоминаются, в частности, такие виды доказательств, как прямые и косвенные. Само по себе введение этих понятий в обход закона вызывает критику, кроме того, вниматель-

¹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // Российская газета. 2002. № 137.

² С одной стороны, разъяснения законодательства не являются нормативными актами, с другой стороны, на практике разъяснения органов власти нередко фактически выполняют нормативную функцию, особенно, когда содержат позиции, не вытекающие прямо из законодательства. Это способствует дезориентации субъектов права, неопределенности и запутанности содержания антимонопольного права и его применения. С учетом проблем, вытекающих из неопределенности правового значения разъяснений законодательства, с целью защиты прав заинтересованных лиц в судебно-процессуальное законодательство в недавнее время были введены даже специальные положения об оспаривании разъяснений, содержащих нормативные положения. См. ст. 217.1 «Рассмотрение административных дел об оспаривании актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ // Российская газета. 2015. № 49.

³ Разъяснение № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утв. протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. № 3 // СПС «КонсультантПлюс».

ный анализ содержания данных видов доказательств применительно к соглашениям и согласованным действиям на товарных рынках выявляет определенные расхождения с нормами Закона о защите конкуренции.

Так, закон устанавливает составы нарушений антимонопольного законодательства, в том числе, таких как ограничивающие конкуренцию соглашения и ограничивающие конкуренцию согласованные действия, содержание которых предопределяет и предмет доказывания. Однако введение понятия прямых и косвенных доказательств в разъяснении ФАС России фактически игнорирует установленное в законодательстве различие составов нарушений, ограничивающих конкуренцию соглашений и согласованных действий. Так, соглашение имеет формальный состав, что предполагает в качестве предмета доказывания факт договоренности.

Следовательно, факт нарушения должен считаться доказанным, если представлены документы либо аудио-, видеоматериалы, подтверждающие договоренность. В отсутствие таких доказательств можно говорить только о согласованных действиях, если будут представлены другие доказательства, свидетельствующие, в частности, о публичном заявлении представителя хозяйствующего субъекта, антиконкурентном изменении рыночного поведения предполагаемых участников согласованных действий и др.

Таким образом, для согласованных действий должны применяться иные доказательства, нежели для соглашений, поскольку предмет доказывания по согласованным действиям иной — это не факт договоренности, а изменение рыночного поведения. Тем не менее в указанном разъяснении № 3 различные доказательства смешиваются применительно к обоим видам нарушений, вводится не предусмотренное законом деление доказательств на прямые и косвенные и устанавливается возможность применения всего объема таких доказательств к обоим видам нарушений антимонопольного законодательства.

Будучи весьма противоречивыми, такие разъяснения и следующая в их фарватере практика правоприменения между тем значительно влияют на экономические отношения, права и законные интересы субъектов антимонопольного права. Неоднозначности усмотрения способствует отсутствие в антимонопольном законодательстве регулирования вопросов относимости, допустимости доказательств и иных вопросов, традиционно попадающих в сферу процессуального регулирования доказательственных отношений.

В настоящей работе были рассмотрены лишь некоторые проблемы, связанные с регламентацией пределов усмотрения органов контроля в сфере защиты конкуренции. В целях решения поставленных проблем с учетом актуальных задач социально-экономического развития России, общепризнанных положений административно-правовой теории, мирового опыта антимонопольного регулирования представляется целесообразным обозначить необходимость совершенствования антимонопольного законодательства, в том числе в области регулирования доказательственных отношений, установления в законодательстве принципов антимонопольного контроля, необходимых для единообразного административного правоприменения и судебного контроля, определения исчерпывающего перечня вопросов, по которым решения могут приниматься по усмотрению правоприменителя с одновременной фиксацией общих принципов, которым такое решение в любом случае должно соответствовать.

Одним из возможных путей устранения правовой неопределенности, связанной с изданием разъяснений и рекомендаций по применению антимонопольного законодательства, может быть установление их нормативного характера с одновременным законодательным определением, в частности, исчерпывающих случаев принятия, срока действия, круга лиц, места в иерархии нормативных актов, случаев и оснований отмены, субъектов разработки и утверждения таких разъяснений и рекомендаций.

§ 2. ПОЛНОМОЧИЯ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ ПО КОНТРОЛЮ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «О РЕКЛАМЕ»

А.А. Гогин

Антимонопольное законодательство является относительно новым способом директивного воздействия на экономику. Лишь в 1990 г. в Конституцию РСФСР было включено требование, обязывающее государство не допускать монополии в экономике, а принятый 22 марта 1991 г. Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» стал первым в отечественной истории властным актом соответствующего содержания¹. Известную позитивную роль также сыграл Феде-

¹ Ведомости СНД РФ и Верховного Совета РФ. 1991. № 16. Ст. 499.

ральный закон от 23 июня 1999 г. «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»¹.

Существенное значение для повышения качества правил, необходимых для данной сферы социальных отношений, имеет тот факт, что в п. 2 ст. 34 Основного Закона подчеркивается: «не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию».

В деле борьбы с монополизмом наша страна восприняла опыт ряда развитых государств, где специалисты условно выделяют две главные системы подобного законодательства: американскую и европейскую. Первая из них связана с правовыми запретами на создание монопольных объединений. Вторая базируется на юридических проверках деятельности хозяйствующих субъектов и в случае выявления правонарушений виновные лица привлекаются к ответственности. У нас применительно к российским реалиям используются элементы обеих систем, закрепленные положениями Закона о защите конкуренции. Его отличительная особенность заключается в том, что он одновременно предусматривает правовое регулирование как монополистической деятельности, так и пресечения недобросовестной конкуренции.

Можно утверждать, что, хотя и крайне противоречивый, но объективный ход развития рыночных отношений способствовал тому, что в России сложился самостоятельный предмет антимонопольного законодательства. Поэтому в настоящее время антимонопольное регулирование представляет собой особый, самостоятельный институт в отечественной правовой системе.

Указанные органы обладают широкими возможностями для осуществления надзорных функций. Вместе с тем в своей работе они призваны руководствоваться положениями Конституции РФ и другими актами, определяющими пределы вмешательства государства в управление деятельностью субъекта предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

В связи с этим антимонопольное законодательство содержит все основные положения, связанные с исключением возможного произвола со стороны уполномоченных структур. В частности, к основным руководящим началам, обуславливающим ответственность за нарушение антимонопольного законодательства, относятся принципы законности, справедливости, обоснованности, неотвратимости, гуманизма, презумпции невиновности.

¹ СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3171.

Конечный результат властного надзора выражается в следующих аспектах:

- а) восстановление нарушенных прав и законных интересов общества и государства;
- б) восстановление нарушенных прав и законных интересов участников рыночных отношений различного уровня;
- в) предупреждение возникновения острых конфликтных ситуаций между конкурентами и привлечение виновных лиц к юридической ответственности.

Помимо реализации положений Закона о защите конкуренции антимонопольные органы также наделены полномочиями по надзору за соблюдением требований Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон). По нашему мнению, передача им данных обязанностей вполне оправдана.

Во-первых, сфера рекламы представляет собой весьма существенное направление в области предпринимательских отношений. Здесь действуют те же механизмы, что и в иных сферах рыночной экономики: конкурентная борьба, а также скрытое стремление к доминирующему положению и монополизму.

Во-вторых, за прошедшие годы антимонопольными органами накоплен значительный опыт борьбы с негативными явлениями практически по всем важным экономическим направлениям.

Согласно п. 1 ст. 3 Закона реклама — это информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Таким образом, реклама в силу присущих ей специфических особенностей (регулярная повторяемость в средствах массовой информации, размещение на улицах и площадях населенных пунктов, привлечение к ее распространению знаковых, узнаваемых лиц):

с одной стороны, выступает эффективным средством влияния на психологию представителей различных социальных слоев, являющихся потребителями товаров, работ, услуг;

с другой стороны, даже при наличии кризисных явлений в экономической и социальной областях общественной жизни, активно воздействует на состояние рынка в целом, что в некоторой степени способствует развитию позитивных элементов в его структуре и оживлению интереса физических и юридических лиц к тем или иным товарам, работам, услугам.

По нашему мнению, правила ст. 5 «Общие требования к рекламе» Закона развивают и конкретизируют условия ст. 14 Закона о защите конкуренции. В основном это правовые запреты, устанавливающие субъективные обязанности рекламодателей, рекламопроизводителей, рекламораспространителей. Они призваны воздерживаться от указанных в нормах конкретных форм противоправного поведения.

Так, недобросовестной признается реклама, которая:

- содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, произведенными другими изготовителями или реализующимися другими продавцами;

- порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента;

- представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным способом, в данное время или в данном месте, если она осуществляется под видом рекламы другого товара, товарный знак или знак обслуживания которого тождественен или сходен до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания товара, в отношении рекламы которого установлены соответствующие требования и ограничения, а также под видом рекламы изготовителя или продавца такого товара;

- является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством.

В свою очередь, в п. 3 сформулирован обширный перечень видов недостоверной рекламы, содержащей не соответствующие действительности сведения. Назовем лишь отдельные из них. Например, недостоверной информацией могут быть ложные данные:

- о любых характеристиках товара, в том числе о его природе, составе, способе и дате изготовления, назначении, потребительских свойствах, об условиях применения товара, о месте его происхождения, наличии сертификата соответствия или декларации о соответствии, знаков соответствия и знаков обращения на рынке, сроках службы, сроках годности товара;

- о стоимости или цене товара, порядке его оплаты, размере скидок, тарифов и других условиях приобретения товара;

- об официальном или общественном признании, о получении медалей, призов, дипломов или иных наград;

- о рекомендациях физических или юридических лиц относительно объекта рекламирования либо о его одобрении физическими или юридическими лицами.

Кроме того, реклама не должна побуждать к совершению противоправных действий; призывать к насилию и жестокости; иметь сходство с дорожными знаками или иным образом угрожать безопасности движения автомобильного, железнодорожного, водного, воздушного транспорта; формировать негативное отношение к лицам, не пользующимся рекламируемыми товарами, или осуждать таких лиц; содержать информацию порнографического характера.

В конечном счете Закон устанавливает запрет рекламы, приводящей виновных субъектов к определенным негативным последствиям. Выход за рамки установленных нормативных границ представляет собой правонарушение, влекущее применение мер юридической ответственности.

Столь детальное нормативное закрепление противоправных форм поведения имеет предысторию. В середине 1990-х гг. средства массовой информации — телевидение, радио, печатные издания были заполнены агрессивной рекламой алкогольной продукции, табачных изделий, сомнительных лекарственных препаратов, пищевых добавок неизвестного происхождения и азартных игр. Фактически на тот момент в сфере рекламы не существовало каких-либо цивилизованных правил и жестких ограничений.

«Популяризовались главным образом иностранные изделия, реклама которых в странах-изготовителях была запрещена, что способствовало наплыву в Россию огромной массы низкопробной продукции», — отмечал С.Э. Жилинский¹.

Цель преследовалась лишь одна: получаемые таким путем огромные финансовые средства шли в доход телерадиокомпаний, печатных изданий и коррумпированных чиновников. Названный исследователь констатировал, что, как следствие, в стране резко увеличилось число алкоголиков и курящих, в том числе подростков и беременных женщин, вырос уровень смертности по причине пьянства и курения.

В дальнейшем для наведения элементарного порядка российскому государству пришлось выдержать суровую борьбу с заинтересованными субъектами: региональными властными структурами, представителями криминала, лоббистами не только отечественных фирм и корпораций, но и заграничных производителей. Многие из них на официальном уровне оспаривали положения действовавшего в ту пору соответствующего законодательства, поскольку утвер-

¹ Жилинский С.Э. Предпринимательское право: учебник для вузов. 4-е изд., изм. и доп. М., 2003. С. 751.

ждали, что регулирование рекламной деятельности может быть прерогативой субъектов Федерации.

Весомую роль в разрешении противоречий сыграл Конституционный Суд РФ, приняв Постановление от 4 марта 1997 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности статьи третьей Федерального закона от 18 июля 1995 г. «О рекламе». В п. 6 означенного решения подчеркивалось, что правовое регулирование вопросов в области рекламы, относящихся к общедепартаментальному законодательству, иными видами законодательства способно создать препятствия для перемещения товаров, услуг и финансовых средств, ограничить добросовестную конкуренцию, что несовместимо с обязанностью государства гарантировать единство экономического пространства¹.

Отметим, что содержание ныне действующей ст. 21 «Реклама алкогольной продукции» Закона проработано качественно и всесторонне. Поэтому ее наличие наравне с иными властными требованиями позволило практически полностью исключить упоминание алкоголя в средствах массовой информации.

Также обращает на себя внимание содержание ст. 27 Закона. Несмотря на отсутствие прямого упоминания, в ней, как и в некоторых других нормах, находят непосредственное закрепление нравственные установки, связанные с реализацией положений п. 3 ст. 55 Конституции РФ.

Полагаем, что принимая статью, законодатель руководствовался не только публичными интересами, но и моральными принципами. В частности, на основании ее условий реклама основанных на риске игр, пари не должна:

- 1) обращаться к несовершеннолетним;
- 2) создавать впечатление, что участие в основанных на риске играх, пари является способом заработка или получения иного дохода либо иным способом получения средств к существованию;
- 3) содержать утверждения, которые преувеличивают вероятность получения выигрыша или преуменьшают степень риска;
- 4) содержать свидетельства о получении выигрышей лицами, которые признаны выигравшими в соответствии с условиями основанных на риске игр, пари, но выигрыши не получили;
- 5) содержать утверждения о том, что участие в основанных на риске играх, пари имеет важное значение для достижения общественного признания, профессионального, спортивного или личного успеха;

¹ Российская газета. 1997. № 53.

- б) осуждать неучастие в основанных на риске играх, пари;
- 7) создавать впечатление, что получение выигрышей гарантировано;
- 8) использовать образы людей и животных.

Свои характерные особенности имеют положения анализируемого Закона, связанные с вопросами юридической ответственности. Так, в п. 1 ст. 38 Закона подчеркивается, что нарушение физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с гражданским законодательством.

В свою очередь, в п. 2 статьи отмечается, что лица, права и интересы которых нарушены в результате распространения ненадлежащей рекламы, вправе обращаться в установленном порядке в суд или арбитражный суд, в том числе с исками о возмещении убытков, включая упущенную выгоду, о возмещении вреда, причиненного здоровью физических лиц и (или) имуществу физических и юридических лиц, о компенсации морального вреда, о публичном опровержении недостоверной рекламы (контррекламе).

Однако, если реклама на федеральном уровне в ведущих средствах массовой информации в основном функционирует в границах правового поля, то на региональном и особенно на местном уровне существует много проблем.

Например, во многих городах и иных населенных пунктах заинтересованные субъекты, в том числе имеющие статус юридических лиц, распространяют рекламу сомнительного содержания путем размещения объявлений, листовок, плакатов и иных носителей. Как правило, это информация о новых финансовых пирамидах, о нетрадиционных способах лечения, поставках экзотических препаратов и пр.

По нашему мнению, в указанных условиях приоритет в сфере рекламной деятельности гражданско-правовой ответственности над мерами административной ответственности не отвечает социальным интересам в силу своей неэффективности и крайне медленной реализации.

В подобных ситуациях антимонопольные органы должны иметь в своем распоряжении административно-правовой инструментарий и обязаны действовать оперативно, применяя к виновным лицам санкции штрафного характера. Поэтому содержание ст. 38 Закона нуждается в определенной корректировке, обусловленной необходимостью закрепления четких условий указанного характера.

**§ 3. КОНТРОЛЬ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ТРЕБОВАНИЙ
ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА
от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ
«О ЗАКУПКАХ ТОВАРОВ, РАБОТ, УСЛУГ
ОТДЕЛЬНЫМИ ВИДАМИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ»**

И.О. Шандиева, А.А. Филатова

Почти за пять месяцев 2016 г. в Московское УФАС России поступило более 1200 жалоб на действия заказчиков при проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), из которых 647 принято к рассмотрению. 55% жалоб, рассмотренных комиссией антимонопольного органа в указанном периоде по существу, признаны обоснованными. По результатам рассмотрения указанных жалоб выдано 150 предписаний.

На основании результатов рассмотренных жалоб можно сделать вывод о том, что такой этап закупочной процедуры, как заключение договора, вызывает многочисленные споры. Условно их можно разделить на следующие виды:

- необоснованный отказ заказчика от заключения договора по результатам закупочной процедуры;
- заключение договора по итогам закупки без соблюдения 10-дневного моратория с момента размещения информации о подведении итогов;
- отсутствие в документах, регламентирующих проведение конкурентной процедуры, порядка заключения договора.

Остановимся на каждом подробнее.

Московским УФАС России на протяжении последнего года было рассмотрено немало жалоб на действия корпоративных заказчиков, касающиеся отказа последних от заключения договора по результатам проведенной закупочной процедуры (при наличии потребности в товарах, работах, услугах).

В рассмотренных антимонопольным органом случаях заказчиками в Единой информационной системе в сфере закупок были опубликованы извещения о проведении запросов предложений, содержащие информацию о заказчике, о предмете и прочих условиях договора, информацию о запросе предложений, в том числе о сроке подписания договора с победителем закупки.

Заказчиками в документации о проведении запроса предложений указывается информация о том, что процедура запроса предложений не является торгами и публичным конкурсом в соответствии со ст. 447–449 и гл. 57 ГК РФ. По итогам запроса предложений у заказчиков отсутствует обязанность заключить договор с победителем закупки.

Закупочной документацией одновременно закреплена обязанность лица, признанного в качестве победителя закупки, по заключению договора, с другой стороны — право заказчика не заключать договор с победителем закупки, что в свою очередь противоречит общим принципам гражданского законодательства и Закону о закупках, в частности принципу равенства участников гражданских правоотношений, установленному ч. 1 ст. 1 ГК РФ, а также установленному ч. 1 ст. 10 ГК РФ запрету на злоупотребление правом.

Исходя из положений ГК РФ торгами в контексте гражданского законодательства могут быть признаны закупочные процедуры, по своей правовой природе отвечающие определению «аукцион» или «конкурс», вне зависимости от того, какое наименование присвоено им организатором таких процедур.

Извещения о проведении обжалуемых запросов предложений содержали сведения, предусмотренные ч. 2 ст. 448 ГК РФ.

На основании изложенного комиссия антимонопольного органа пришла к выводу, что заказчиками опубликованы извещения для неопределенного круга лиц, содержащие условия, позволяющие отнести способ заключения договора к торгам, в связи с чем к данным правоотношениям применимы нормы ГК РФ, регулирующие проведение торгов вне зависимости от того, как заказчики именуют проводимую им процедуру.

По результатам обжалуемых закупок определяется участник, предложивший лучшие условия исполнения договора.

В соответствии с ч. 1 ст. 447 ГК РФ договор заключается с лицом, выигравшим торги. Положениями ст. 447–448 ГК РФ не предусмотрено возможности отказа от заключения договора с победителем.

Соответственно, нормы закупочной документации в части того, что процедура запроса предложений не является торгами и публичным конкурсом в соответствии со ст. 447–449 и гл. 57 ГК РФ неправомерны и не соответствуют требованиям гражданского законодательства и Закона о закупках, нарушают баланс частных и публичных интересов, законодательно закреплённый принцип равенства участников гражданских правоотношений, поскольку создают незаконные, необоснованные преимущества заказчику, наделяя его исклю-

чительно правами и, ущемляя, таким образом, экономически более слабую сторону в правоотношениях — участника, презюмируя, что у него имеются исключительно обязанности.

В системе действующего правового регулирования при проведении конкурентного отбора контрагента является недопустимым наличие у одного субъекта исключительно прав, у другого — исключительно обязанностей. Принципу стабильности и определенности положение таких заявителей в правоотношениях с заказчиком не отвечает. Так, например, в случае уклонения такого лица от заключения договора с заказчиком участник может быть включен в реестр недобросовестных поставщиков. В то же время заказчик оставляет за собой право немотивированно отказаться от заключения договора с победителем без принятия на себя какой-либо ответственности.

В связи с этим антимонопольным органом был неоднократно сделан вывод о неправомерном отказе заказчика заключить договор по итогам проведенных запросов предложений при наличии потребности в товарах, работах, услугах, являющихся предметом закупки. Следует отметить, что заказчики в указанных спорных случаях не смогли обосновать принятые им решения.

Законность указанной правовой позиции антимонопольного органа подтверждена судебной практикой, в том числе кассационной инстанцией (А40-164411/2015, А40-163324/2015).

Обратной негативной стороной на этапе завершения закупки является заключение договора по итогам закупочной процедуры буквально на следующий день после подведения итогов.

Прецедентным решением по вопросу установления в положении о закупках срока заключения договора по результатам закупки, не учитывающего закрепленной в Законе о закупках и Законе о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа, стало определение Верховного Суда РФ от 2 февраля 2016 г. № 309-КГ15-14384 (по делу Арбитражного суда Свердловской области № А60-28335/2014).

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации рассмотрела в открытом судебном заседании дело по кассационной жалобе Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области на постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23 июля 2015 г. по делу № А60-28335/2014 Арбитражного суда Свердловской области.

Как следует из текста определения Верховного Суда РФ, Положением о закупках заказчика было закреплено, что договор с побе-

дителем должен быть заключен не позднее 20 дней по итогам конкурсов и аукционов с момента опубликования итогового протокола.

Заказчиком на официальном сайте размещено извещение о проведении закупки. По итогам размещения заказа (протокол подписан 20 декабря 2013 г. и размещен на сайте 23 декабря 2013 г.) определен победитель, с которым 27 декабря 2013 г. был заключен соответствующий договор (на четвертый день после размещения итогового протокола).

Иной участник закупки обратился с жалобой в Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области на действия заказчика при проведении закупки, по результатам рассмотрения которой был признан факт нарушения заказчиком положений Закона о закупках, а в действиях закупочной комиссии организатора закупки — нарушение конкурсной документации и п. 2 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции. Заказчику было выдано предписание о внесении изменений в Положение о закупках в части установления срока, до истечения которого договор не может быть заключен, не менее срока, установленного ч. 4 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции (обжалование действий (бездействия) организатора торгов в антимонопольный орган допускается не позднее десяти дней со дня подведения итогов).

Сокращение заказчиком законодательно установленного десятидневного срока на обжалование в антимонопольный орган действий организаторов торгов, аукционной или конкурсной комиссии является нарушением ч. 4 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции.

При этом судами отмечено, что Положение о закупках должно соответствовать требованиям, установленным Законом о закупках и Законом о защите конкуренции, в соответствии с которыми порядок заключения договоров направлен на обеспечение участникам закупки возможности реализации их права на обжалование действий заказчика (организатора торгов) в антимонопольный орган по процедуре, установленной ст. 18.1 Закона о защите конкуренции и ч. 10 ст. 3 Закона о закупках.

По мнению Судебной коллегии Верховного Суда РФ, из положений ст. 1 Закона о закупках следует, что целью регулирования данного Закона является в том числе расширение возможностей участия юридических и физических лиц в закупке товаров, работ, услуг для нужд заказчиков и стимулирование такого участия, развитие добросовестной конкуренции, обеспечение гласности и прозрачности закупки, предотвращение коррупции и других злоупотреблений.

Для достижения названных целей участникам закупки предоставлено право в порядке, установленном антимонопольным органом, обжаловать действия (бездействие) заказчика при закупке товаров, работ, услуг (ч. 10 ст. 3 Закона о закупках).

Следовательно, установление в Положении о закупках срока заключения договора по результатам закупки, не учитывающего закрепленной в Законе о закупке и Законе о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа, фактически исключает применение оперативных мер, предусмотренных ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, лишает обращение с соответствующей жалобой какого-либо юридического смысла, а потому направлено против прав участников закупки.

Судебная коллегия Верховного Суда РФ полагает, что в силу требований вышеуказанных положений действующего законодательства разрабатываемое участником закупки Положение о закупках не должно вступать в противоречие с Законом о защите конкуренции в соответствующей части, а напротив, призвано обеспечивать реализацию права на защиту в административном порядке путем установления соответствующего порядка заключения договоров по результатам торгов.

Сокращение либо исключение указанного срока направлено на снижение эффективности защиты гражданских прав, в связи с чем предписание антимонопольного органа в оспариваемой части было признано соответствующим требованиям Закона.

Данной правовой позиции придерживается и Московское УФАС России при рассмотрении жалоб на действия корпоративных заказчиков при проведении конкурентных процедур. Зачастую заказчики в отсутствие в действующем законодательстве прямого запрета в части заключения договора по итогам закупки не ранее 10 дней с даты размещения итогового протокола, заключают указанные договоры буквально на следующий день после подведения итогов, что исключает возможность досудебного обжалования действий заказчиков, восстановления нарушенных прав участников и порождает ситуацию безнаказанности заказчиков при совершении ими неправомерных действий.

Хотелось бы также отметить московский опыт осуществления контроля за соблюдением требований Закона о закупках в части срока заключения договора по итогам закупочной процедуры. По инициативе Московского УФАС России Правительством Москвы было принято постановление Правительства Москвы от 5 июля 2013 г. № 441-ПП «Об утверждении Перечня дополнительных

требований к Положению о закупках товаров (работ, услуг) государственных унитарных предприятий города Москвы и хозяйственных обществ, в уставном капитале которых доля города Москвы в совокупности превышает 50%, государственных автономных и бюджетных учреждений города Москвы» (далее — постановление Правительства Москвы № 441-ПП), которое установило единые требования к проведению закупок для всех городских заказчиков — субъектов Закона о закупках. Правительством Москвы в рамках данного постановления добровольно для всех заказчиков Москвы установлен мораторий на заключение договора ранее 10 дней со дня размещения итогового протокола, в связи с чем у участников появилась возможность обжаловать действия заказчиков в досудебном порядке, что позволяет в сжатые сроки восстановить нарушенные права и законные интересы участников.

В заключение необходимо обратить внимание заказчиков на обязательное раскрытие в документах, регламентирующих проведение закупочных процедур, порядка заключения договора. Данное требование непосредственно продиктовано Законом о закупках, вместе с тем, при отсутствии указанной информации не представляется возможным признать участника не соблюдавшим порядок заключения договора, а, следовательно, и не представляется возможным определить правомерность признания участника уклонившимся от заключения договора по предмету закупки.

На основании изложенного действия заказчиков при проведении закупочных процедур должны строиться на балансе частных и публичных интересов с соблюдением принципа равенства участников гражданских правоотношений, без создания незаконных и необоснованных преимуществ для экономически более сильной стороны.

Глава 6

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

§ 1. БОРЬБА С КАРТЕЛЯМИ КАК ОДНО ИЗ НАПРАВЛЕНИЙ УКРЕПЛЕНИЯ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ РОССИИ

А.Ю. Цариковский

Несмотря на проходящие в мире после Второй мировой войны интеграционные процессы каждая страна в первую очередь заботится о своих национальных интересах, о своей военной, экономической безопасности, причем не только во внешнем мире, но и внутри блока, в состав которого она входит. Суверенитет — это неотъемлемый признак государственности, с утратой которого страна перестает существовать как самостоятельный субъект на внешнеполитической арене. Именно поэтому обеспечение и укрепление национальной безопасности — гаранта суверенитета — первоочередная задача органов власти любой страны, общества и каждого гражданина.

Российская Федерация не может и не должна быть исключением при отстаивании и защите своих национальных интересов, особенно в последнее время, когда резко усилились вызовы государству и государственности и на международной арене, и внутри страны. По большей части эти вызовы явились предсказуемой и вполне объяснимой реакцией на укрепление позиций России на международном уровне, настойчивое движение России к той важной роли, которую она раньше играла в мире (до событий 90-х годов) и которую она намерена вернуть себе сейчас. Следовательно, укрепление национальной безопасности, выработка четкой стратегии национальной безопасности, ее корректирование и постоянная актуализация, соотвечающая последним геополитическим изменениям, — одна из самых важных задач страны.

В современном мире, когда борьба за достойное место на мировой арене чаще всего происходит уже не на открытых полях сражений, а в эфире, на биржах и товарных рынках, — экономическая

безопасность становится важнейшей составляющей национальной безопасности страны.

Указом Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» утверждена Стратегия, которая является базовым документом по планированию развития системы обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, где излагаются порядок действий и меры по обеспечению национальной безопасности.

В Стратегии национальной безопасности особое внимание уделено стратегическим национальным приоритетам Российской Федерации, в том числе повышению конкурентоспособности национальной экономики; обеспечению продовольственной безопасности; гарантированному снабжению населения лекарственными препаратами, повышению эффективности и качества государственного управления экономикой; снижению издержек и неэффективных бюджетных расходов; борьбе с нецелевым использованием и хищением государственных средств, коррупцией.

К угрозам национальной безопасности Стратегия относит усиление конкуренции в борьбе за дефицитные сырьевые, энергетические, водные и продовольственные ресурсы; риск потери контроля над национальными ресурсами; сохранение условий для коррупции и криминализации хозяйственно-финансовых отношений; усиление недобросовестной конкуренции в отношении России.

Антиконкурентные соглашения и картели как их основная и наиболее опасная разновидность чаще всего причиняют вред интересам государства именно в сфере обеспечения национальной экономической безопасности. Они не только подрывают основы рыночной экономики, лишая в долгосрочной перспективе конкурентоспособности товары и услуги, производимые в стране, но и содержат в себе коррупционную составляющую и нередко заключаются в стратегически важных областях экономики. Это, например, строительство инфраструктуры космодромов и государственной границы, гособоронзаказ, добыча водных биологических ресурсов, продажа и производство фармацевтической продукции, строительство электростанций, дорог и медицинских учреждений, снабжение продуктами питания и обмундированием силовых ведомств страны и обеспечение продовольствием населения.

Антиконкурентные соглашения, включая картели, представляя собой противоправные соглашения между хозяйствующими субъектами — конкурентами либо между заказчиками, в том числе и государственными органами, и поставщиками. Антиконкурентные

соглашения ограничивают или полностью устраняют конкуренцию. Это могут быть сговоры на торгах, когда потенциальные конкуренты вместо того, чтобы конкурировать между собой, договариваются и делят лоты, поддерживают цену, чтобы получить максимум выгоды за свой товар (услугу). Особенно от этого страдают государственные учреждения и компании с госучастием, которые вынуждены переплачивать за товары и услуги. Зачастую участники торгов договариваются с представителями заказчика «за вознаграждение» и представители заказчика обеспечивают победу формально в конкурентной процедуре «своему» участнику. Это и ситуации, когда используется административный ресурс для лоббирования определенного коммерческого предприятия с целью продвижения товаров этого предприятия. Это — классические картели на товарных рынках, когда хозяйствующие субъекты — конкуренты делят рынок (по географическому признаку или по потребителям и т.д.) либо договариваются о цене между собой.

Выявление и пресечение деятельности картелей относится к компетенции ФАС России. Для этого несколько лет назад в структуре ФАС России создано специальное Управление по борьбе с картелями. Практически во всех развитых странах картели признаны самым опасным правонарушением против рыночной экономики, за которое установлена не только административная, но и уголовная ответственность.

Мы приведем несколько реальных примеров, демонстрирующих, как деятельность картелей причиняет вред национальной экономической безопасности Российской Федерации.

Например, это картели и иные антиконкурентные соглашения при добыче и реализации водных биологических ресурсов. Среди природных ресурсов, играющих важную экономическую и социальную роль, особое место занимают водные биологические, в первую очередь рыбные ресурсы. Согласно п. 1 ч. 1 ст. 2 Федерального закона от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» одним из основных принципов законодательства является учет значения водных биоресурсов *как основы жизни и деятельности человека*. В целях реализации положений данного Федерального закона был издан ряд нормативных актов, например постановление Правительства РФ от 29 апреля 2013 г. № 380 «Об утверждении Положения о мерах по сохранению водных биологических ресурсов и среды их обитания». Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие

стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» относит «добычу (вылов) водных биологических ресурсов» к *стратегическим видам деятельности*.

Состояние запасов водных биоресурсов, эффективное управление ими имеют стратегическое значение для развития экономики Российской Федерации. Рыбная промышленность в ряде регионов (Приморском крае, Камчатской, Сахалинской, Мурманской, Астраханской, Калининградской областях) является ведущей отраслью экономики. При этом в районах Крайнего Севера и Дальнего Востока рыбохозяйственная деятельность зачастую — основной источник жизни населения.

Распределение объемов вылова рыбы и нерыбных объектов среди 14 ведущих стран мира показывает, что мировое лидерство по этому показателю принадлежит Китаю. При этом Россия в 1990—1991 гг. в мировой рыболовной иерархии занимала по общему вылову 2—3 место, а в настоящее время она сместилась на 8 место. Снижение показателей вылова России произошло в результате многих негативных факторов, с которыми столкнулась рыбопромысловая отрасль нашей страны с момента распада СССР. Одним из таких факторов является слабое развитие конкуренции на рынке добычи и реализации водных биологических ресурсов. Знаковым примером этого считается выявленный ФАС России в 2012 г. картель на рынке добычи минтая и реализации продукции из него.

В ходе рассмотрения данного дела было установлено, что некоторые заключившие антиконкурентное соглашение российские добытчики минтая фактически находились под негласным и незаконным контролем китайских компаний. При этом значительная часть (до 95%) выловленной рыбы направлялась в Китай и Корею, и фактически это означало утрату контроля над нашими водными биологическими ресурсами, имеющими стратегическое значение.

Антиконкурентное соглашение привело к сокращению производства товаров — минтая и продуктов его переработки, а также поддержания цен на этом товарном рынке.

Другим примером опасности антиконкурентных соглашений для национальной безопасности России в сфере стратегических биологических ресурсов является дело о «крабовых аукционах».

В 2014 году ФАС России признала Федеральное агентство по рыболовству и его Приморское территориальное управление нарушившими ст. 16 Закона о защите конкуренции — заключение антиконкурентного соглашения с участниками аукционов по продаже

права на заключение договора о закреплении долей квот добычи краба в Приморье в 2012 г.

Кроме того, сами участники торгов заключили между собой картельное соглашение с целью поддержания цен на торгах. В результате право на добычу крабов в Приморье на десять лет «ушло» буквально «за копейки», в то время как выловленный краб продавался в Японию и Корею «втридорога».

Материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства были переданы Федеральной антимонопольной службой в Следственное управление Следственного комитета Российской Федерации по Приморскому краю для решения вопроса о возбуждении уголовного дела по признакам преступлений, предусмотренных ст. 178 и 285 Уголовного кодекса РФ. По результатам рассмотрения, в том числе материалов, поступивших из ФАС России, СУ СК РФ по Приморскому краю возбуждены уголовные дела по ст. 178 УК РФ в отношении владельца 100% уставного капитала ООО «Тайфун», владельца 99% уставного капитала ООО «Акваресурс ДВ» (им заочно предъявлено обвинение по ст. 178 УК РФ, избрана мера пресечения в виде ареста. Данные лица объявлены в международный розыск), и по ст. 285 УК РФ в отношении руководителя Приморского территориального управления Росрыболовства.

Также Приморским территориальным управлением Росрыболовства во второй половине 2012 г. был проведен конкурс на право заключения договоров о предоставлении рыбопромысловых участков для осуществления товарного рыбоводства в Приморском крае. В результате проведения данного конкурса должно было быть решено, какие компании получают рыбопромысловые участки для товарного рыбоводства в Приморском крае. Однако, как показало рассмотрение дела, ряд компаний — участников конкурса и его заказчик — Приморское территориальное управление Росрыболовства вступили в соглашение, которое ограничило конкуренцию при распределении рыбопромысловых участков. Ущерб от противоправных действий участников картеля оценивается в сумму более 900 млн руб.

Большой вред национальной безопасности России причиняют картели в области гособоронзаказа. Несмотря на то что функции по контролю в этой сфере были переданы ФАС России менее года назад, уже рассмотрено первое дело о картеле. Так, в июне 2015 года Федеральная антимонопольная служба признала ООО «Фобус», ООО «НПО «Луч», ООО «Ависта» нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции (картель на торгах) и ООО «Вектор»

нарушившим ч. 5 ст. 11 Закона о защите конкуренции (незаконная координация экономической деятельности). Комиссия ФАС России установила, что целью антиконкурентного соглашения являлось сохранение максимальной цены государственного контракта на аукционах в электронной форме, проводимых Министерством обороны Российской Федерации и Министерством внутренних дел на общую сумму более 335 млн руб. Снижение цены на аукционах составляло 1%. При этом ООО «Вектор» координировало экономическую деятельность указанных хозяйствующих субъектов и в конечном счете получало заказ на исполнение как субподрядчик.

В ноябре 2015 г. ФАС России вынесено решение о нарушении ст. 16 Закона о защите конкуренции в отношении Росграницы, ФГКУ «Дирекция по строительству и эксплуатации объектов Росграницы», ЗАО «РосТрансСтрой», выразившееся в ограничении конкуренции при проведении четырех конкурсов на выполнение работ и оказание услуг по разработке рабочей и проектной документации, а также строительство объектов Государственной границы РФ. По сути, соглашения обеспечивали передачу подрядов на строительство Госграницы «нужным» компаниям по максимальной цене. Общая сумма конкурсов исчисляется миллиардами рублей. По данному факту Следственным департаментом МВД России возбуждено уголовное дело. В настоящее время бывший руководитель Росграницы экстрадирован из Италии по запросу российских правоохранительных органов с целью привлечения к уголовной ответственности.

В отношении фигурантов дела вынесено два приговора по ч. 4 ст. 159 (мошенничество) и по ч. 3 ст. 174.1 (легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления) УК РФ.

Таким образом, даже важнейшие элементы системы национальной безопасности государства, такие как надежное обеспечение государственной границы, гособоронзаказ, оказались подвержены картелям и иным антиконкурентным соглашениям. Все это еще раз подчеркивает необходимость непримиримой борьбы с такими проявлениями монополистической деятельности.

Более 80% картелей и антиконкурентных соглашений, которые раскрываются в последние годы, — это сговоры на торгах. В условиях экономического кризиса и санкций борьба за «доступ» к финансовым потокам, источником которых преимущественно служит либо бюджет государства, либо компании с государственным участием, — обострилась. Основной объем финансовых средств распределяется посредством торгов (конкурсов или аукцио-

нов). Сговоры на торгах наносят непоправимый ущерб бюджету и госкомпаниям. Десятки и сотни миллиардов рублей распределяются и «осваиваются» не посредством соблюдения норм законодательства о торгах и защите конкуренции, а с помощью противоправных сговоров на торгах.

Федеральной антимонопольной службой выявлялись картели с целью поддержания цен на торгах на поставку продуктов питания для нужд Минобороны России, форменного обмундирования для нужд МВД России.

Особое внимание Служба уделяет сговорам на торгах по поставкам медикаментов и средств реабилитации для инвалидов. Недаром фармацевтическая отрасль, поставка лекарственных препаратов особо выделены в Стратегии национальной безопасности. Это жизненно важная в прямом смысле слова отрасль. От нее зависят жизнь и здоровье миллионов граждан нашей страны. Однако даже здесь желающие получить сверхприбыль участники картеля, зачастую вместе с жаждущими получить «вознаграждение» чиновниками не останавливаются ни перед чем, переступая фактически через жизни и здоровье людей.

Например, ФАС России был раскрыт картель частных компаний, которые заключили и реализовали соглашение, приведшее к поддержанию цен на торгах открытого аукциона на поставку лекарственных средств для государственных нужд. Речь идет о препарате «Пульмозим», применяемом при лечении больных некоторыми хроническими заболеваниями легких. Сумма штрафов для компаний — правонарушителей превысила 402 млн руб.

В настоящее время ФАС России и ее территориальными органами возбуждено более 20 дел о нарушении антимонопольного законодательства на рынках поставок лекарственных средств и медицинских изделий. Признаки антиконкурентных соглашений выявлены при проведении тысяч аукционов на территории 80 субъектов Российской Федерации на общую сумму начальных максимальных цен, исчисляемую миллиардами рублей.

Проверки ФАС России показали, что это одна из самых картелизованных отраслей экономики. Признаки антиконкурентных соглашений выявлены не только между участниками торгов, но и между заказчиками и участниками торгов.

Значительная часть картелей выявляется на торгах в сфере строительства. Это действительно не только самая финансовоемкая область расходования бюджетных средств, но и, без сомнения, одна из самых коррупционнoеmких.

Например, в Новгородской области был выявлен картель при проведении торгов на право заключения государственного контракта на выполнение работ по строительству мостового перехода через реку Перехода. В результате действий участников соглашения на аукцион вышло хозяйство, которое и стало победителем аукциона по максимально возможной цене. Антимонопольным органом принято решение о нарушении участниками торгов п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Следственным управлением СКР расследовано и направлено в суд уголовное дело. В результате первый заместитель начальника управления ГОКУ «Новгородавтодор» признан виновным в совершении ряда преступлений, в том числе по ч. 1 ст. 285 УК РФ, ч. 1 ст. 286 УК РФ, и осужден к четырем годам лишения свободы, один из участников торгов осужден по ст. 178 УК РФ к четырем годам лишения свободы условно.

Показательным примером является сговор, выявленный на торгах по содержанию автодорог: с 2011 г. по 2014 г. заказчиком ФКУ Упрдор «Енисей» проводились торги на право заключения государственных контрактов по содержанию (строительству и ремонту) автомобильной дороги. Установлено, что в указанный период шесть аукционов на общую сумму более 1,8 млрд руб. завершились без какого-либо соперничества между их участниками и снижение начальной цены контракта не превысило на 0,5%. При этом по результатам проведенного анализа закупок в тех аукционах, заявки на участие в которых были поданы хозяйствующими субъектами, не являющимися участниками картеля, наблюдалась конкуренция, в результате которой снижение начальной (максимальной) цены составило от 20 до 44%. Государственные контракты были заключены и полностью исполнены победителями.

Поэтому можно оценить ущерб, который понес государственный бюджет только по этим торгам на небольшом отдельно взятом участке автодороги — более 700 млн руб.(!) Если взять весь объем закупок, проводимых за счет госбюджета и компаний с госучастием, который исчисляется триллионами, можно оценить, какой вред приносят бюджету страны и национальной безопасности такие картельные сговоры. По нашим оценкам, ущерб от сговоров на торгах превышает ущерб от всех коррупционных преступлений в Российской Федерации.

Системные проблемы в области ценообразования в сфере строительства и расходования бюджетных средств на капитальное строительство выявило рассмотренное ФАС России дело об антиконкурентном соглашении между Минстроем России, Минрегионом

России, Госстроем, ФАУ «ФЦЦС», НО «НАСИ», «ООО «Стройинформиздат», ООО «Госнорматив» и ООО «Госстройсмета». Сложилась ситуация, при которой некоммерческая организация «Национальная ассоциация сметного инжиниринга» и связанные с ней хозяйствующие субъекты получили, по сути, исключительное положение основных обладателей информации, необходимой для составления сметной документации.

Фактически государственные сметные нормативы оказались в руках частных компаний, что не только ограничивает конкуренцию на соответствующих рынках, но и приводит к необоснованному удорожанию объектов строительства и перерасходу бюджетных средств, создает почву для злоупотреблений и коррупции при расходовании бюджетных средств, в том числе при строительстве таких стратегически важных для национальной безопасности объектов, как космодром «Восточный».

Эта работа ведется ФАС России совместно со Счетной палатой России и Следственным комитетом РФ. Одним из результатов такой работы стало вынесение обвинительного заключения в отношении бывшего главы ФЦЦС по ст. 285 УК РФ — злоупотребление должностными полномочиями.

Как было сказано выше, экономическая ситуация в стране, введение санкций дали дополнительный импульс для заключения антиконкурентных соглашений.

Некоторые компании, воспользовавшись непростой экономической ситуацией в стране и объективным ростом цен на продукты питания, решили организовать картели. Такие ценовые сговоры были выявлены территориальными органами в ряде субъектов Российской Федерации на товарных рынках по реализации сыра, молочной продукции, сахара и других товаров первой необходимости. Такой экономически необоснованный рост цен на продукты питания, несомненно, вызывает вполне объяснимое недовольство населения и рост социальной напряженности.

Серьезные опасения вызывает участие иностранных компаний в монополистической деятельности на территории Российской Федерации. Так, например, ФАС России рассмотрено дело нарушении п. 1 ч. 1 ст. 11.1 Закона о защите конкуренции (совершение запрещенных согласованных действий) океанскими контейнерными перевозчиками.

В деле о контейнерных перевозчиках все организации, которые ФАС России признала нарушившими антимонопольное законодательство, являются иностранными юридическими лицами.

Использование перевозчиками, которые входят в число крупнейших линейных контейнерных перевозчиков в мире, изменений базового тарифа морского фрахта путем GRI влияло на повышение себестоимости товаров и, соответственно, на повышение розничных цен для покупателей. В настоящий момент публикации GRI были прекращены некоторыми перевозчиками. Также ФАС России не были установлены случаи синхронного и единообразного введения GRI в 2014–2015 гг.

К сожалению, Россия не имеет собственного контейнерного флота и находится в полной зависимости от иностранных компаний. В контейнерах завозятся товары народного потребления, бытовая техника и электроника, продукты питания. Любой ценовой сговор на этом рынке — прямой удар по экономике страны и уровню доходов ее граждан.

Таким образом, картели и другие антиконкурентные соглашения представляют собой угрозу национальной безопасности страны.

Они распространились в стратегических сферах, включая распределение биологических ресурсов, гособоронзаказ (поставки в Минобороны, МВД, ФСБ России), строительства государственных объектов (государственная граница, космодром и т.д.), обеспечения населения медикаментами и продуктами первой необходимости.

Картели наносят огромный ущерб бюджету и компаниям с государственным участием, увеличивая их затраты на миллиарды рублей. Причем практически всегда имеют коррупционную составляющую, со всеми вытекающими последствиями. Картели подрывают основу рыночной экономики России, препятствуют реализации государственных программ, строительству инфраструктуры страны, являются факторами, ведущими к недовольству населения и социальной нестабильности.

Кроме того, участились случаи выявления картелей (других антиконкурентных соглашений) с участием иностранных компаний, которые являются средством экономического давления на российские компании, потребителей и государство в целом.

Сложившаяся экономическая и внешнеполитическая ситуация, стимулирующая рост числа картельных сговоров, их проникновение в жизненно важные сферы деятельности государства, составляющие основу национальной безопасности страны, требуют соответствующего ответа, реакции и мер от ФАС России, правоохранительных органов и государства в целом. Нужна консолидация усилий и ре-

сурсов органов государственной власти для отстаивания национальных интересов Российской Федерации.

Необходимо системное законодательно урегулированное взаимодействие ФАС России и правоохранительных, контрольно-надзорных органов, постоянный обмен информацией между ними, а также стабильная судебная практика. Полезным будет разъяснительная работа в обществе об опасности картелей и необходимости здоровой конкуренции, наряду с жестким и неотвратимым искоренением коррупции в сферах размещения государственного заказа, закупок компаниями с госучастием.

Для достижения положительного результата очень важно и необходимо предусмотреть конкретные мероприятия по профилактике и противодействию картелям в системе документов стратегического планирования (возможно в основных направлениях государственной политики в сферах обеспечения национальной безопасности).

§ 2. НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ СДЕЛОК, НАРУШАЮЩИХ ТРЕБОВАНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

М.А. Егорова

Вопрос об особенностях применения института недействительности к сделкам, нарушающим антимонопольное законодательство, остается актуальным и вызывает постоянный интерес не только у исследователей, но и у правоприменителей. В литературе указывается на существенное разнообразие подходов правоприменительной практики при решении дел, связанных с последствиями недействительности антиконкурентных сделок¹. Такое положение требует

¹ См.: Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: Научно-практическое руководство. М., 2014; Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К.Н. Алешин, А.В. Андросенко, И.Ю. Артемьев и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев. М., 2015; Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / К.М. Беликова, А.В. Габов, Д.А. Гаврилов и др.; отв. ред. М.А. Егорова. М., 2015; Сборник научно-практических статей II Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом» (22 апреля 2015 г., г. Москва) / Е.А. Абросимова, В.К. Андреев, Л.В. Андреева и др.; под общ. ред. С.Д. Могилен-

глубокого анализа с целью выявления специфики использования института недействительности сделок в качестве одного из гражданско-правовых способов защиты прав частных лиц, нарушенных в результате совершения антиконкурентных действий.

1. Вследствие реформы гражданского законодательства в качестве общего правила установлено, что сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, является оспоримой (п. 1 ст. 168 ГК РФ). Исключения составляют лишь два случая: 1) из закона следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки; 2) сделка посягает на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки (п. 2 ст. 168 ГК РФ).

Другими словами, действующее гражданское законодательство исходит из презумпции оспоримости сделки, нарушающей требования закона или иного правового акта. Действовавшая до реформы гражданского законодательства презумпция ничтожности такой сделки в настоящее время сохранена только в отношении сделок, которые посягают на публичные интересы или охраняемые законом интересы третьих лиц.

2. Одним самых распространенных оснований недействительности сделки в антимонопольной практике является *злоупотребление правом*, которое в сфере конкуренции наиболее часто выражается в злоупотреблении монополистом своим доминирующим положением. Несмотря на выраженное различие в подходах (иногда диаметрально противоположных) судов различных инстанций, правоприменительная высших судов в большей степени последовательно исходит из возможности признания злоупотребления правом в

ского, М.А. Егоровой. М., 2015; Рого А., Толстобров С. Проблемы оспаривания сделок, совершенных с нарушением антимонопольного законодательства // Корпоративный юрист. 2010. № 9. С. 49–50; Гутерман А.Е. Последствия нарушения правил государственного контроля за экономической концентрацией // Конкурентное право. 2016. № 1. С. 25–29; Белов В.А. Гражданско-правовая природа сделок, представляющих собой акты злоупотребления доминирующим положением // Закон. 2015. № 9. С. 98–109; Тотьев К.Ю. Сделки, нарушающие антимонопольное законодательство: ничтожность или оспоримость? // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 5. С. 68–73; Борзило Е.Ю. Вопросы недействительности сделок, совершенных с нарушением антимонопольного законодательства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 2. С. 38–41; Шайхеев Т.И. Коллективная монополистическая деятельность по российскому законодательству и законодательству зарубежных стран // Вестник арбитражной практики. 2014. № 4. С. 13–22.

сфере конкуренции в качестве основания для признания сделок ничтожными, а не оспоримыми, руководствуясь постулатом, что «само по себе признание сделки недействительной по мотиву злоупотребления ее сторонами (стороной) правом не противоречит законодательству и соответствует сложившейся правоприменительной практике»¹, поскольку злоупотребление правом при совершении сделки само по себе является одной из разновидностей нарушения запрета, установленного в ст. 10 ГК РФ, поэтому такая сделка должна быть признана недействительной в соответствии со ст. 10 и 168 ГК РФ как нарушающая требования закона².

По смыслу ст. 10 ГК РФ злоупотребление доминирующим положением может выражаться в совершении сделки, которая формально соответствует правовым нормам, но осуществлена с противоправной целью³, поскольку наносит явный ущерб либо интересам контрагентов (как, например, при установлении монопольно высокой цены), либо интересам конкурентов (соответственно, при монопольно низкой цене). Такая сделка может быть признана недействительной на основании положений ст. 10 и 168 ГК РФ.

Ранее правовая позиция Президиума ВАС РФ сводилась к возможности признания сделки недействительной ничтожной на основании положений ст. 10 и 168 ГК РФ даже на основании наличия доказанного факта недобросовестного поведения⁴. Оценка недобросовестных действий в качестве разновидности основания для признания сделки ничтожной являлось обычной практикой в работе ВАС РФ⁵. Но наиболее категорично положение о ничтожности договора, заключенного на основании недобросовестного поведения одной из его сторон нашло отражение в одном из постановлений Президиума ВАС РФ, где было прямо указано, что договор,

¹ Определение Верховного Суда РФ от 29 апреля 2016 г. № 304-ЭС15-20061 по делу № А46-12910/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

² Определение Верховного Суда РФ от 29 марта 2016 г. № 5-КГ16-28 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Определение Верховного Суда РФ от 8 декабря 2015 г. по делу № 34-КГ15-16 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 2.

⁵ См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 1795/11 по делу № А56-6656/2010 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 12; Постановление Президиума ВАС РФ от 13 мая 2014 г. № 17089/12 по делу № А24-53/2012 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 10; Постановление Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. № 15822/13 по делу № А45-18654/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

при заключении которого допущено нарушение положений п. 1 ст. 10 ГК РФ, является ничтожным в силу ст. 168 ГК РФ, а не оспоримым¹. При этом наличие в законодательстве специальных оснований оспаривания сделок с точки зрения Пленума ВАС РФ не препятствует возможности квалифицировать сделку, при совершении которой допущено злоупотребление правом, как ничтожную в силу ст. 10 и 168 ГК РФ². Этой же позиции в настоящее время придерживается и Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ³.

В сфере конкуренции оценка недобросовестного поведения в качестве основания применения института недействительности сделок может оказать существенное влияние на формирование способов защиты гражданских прав, нарушенных в результате совершения сделок, имеющих антиконкурентное содержание или последствия. В качестве недобросовестных могут быть расценены различные действия хозяйствующих субъектов, формально соответствующие признакам сделки, как то: 1) запрещенные *per se* «горизонтальные» (картель) или «вертикальные» соглашения (ст. 11–13 Закона о защите конкуренции); 2) проведение торгов, запросов котировок, участие в аукционах и заключение сделок на основании данных действий (ч. 4 ст. 17, ч. 5 ст. 18, ч. 19 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции)⁴; 3) ряд сделок по экономической концентрации (ч. 2 и 4 ст. 34 Закона о защите конкуренции); действия по злоупотреблению доминирующим положением, предусмотренным частями 1, 3, 6, 8 и 9 ст. 10 Закона о защите конкуренции, приводящие к неблаго-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 12 июля 2011 г. № 18484/10 по делу № А21-12778/2009 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

² См.: Пункт 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // Вестник ВАС РФ. 2011. № 3.

³ См.: Определение Верховного Суда РФ от 28 апреля 2016 г. № 306-ЭС15-20034 по делу № А12-24106/2014 // СПС «КонсультантПлюс»; Определение Верховного Суда РФ от 28 декабря 2015 г. № 308-ЭС15-1607 по делу № А63-4164/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ В отношении нарушения процедуры проведения торгов судебная практика наиболее категорична в пользу признания таких сделок ничтожными, а не оспоримыми. (См., например: п. 1 постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 1; п. 18 постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 1; Определение Верховного Суда РФ от 20 ноября 2014 г. по делу № 308-ЭС14-1222, А32-12847/2013 // СПС «КонсультантПлюс»).

приятным последствиям для состояния конкуренции; 4) некоторые виды односторонних сделок, предусмотренных главой 2.1 Закона о защите конкуренции, имеющих антиконкурентный эффект и соответствующих признакам недобросовестной конкуренции, которые в отношении конкурента могут иметь характер не юридических действий, а относительных событий, сохраняя при этом правовую природу автономной сделки (например, ст. 14.1, 14.2, 14.4, 14.6 Закона о защите конкуренции).

3. Судебно-арбитражная практика расценивает нарушения антимонопольного законодательства *в форме соглашений не в качестве сделок*, а в качестве антиконкурентных действий, и указывает на то, что к ним не должны применяться положения ГК РФ о договорах. Президиум ВАС РФ прямо установил, что нормы ГК РФ о форме договора не применяются к антиконкурентному соглашению¹. В обоснование своей позиции суд указал, что п. 18 ст. 4 Закона о защите конкуренции признает в качестве соглашения в конкурентном праве факт правонарушения в сфере антимонопольного законодательства, а не двухстороннюю сделку в том понимании, которое в нее вкладывают ст. 154, 160, 432, 434 ГК РФ, которые в данном случае не могут применяться в отношении правонарушения, поскольку антиконкурентное соглашение сделкой не является. Кроме того, подобную позицию Президиум ВАС РФ занимал и в отношении заключения договоров, попадающих под признаки антиконкурентных соглашений, указывая, что нормы ГК РФ об основных положениях о заключении договора не применяются к антиконкурентному соглашению, так как при установленном нарушении в виде заключения антиконкурентного соглашения, его правовые последствия не ставятся в зависимость ни от фактического выполнения самого соглашения, ни от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством.

В определенной мере указанная позиция Президиума ВАС РФ входит в противоречие с более поздней позицией этой высшей судебной инстанции, согласно которой договоры, заключенные в нарушение императивных запретов законодательства о конкуренции, ничтожны². Несмотря на то что данная правовая позиция суда была

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2010 г. № 9966/10 по делу «А27-12323/2009 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 4.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 11 марта 2014 г. № 16034/13 по делу № А53-17625/12 // СПС «КонсультантПлюс».

актуальна для сделок, совершенных до 1 сентября 2013 г., то есть до вступления в силу Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ¹, она сохраняет свое значение с тем лишь исключением, что подобные договоры в настоящее время презюмируются оспоримыми, а их ничтожность возникает только в случае фактического ограничения ими конкуренции (п. 2 ст. 168 ГК РФ). Так или иначе, необходимо констатировать, что Президиум ВАС РФ признавал договор, обладавший признаками антиконкурентного соглашения, сделкой, если считал, что к нему могут быть применены положения о недействительности сделок.

4. Систематическое толкование п. 1 и 2 ст. 168 ГК РФ в отношении сделок, нарушающих антимонопольное законодательство, позволяет выделить три категории оснований недействительности таких сделок:

1) в качестве общего правила презюмируется, что сделка, нарушающая требования Закона о защите конкуренции или иного правового акта, является оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки;

2) если в дополнение к первому основанию сделка нарушает публичные интересы, то такая сделка должна признаваться ничтожной, а не оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки;

3) если в дополнение к первому основанию сделка нарушает публичные интересы, а охраняемые законом интересы третьих лиц, то такая сделка должна признаваться ничтожной, а не оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки.

Как видно из представленных оснований, для признания сделки недействительной достаточно наличия самого факта установления нарушения антимонопольного законодательства. Последствия же применения недействительности могут быть различными в зависимости от того, были или не были нарушены публичные интересы либо интересы третьих лиц. Как верно отмечается в литературе, «практически любое нарушение антимонопольного законодательства будет либо противоречить публичному порядку, либо ущемлять

¹ Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2327.

чью-то права»¹. Однако при всей кажущейся ясности и простоте данного вывода на практике вопрос о применении института недействительности к антиконкурентным действиям оказывается несколько сложнее, что связано, в первую очередь со спецификой содержания нарушений антимонопольного законодательства.

В отношении *запретов per se* неопределенность в данном вопросе практически отсутствует. Установление факта нарушения антимонопольного запрета *per se* является основанием для возможности применения последствий недействительности сделки, при условии, что антиконкурентное действие представляет собой именно сделку. Запреты *per se* устанавливаются законодателем исходя из принципа безусловного негативного воздействия указанных в них действий на состояние конкуренции. Такие действия, соответственно, нарушают публичный интерес и препятствуют реализации целей, на достижение которых направлено антимонопольное законодательство. Таким образом, любая сделка, нарушающая запреты *per se*, должна презюмироваться ничтожной как нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы (п. 2 ст. 168 Закона о защите конкуренции).

Условные антимонопольные запреты предполагают, что установление факта антиконкурентного поведения связано с необходимостью возникновения неблагоприятных последствий для состояния конкуренции. В отличие от нарушений запретов *per se* *условно-запрещенные соглашения* (и иные сделки) должны презюмироваться действительными до тех пор, пока не будет доказан их негативный эффект на состояние конкуренции. С момента установления судом или антимонопольным органом факта ограничения или прекращения конкуренции в результате нарушения данных запретов такие сделки могут быть признаны ничтожными как нарушающие требования закона или иного правового акта и при этом посягающие на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц (например, при экономически, технологически и иным образом не обоснованном установлении хозяйствующим субъектом различных цен (тарифов) на один и тот же товар; создании одними хозяйствующими субъектами другим препятствий для доступа на товарный рынок или выходу из товарного рынка; установление условий членства (участия) в профессио-

¹ Борзило Е.Ю. Вопросы недействительности сделок, совершенных с нарушением антимонопольного законодательства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 2. С.

нальных и иных объединениях — ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Так, в одном из случаев судебной практики, признавая недействительным один из пунктов предписания антимонопольного органа, согласно которому ОАО «Газпром» обязывалось обеспечивать нефтегазотранспортным предприятиям недискриминационный доступ к газотранспортной системе для транспортировки сухого отбензиненного газа потребителям, суды двух инстанций исходили из того, что сделка не могла повлиять на конкуренцию на данном товарном рынке в связи с ее отсутствием как таковой в силу прямого указания Федерального закона «О естественных монополиях», согласно которому 100% рынка по транспортировке газа по магистральным газопроводам занимает ОАО «Газпром», поэтому усилить его доминирующее положение и тем самым ограничить конкуренцию в результате совершаемой сделки не представляется возможным¹.

В одном из постановлений Президиум ВАС РФ указал, что наличие в ст. 21 Закона о защите конкуренции специальных последствий, предусмотренных в случае нарушения порядка предоставления муниципальной преференции, не исключает возможность признания спорных сделок ничтожными в порядке ст. 168 ГК РФ². Согласно правовой позиции Президиума ВАС РФ, выраженной в другом его решении³, достаточным основанием для вывода о нарушении ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции является само создание условий, возможности для наступления последствий в виде недопущения, ограничения либо устранения конкуренции. В тех случаях, когда требуется проведение конкурса, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, за исключением случаев, допускаемых законом, его непроведение не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении конкурса в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо право ведения деятельности на нем.

В судебной практике передача администрацией города ООО спорного имущества по договору без проведения торгов и согласия

¹ Постановление ФАС Московского округа от 27 ноября 2006 г., 30 ноября 2006 г. № КА-А40/6469-06 по делу № А40-61528/05-146-593 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Президиума ВАС РФ от 11 марта 2014 г. № 16034/13 по делу № А53-17625/12 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 14686/10 по делу № А13-10558/2008 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 7.

на то антимонопольного органа нарушало положения, установленные ст. 17.1, 20, а также ч. 3 ст. 19 Закона о защите конкуренции. Принимая во внимание, что наделение антимонопольного органа правом выдать предписание о принятии мер по возврату имущества, или о принятии мер по прекращению использования преимущества хозяйствующим субъектом, получившим государственную или муниципальную преференцию, было направлено на устранение обстоятельств, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, суд постановил, что вопрос о действительности сделки, заключенной в нарушение указанных норм, должен исследоваться самостоятельно. Основанием для признания договоров ничтожными может служить наличие в ч. 1 ст. 17.1, ст. 19, 20 Закона о защите конкуренции явно выраженного императивного запрета на заключение подобных сделок, адресованного участникам оборота. Этот подход соответствует позиции Пленума ВАС РФ¹, согласно которому в случаях, предусмотренных законом (например, частями 1 и 3 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции), договор аренды в отношении государственного или муниципального имущества может быть заключен только по результатам проведения торгов. В связи с этим договор аренды имущества, заключенный на новый срок без проведения торгов, был признан судом ничтожным на основании п. 2 ст. 168 ГК РФ, равно как и соглашение о продлении такого договора².

5. Однако основанием для признания сделки недействительной могут служить не только юридические действия. Некоторые виды фактических действий могут косвенно (опосредованно) приводить к возможности признания сделок недействительными. Наиболее ярким примером действий, приводящих к признанию сделок недействительными, могут служить *согласованные действия*, в отношении которых ст. 11.1 Закона о защите конкуренции установлен запрет на их совершение в случаях, если такие действия ограничивают или устраняют конкуренцию на релевантном рынке. Статья 8 Закона о защите конкуренции позволяет охарактеризовать согласованные действия как особую систему взаимосвязанного поведения хозяйствующих субъектов, в результате которого возникают негативные последствия для состояния конкуренции.

¹ См. п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 1.

² Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 5 сентября 2014 г. по делу № А53-17628/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

В целях настоящего исследования существенное значение имеет вопрос о правовой природе согласованных действий. Согласованные действия по своему содержанию представляют собой однотипное поведение хозяйствующих субъектов не в отношении друг с другом, а, прежде всего, со своими конкурентами. Другими словами, согласованные действия — это однотипные действия хозяйствующих субъектов по определению условий сделок со своими контрагентами. Опасность согласованных действий заключается в том, что совершение в пределах релевантного рынка на приблизительно равных условиях большого числа однотипных сделок является актом реализации рыночной власти хозяйствующих субъектов-конкурентов, которые автономно друг от друга при отсутствии явного согласования воли проводят единую рыночную политику, соответствующую их общим интересам, к негативным последствиям для состояния конкуренции, соответствующих последствиям нарушения запретов *per se* (ч. 1–3 ст. 11 Закона о защите конкуренции и ч. 1 ст. 11.1 Закона о защите конкуренции) либо к ограничению конкуренции в результате возникновения последствий, аналогичных последствиям заключения условно-запрещенных соглашений (ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции и ч. 3 ст. 11.1 Закона о защите конкуренции).

Поскольку по содержанию каждое отдельное действие субъекта согласованных действий представляет собой действие по совершению сделки со своим контрагентом, сами согласованные действия не могут расцениваться в качестве сделки (как по аналогии доктринальной парадигмой не квалифицируется в качестве односторонней сделки действие, направленное на заключение договора, — оферта). Однако так как согласованные действия обладают выраженным антиконкурентным эффектом, то объектом применения института недействительности должны являться не сами согласованные действия, а те сделки, в совершении которых содержался их антиконкурентный элемент, приведший в результате к ограничению или устранению конкуренции.

К сожалению, данный вывод широко не используется в правоприменительной практике. Но следует признать, что отдельные судебные решения основаны на этом подходе. Например, в одном из случаев суд первой инстанции пришел к выводу о том, что оспариваемый договор поручительства — ничтожная сделка, поскольку он является частью согласованных действий компаний «Usarel Investments Limited», «White Sea Complex», ЗАО «Морстрой Инвест», а также ЗАО «ФАРМАНИКА» по созданию условий, обеспечивающих сохранение

контроля над деятельностью и активами группы компаний «Белое море» путем получения ЗАО «ФАРМАНИКА» не обоснованных притязаний в отношении имущества «White Sea Complex»¹.

6. Координация экономической деятельности, запрещенная *per se* ч. 5 ст. 11 Закона о защите конкуренции, также может служить основанием для признания сделок, осуществленных с ее участием, недействительными. Поскольку запрещенная координация экономической деятельности имеет те же критерии последствий для конкуренции, что и запрещенные *per se* соглашения и иные действия, указанные в ч. 1–3 ст. 11 Закона о защите конкуренции, то сделки, осуществленные при участии координатора, также должны признаваться ничтожными, а не оспоримыми. Следует принимать во внимание, что сама по себе координация экономической деятельности, вне зависимости от ее правового основания, не ограничивает конкуренцию. Антиконтурентные последствия создаются в результате осуществления согласованных действий координируемыми хозяйствующими субъектами. Вместе с тем в своей совокупности запрет антиконтурентной координации экономической деятельности, регламентированный ч. 5 ст. 11 Закона о защите конкуренции, и запрет согласованных действий как разновидности антиконтурентного поведения, установленный ст. 11.1 Закона о защите конкуренции, создают основания для признания ничтожными не только сделок, заключаемых с контрагентами участниками согласованных действий, но и сделок, служащих основаниями для осуществления антиконтурентной координации экономической деятельности, таких как соглашения о сотрудничестве, консалтинговые соглашения, агентские и иные посреднические договоры.

Наиболее яркое выражение антиконтурентная координация находит в применении института недействительности сделок к координации организаторами торгов деятельности их участников (п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции). Нарушение запретов, закрепленных в указанной норме, является основанием для признания судом соответствующих торгов и заключенных по результатам таких торгов сделок недействительными, в том числе по иску антимонопольного органа (ч. 4 ст. 17 Закона о защите конкуренции).

¹ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 июня 2015 г. № 13АП-10191/2015 по делу № А42-8278/2014 // СПС «КонсультантПлюс» (Постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 2 октября 2015 г. по делу № А42-8278/2014 данное постановление было оставлено без изменения). См. также постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 31 октября 2014 г. по делу № А42-5629/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

ции). В основе данной нормы лежат общие положения п. 1 ст. 449 части первой ГК РФ, согласно которым торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица. А признание торгов недействительными автоматически влечет недействительность договоров, заключенных с лицами, выигравшими торги. В одном из случаев нарушение правил проведения торгов, установленных законом, было выражено в необоснованном ограничении доступа ООО к участию в торгах (исключением из числа участников открытого аукциона), что нарушило его права и законные интересы в сфере предпринимательской деятельности, поскольку лишило его законного права участвовать в торгах. По определению Верховного Суда РФ оспариваемые торги признаны недействительными, а заключенный по их результатам договор также был признан недействительным¹.

Подобные нормы есть и в Федеральном законе «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», который также предусматривает ряд оснований недействительности контрактов (ст. 34), недействительности решения комиссии (ч. 9 ст. 39), недействительности определения поставщика (ст. 47), недействительности закупок (ч. 9 ст. 32, п. 3 ч. 22 ст. 99). Конституционный Суд РФ указал, что данные нормы направлены на соблюдение конституционных принципов добросовестности, свободы договора и стабильности гражданского оборота в целях достижения справедливого баланса прав и законных интересов лиц, участвующих в размещении и исполнении заказов для государственных нужд, государства и общества в целом². В соответствии с этим нарушение данных запретов должно квалифицироваться как покушение на публичные интересы, и такие сделки должны признаваться ничтожными на основании п. 2 ст. 168 ГК РФ.

7. Особым основанием недействительности сделок, нарушающих требования антимонопольного законодательства, является так называемая *корпоративная координация*, основанием которой служат

¹ Определение Верховного Суда РФ от 10 февраля 2016 г. № 305-ЭС15-19346 по делу № А41-8935/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

² Определение Конституционного Суда РФ от 29 января 2015 г. № 161-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Уральский фармацевтический холдинг» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статьи 449 Гражданского кодекса Российской Федерации и части 5 статьи 10 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // СПС «КонсультантПлюс».

локальные акты корпоративных организаций, например правила и стандарты, устанавливаемые саморегулируемыми организациями в отношении своих членов. Саморегулируемая организация в силу своей организационно-правовой формы некоммерческой корпорации в форме ассоциации или союза в соответствии с п. 1 ст. 123.8 ГК РФ имеет в качестве уставной цели координацию предпринимательской деятельности своих членов, представление и защиту их общих имущественных интересов. Однако формирование правил и стандартов саморегулируемой организацией может приводить к установлению барьеров для входа на рынок хозяйствующих субъектов, особенно в тех сферах предпринимательской деятельности, в которых предусмотрено обязательное саморегулирование. В этом случае возникает ограничение конкуренции, поскольку в распоряжении саморегулируемой организации находится правовой механизм, позволяющий контролировать количество конкурентов на релевантном рынке за счет установления ограничений для доступа к профессиональной или предпринимательской деятельности путем формирования условий входа на рынок, которые не могут быть исполнены всеми хозяйствующими субъектами, осуществляющими однородный вид деятельности. Подобное положение неоднократно подвергалось жесткой критике¹ еще до момента принятия Федерального закона от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях»² (далее — Закон о СРО).

С одной стороны, установление высокой «планки» для доступа к профессии саморегулируемой организацией может быть расценено как разновидность злоупотребления правом в виде использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции (абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ). Применить к действиям саморегулируемой организации положение о злоупотреблении доминирующим положением на рынке невозможно в силу того, что, невзирая на то, что саморегулируемая организация объединяет хозяйствующих субъектов-конкурентов, она не входит с ними в одну группу лиц, а кроме того, сама не является участником того рынка, на котором она осуществ-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева» // СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 335; Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова // СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 335; Павлодский Е.А. Саморегулируемые организации в России // Некоммерческие организации: теоретические и практические проблемы: материалы ежегодных научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся. М., 2009. С. 76.

² СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

ляет координацию деятельности своих членов. В этом случае у суда возникают основания для применения санкции за злоупотребление правом — саморегулируемая организация лишается судом права на защиту (п. 2 ст. 10 ГК РФ). Кроме того, в случае, если злоупотребление правом саморегулируемой организацией повлекло нарушение права хозяйствующего субъекта, то в силу п. 4 ст. 10 ГК РФ такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков.

С другой стороны, возникновение антиконкурентных последствий позволяет квалифицировать действие саморегулируемой организации по установлению барьеров входа на рынок как нарушение законодательного императивного запрета координации экономической деятельности, приводящей к созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка (п. 3 ч. 3 ст. 11.1 Закона о защите конкуренции). В этом смысле с учетом явного наличия «обхода закона» со стороны саморегулируемой организации создаются условия для возможности признания недействительной сделки, на основании которой были установлены соответствующие барьеры входа для хозяйствующих субъектов. В качестве такой сделки в данном случае выступает решение постоянно действующего коллегиального органа управления саморегулируемой организации, в компетенции которого в соответствии с п. 1 ч. 7 ст. 17 Закона о СРО входит утверждение стандартов и правил саморегулируемой организации, внесение в них изменений. Вопросы определения содержания стандартов и правил саморегулируемой организации ее уставом могут быть отнесены к компетенции общего собрания членов саморегулируемой организации (ч. 8 ст. 17 Закона о СРО). И в том, и в другом случае в соответствии с п. 2–4 ст. 167 ГК РФ оспариваться может решение собрания, принятое либо коллегиальным органом, либо общим собранием членов саморегулируемой организации.

8. Глава 9.1 ГК РФ не относит *решение собраний* к разновидности сделок, о чем явно свидетельствует не только структура подраздела четвертого части первой ГК РФ, но и ее название — «Сделки. Решения собраний. Представительство»¹. Вместе с тем ст. 181.3, 181.4

¹ Этот вывод подтверждается и юридической доктриной, которая указывает, что в системе юридических фактов решение собрания относится к числу юридических актов наряду со сделками, но сделкой не является (Ткач А.В. Решение собрания как юридический факт // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 7. С. 104). См. также: Чеговадзе Л.А. О формальной определенности действий субъектов гражданского права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 11. С. 82.

и 181.5 ГК РФ указывают на возможность применения института недействительности (как оспоримости, так и ничтожности) к решению собраний.

В целях настоящего исследования существенное значение приобретает наличие (или отсутствие) защиты прав для лиц, чьи права нарушаются решением собрания. Это тем более актуально, так как решение собрания может нарушать права третьих лиц, не имеющих права ни участвовать в принятии решения собрания, ни определять состав лиц, уполномоченных в принятии данного решения, как это имеет место в случае принятия правил и стандартов саморегулируемой организацией, которые устанавливают высокие барьеры входа на рынок для хозяйствующих субъектов в тех видах предпринимательской или профессиональной деятельности, в которых предусмотрено обязательное саморегулирование.

Пункт 1 ст. 181.3 ГК РФ устанавливает правило, согласно которому решение собрания недействительно по основаниям, установленным ГК РФ или иными законами, в силу признания его таковым судом (оспоримое решение) или независимо от такого признания (ничтожное решение). Оспоримыми признаются решения собраний по основаниям, указанным в п. 1 ст. 181.4 ГК РФ, к которым относятся: 1) существенное нарушение порядка созыва, подготовки и проведения собрания, влияющее на волеизъявление участников собрания; 2) отсутствие полномочия у лица, выступавшего от имени участника собрания; 3) допущение нарушения равенства прав участников собрания при его проведении; 4) допущение существенного нарушения правил составления протокола, в том числе правила о письменной форме протокола.

Соответственно ничтожным должно считаться такое решение собрания, которое: 1) принято по вопросу, не включенному в повестку дня, за исключением случая, если в собрании приняли участие все участники соответствующего гражданско-правового сообщества; 2) принято при отсутствии необходимого кворума; 3) принято по вопросу, не относящемуся к компетенции собрания; 4) противоречит основам правопорядка или нравственности (ст. 181.5 ГК РФ).

Все основания недействительности и ничтожности решения собрания имеют сугубо процессуальное содержание и относятся только к лицам, имеющим право участия в собрании. Вместе с тем в интересах лиц, для которых решение собрания имеет существенное значение (например, члены саморегулируемой организации, в уставе которой определено, что правила и стандарты вырабаты-

ваются коллегиальным исполнительным органом, а не общим собранием членов некоммерческой корпорации¹), но которые не обладают правом участия в формировании решения собрания, в силу п. 3 ст. 181.4 ГК РФ установлено право оспорить оспоримое решение собрания в судебном порядке². В итоге при современном состоянии института решения собрания содержание правил и стандартов, вырабатываемых саморегулируемой организацией, не может быть оспорено не только лицами, для которых данные правила и стандарты формируют высокие барьеры входа, но и даже самими членами саморегулируемой организации, которые не обладают правом участия в собрании.

Такая «оторванность» практического содержания основной целевой уставной деятельности саморегулируемой организации от прав и интересов хозяйствующих субъектов создает самые благоприятные условия для злоупотребления ею правом, чем такие некоммерческие корпорации успешно пользуются, что приводит к формированию коррупционных схем по установлению «тарифов по входу на рынок» в сферах предпринимательской и профессиональной деятельности, для которой законодательно установлено обязательное саморегулирование, к ограничению конкуренции, а также формированию негативного отношения предпринимательского или профессионального сообщества к саморегулируемым организациям, снижению их имиджа и подрыву государственной политики либерализации предпринимательской и профессиональной деятельности в целом.

Ситуация срочно нуждается в исправлении. Необходима легитимация способов защиты прав как самих членов саморегулируемых организаций, так и членов «гражданско-правового сообщества» хозяйствующих субъектов, еще не вступивших, но желающих вступить в состав саморегулируемых организаций, которыми установлены высокие барьеры входа на рынок. Отчасти ситуацию попытался «выровнять» Пленум Верховного Суда РФ, который указал, на возможность предъявления самостоятельных³ исков о признании недействительным ничтожного решения собрания, а также постановил, что споры по таким требованиям подлежат разрешению судом

¹ Современная редакция главы 9.1 ГК РФ в отношении таких лиц применяет термин «гражданско-правовое сообщество» (п. 1 ст. 181.2 ГК РФ, п. 3 ст. 181.4 ГК РФ).

² Соответственно, в отношении ничтожных решений собраний это право отсутствует в силу последствий ничтожности, которые, видимо, по аналогии закона должны соответствовать последствиям ничтожной сделки (п. 1 ст. 167 ГК РФ).

³ А не коллективных — Е.М.

в общем порядке по заявлению *любого лица, имеющего охраняемый законом интерес в таком признании*¹.

Данная позиция высшей судебной инстанции представляется «половинчатой». Полагаем, что право на защиту охраняемых законом интересов хозяйствующих субъектов, для которых саморегулируемыми организациями на основании решений собраний устанавливаются ограничения для «доступа к профессии» или для входа на рынок, не должно ограничиваться только возможностью признания ничтожными решений собраний. Право оспаривания решений собраний должно быть распространено не только на ничтожные, но и на оспоримые решения собраний, то есть на недействительность решений собраний в целом. При этом число оснований недействительности решения собраний должно быть расширено за счет включения в них такого основания, как «нарушение прав любого лица, имеющего охраняемый законом интерес в признании решения собрания недействительным». Юрико-технически это можно сделать путем расширения подп. 3 п. 1 ст. 181.4 ГК РФ, который может быть изложен в следующей редакции: «3) допущено нарушение равенства прав участников собрания при его проведении либо любого лица, имеющего охраняемый законом интерес признанию решения собрания недействительным».

Проблемы признания недействительными сделок, нарушающих антимонопольное законодательство, имеют широкий диапазон и нуждаются в тщательном анализе, так как в современном антимонопольном регулировании необходимо констатировать существенный разрыв между публичным и частноправовым регулированием, который должен быть преодолен путем постепенной конвергенции институтов публичного и частного права. Внедрение частноправовых институтов в регулирование последствий нарушений антимонопольного законодательства в целом должно способствовать наиболее полной и эффективной защите прав хозяйствующих субъектов, нарушенных в результате антиконкурентного поведения. В этом смысле представляется необходимым введение в законодательство общего правила о недействительности антиконкурентных сделок по аналогии с положением о недопустимости использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребления доминирующим положе-

¹ Пункт 106 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // БВС РФ. 2015. № 8.

нием на рынке как разновидности предела осуществления прав (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

В качестве общего правила также должна быть предусмотрена ничтожность любых сделок, последствиями которых стало нарушение запретов *per se*, регламентированных ч. 1–3 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Иные сделки (соглашения), условно-запрещенные Закона о защите конкуренции, должны презюмироваться действительными до момента установления правоприменительным органом их несоответствия требованиям антимонопольного законодательства. Факт признания сделки или последствий ее совершения нарушающими антимонопольное законодательство может быть использован в качестве основания для признания таких сделок ничтожными. При этом для отдельных видов сделок (например, государственных контрактов или иных сделок, содержащих элемент публичного интереса) может быть установлено законодательное исключение из презумпции ничтожности в пользу презумпции оспоримости сделки с целью возможности ее частичного исцеления на основании п. 3 ст. 167 ГК РФ для обеспечения стабильности гражданского оборота и наиболее полного удовлетворения публичных интересов.

§ 3. НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПО ДЕЛАМ ОБ АНТИКОНКУРЕНТНЫХ СОГЛАШЕНИЯХ

О.П. Франкевич

Дела о картелях и иных антиконкурентных соглашениях остаются сложной и новой категорией дел как в практике антимонопольных органов, так и в судебной практике. Антиконкурентные соглашения относятся к наиболее тяжким экономическим правонарушениям, что обуславливает специфику процедуры выявления таких нарушений, повышенную административную ответственность, а также возможность привлечения к уголовной ответственности участников картелей.

Кроме того, дела о картелях и иных антиконкурентных соглашениях вызывают сложность с точки зрения квалификации и доказывания. В связи с этим первоочередной задачей является формирование единообразных подходов в правоприменительной и судебной практике.

Президиумом Верховного Суда РФ 16 марта 2016 г. был утвержден «Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере». Среди прочих вопросов в своем Обзоре Верховный Суд подтвердил правильность подхода антимонопольного органа при установлении факта наличия антиконкурентного соглашения. Суд указывает на то, что доказательством заключения антиконкурентного соглашения может выступать фактическое поведение хозяйствующих субъектов, а само заключение такого соглашения не ставится в зависимость от правил заключения договоров, предусмотренных гражданским законодательством.

Среди положительных примеров правоприменения можно отметить дело о запрещенных «вертикальных» соглашениях, первым прошедшее судебную защиту.

Судебная и правоприменительная практика по делам о выявлении запрещенных «вертикальных» соглашений только начинает складываться. В 2015 году судебными инстанциями было признано законным решение по делу, рассмотренному ФАС России в отношении ОАО «Вяземский машиностроительный завод» (далее — ОАО «ВМЗ») и 29 его дилеров. Хозяйствующие субъекты заключили «вертикальные» соглашения, предусматривающие условия, исполнение которых могло привести к установлению минимальной цены перепродажи товара.

ФАС России было установлено, что во всех дилерских договорах содержались следующие условия: «отпускная цена у дилера должна быть выше, чем в прайс-листе продавца на сумму расходов по транспортировке товара», «снижение цены от прайс-листа завода допускается только при наличии конкуренции со стороны поставщиков импортного оборудования с обязательным предварительным согласованием с продавцом». При этом в случае нарушения этих условий указанное ОАО вправе в одностороннем порядке «пересмотреть условия договора и размер скидки в сторону уменьшения со следующей поставки»; при повторном нарушении дилером указанных пунктов ОАО «ВМЗ» «имеет право расторгнуть дилерский договор в одностороннем порядке».

Также ОАО «ВМЗ» и каждым из дилеров были закреплены конкретные территории (субъекты Российской Федерации).

Помимо самих договоров между заводом и его дилерами велась переписка о применении санкции к дилерам, нарушающим условия договоров, а также по вопросам согласования и пересмотра договоренностей по ценовой политике и разделу территорий.

Исполнение этих соглашений жестко контролировалось со стороны ОАО «ВМЗ». Их реализация могла причинить существенный вред потребителям и привести к перерасходу бюджетных средств при приобретении этого оборудования государственными бюджетными учреждениями.

В рамках рассмотрения дела ФАС России был проведен анализ состояния конкуренции на товарном рынке, по результатам которого установлено, что доля ОАО «ВМЗ» на рынке не ниже 75%. Из чего следует, что заключенные «вертикальные» соглашения ОАО «ВМЗ» и его дилеров не могут быть признаны допустимыми.

В ноябре 2015 г. Верховным Судом РФ в определении от 6 ноября 2015 г. № 305-АД15-13674 было отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ. Данным определением Верховный Суд подтвердил правомерность судебных актов трех инстанций по делу № А40-181711/2013 (решение Арбитражного суда города Москвы от 29 октября 2014 г., постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 6 апреля 2015 г., постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 июля 2015 г.).

Суды, рассматривая вопрос о соответствии проведенного ФАС России анализа конкуренции на рынке оптовой реализации стиральных и стирально-отжимных машин на территории Российской Федерации требованиям Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220, пришли к выводу об обоснованности и законности проведенного исследования.

Суд согласился с выводами ФАС России об установлении продуктовых границ товарного рынка, состава его участников. Выводы антимонопольного органа о взаимозаменяемости товара, в том числе о невозможности заменить товар отечественного производства иностранным оборудованием, сделанные в том числе на основании выборочного опроса конечных потребителей и покупателей стиральных и стирально-отжимных машин, также были признаны судами законными и обоснованными.

Суды указали на то, что имеющиеся в материалах дела письма как общества в адрес дилеров, так и дилеров в адрес общества, в том числе о нарушениях условий договоров дилерами, подтверждают фактическое исполнение этих договоров.

Данные выводы имеют большое значение, так как подтверждают правомерность доказывания антиконкурентных соглашений и

их негативного влияния на конкуренцию путем получения и исследования как прямых, так и совокупности косвенных доказательств.

Решение и проведенный анализ рынка ФАС России, судебные акты по данному делу являются ориентиром для всей последующей правоприменительной и судебной практики выявления запрещенных «вертикальных» соглашений.

Интересными представляются дела антимонопольных органов, возбужденные по фактам раздела товарного рынка, когда участники рынка получают отдельные его сегменты, становясь на них фактически монополистами.

В апреле 2013 г. ФАС России признала ООО «Гроссери», ЗАО «ТДС», ООО «Велес Групп», ООО «Соль Брянска» и ООО «ТДС Ростов» нарушившими п. 3 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции путем заключения соглашения, которое могло привести к разделу товарного рынка (решение ФАС России по делу №1-00-37/00-22-13 от 1 апреля 2013 г.).

Предметом соглашения являлся раздел товарного рынка пищевой соли в географических границах Российской Федерации по территориальному принципу, объему продажи товаров, ассортименту реализуемых товаров и составу покупателей (заказчиков).

В соответствии с заключенным соглашением хозяйствующие субъекты приняли на себя обязательства управлять перечисленными в соглашении предприятиями и договорились не поставлять продукцию в незакрепленный за ними регион без письменного разрешения ответственного за регион предприятия.

В рамках рассмотрения дела антимонопольным органом также были сделаны выводы о том, что необходимость доказывания антимонопольным органом фактического наступления последствий в виде раздела товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи товаров, ассортименту реализуемых товаров и составу покупателей (заказчиков) отсутствует, поскольку нарушение состоит в достижении договоренности, которое приводит или может привести к перечисленным в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции последствиям. Кроме того, факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством.

Решение ФАС России было обжаловано в Арбитражном суде города Москвы и Девятом арбитражном апелляционном суде. В ходе судебных разбирательств заявители представляли суду копии дополнительных соглашений, из содержания которых следовало, что

нарушения антимонопольного законодательства со стороны ответчиков не было. При рассмотрении дела ФАС России данные документы представлены не были. На основании копий вновь представленных документов решение ФАС России было отменено судами (решение Арбитражного суда города Москвы от 18 ноября 2013 г. по делу № А40-95433/13, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15 мая 2014 г.).

Однако в октябре 2014 года Арбитражный суд Московского округа полностью отменил постановление апелляционной инстанции о незаконности решения ФАС России и направил дело на новое рассмотрение в Арбитражный суд города Москвы (постановление Арбитражного суда Московского округа от 16 октября 2014 г.).

По результатам нового рассмотрения судами трех инстанций решение ФАС России было признано законным и обоснованным (решение Арбитражного суда города Москвы от 25 декабря 2014 г., постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15 апреля 2015 г.). Надзорная жалоба 16 ноября 2015 г. заявителю возвращена (письмо № 305-КГ15-17286 от 16 ноября 2015 г.).

Особый интерес при рассмотрении данного дела представляют выводы судов о том, что имеющиеся в деле доказательства в совокупности не свидетельствуют об отсутствии нарушения Закона о защите конкуренции путем заключения антиконкурентного соглашения и участия в нем. Суды отметили, что предоставленные дополнительные соглашения не являются надлежащими доказательствами по спору, в связи с представлением их только на стадии апелляционного обжалования решения суда.

В свою очередь, на основании заявления ФАС России о фальсификации заявителями представленных в суд документов Следственным комитетом возбуждено уголовное дело по факту фальсификации доказательств в отношении участников антимонопольного разбирательства.

Выводы антимонопольного органа, подтвержденные судами трех инстанций, полностью соответствуют позиции Верховного Суда РФ, отраженной в Обзоре по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, который был утвержден Президиумом Верховного Суда РФ от 16 марта 2016 г.

Особую важность имеет подтверждение судами трех инстанций позиции ФАС России о том, что картель является безусловным запретом, не требующим доказательства факта ограничения конкуренции.

Несмотря на формирующуюся положительную практику расследования антимонопольных дел остается ряд вопросов, требующих разъяснения и приведения к единым подходам правоприменения.

Применение понятия хозяйствующего субъекта относительно физических и иностранных лиц.

При рассмотрении дела № А40-146786/2014 судами сделан вывод о том, что статус иностранной организации не позволяет оценить ее как хозяйствующего субъекта в понимании п. 5 ст. 4 Закона о защите конкуренции, в связи с чем вменяемое ФАС России нарушение квалифицируется как заключение таким лицом с хозяйствующими субъектами, зарегистрированными на территории Российской Федерации, соглашения, запрещенного ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Согласно ст. 3 действие Закона распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица, организации, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, Центральный банк РФ, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

Также ст. 3 установлено, что положения Закона о защите конкуренции применяются к достигнутым за пределами территории Российской Федерации соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории Российской Федерации.

Статьей 4 Закона о защите конкуренции определено понятие «хозяйствующий субъект» как коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации или лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Понятие хозяйствующего субъекта, установленное ст. 4 Закона, в полной мере соотносится с существующими организационно-правовыми формами только в рамках российской юрисдикции. Данная формулировка не соотносится с разнообразием всех форм организаций, существующих в мировом сообществе.

Ввиду того что организационно-правовые формы иностранных и российских лиц могут быть различны, понятие хозяйствующего субъекта, определенное ст. 4 Закона, не может быть в полной мере отнесено ко всем иностранным лицам.

При этом ст. 3 определено, что положения Закона о защите конкуренции распространяются на соглашения с участием иностранных лиц и организаций.

В связи с этим при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства с участием иностранных лиц необходимо учитывать именно эти положения.

Согласно ст. 11 и ст. 4 Закона о защите конкуренции все участники сговора должны быть хозяйствующими субъектами. Однако начала складываться правоприменительная и судебная практика, в соответствии с которой физическое лицо может быть признано субъектом антимонопольного регулирования в случае фактического осуществления предпринимательской деятельности.

Псковским УФАС России рассмотрено дело, решением по которому индивидуальный предприниматель и физическое лицо были признаны нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Соглашение заключалось в поддержании цен на торгах по продаже имущества должника. Один из участников сговора в данном деле — физическое лицо, не являющееся хозяйствующим субъектом в рамках ст. 4 Закона о защите конкуренции, считал, что его не могут обвинить в сговоре.

Суды трех инстанций поддержали позицию УФАС (А52-706/2015) и сделали вывод о том, что физическое лицо, принимая участие в аукционе вместе с другими хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, учитывая цель и предмет аукциона и то, что последующие действия физического лица по перепродаже имущества (здания) были направлены на извлечение прибыли, стало субъектом правоотношений, регулируемых антимонопольным законодательством, а следовательно, на него распространяются нормы антимонопольного законодательства, в том числе запрет, установленный п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Суды отмечают, что участники торгов должны рассматриваться фактически в качестве хозяйствующих субъектов, применительно к физическим лицам, осуществляющим профессиональную и иную деятельность, приносящую доход.

Между участниками соглашения имелись достаточно устойчивые взаимоотношения в сфере предпринимательской (приносящей доход) деятельности, сложившиеся в результате совместного участия в ряде хозяйствующих субъектов; наличие заинтересованности между указанными лицами в этой ситуации свидетельствует о том, что так называемое искусственное увеличение цены предложения со стороны одного из заинтересованных лиц предопределило характер самих торгов и фактическую невозможность их проведения на указанных публичных условиях по отношению к иным участникам. Последующее поведение, связанное с оперативным отчуждением спорного имущества иному, также заинтересованному лицу, свидетельствует о том, что цель участия в торгах была направлена не на последующее использование имущества в своих хозяйственных целях, а по существу на лишение согласованным способом других участников возможности приобретения данного имущества по условиям торгов.

Таким образом, суды исходят не из буквального толкования понятия хозяйствующего субъекта, а из фактических обстоятельств и специфики конкретных правоотношений.

§ 4. ОСОБЕННОСТИ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ УЧАСТНИКОВ КОНКУРЕНТНЫХ ОТНОШЕНИЙ

В.Г. Истомин

Право на защиту своего субъективного права традиционно рассматривается как важный элемент (правомочие), входящий в содержание всякого субъективного гражданского права¹, либо в ряде случаев как самостоятельное субъективное право, как элемент правоспособности или как право на использование конституционных гарантий осуществления прав и исполнения обязанностей

¹ Российское гражданское право: в 2 т. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права: учебник. Том 1. 2-е издание, стереотипное / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2011 // СПС «КонсультантПлюс».

всеми субъектами¹. Вместе с тем независимо от значения, придаваемого в юридической науке данному термину, не вызывает сомнений то обстоятельство, что «всякое право, предоставленное гражданину или организации, имеет реальное значение, если оно гарантировано законом»². Субъективное право, предоставленное лицу, но не обеспеченное необходимыми средствами защиты, является лишь «декларативным правом»³. В соответствии со ст. 7 Всеобщей декларации прав человека ООН 1948 г. все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона. Конституция РФ также содержит нормы, направленные на предоставление субъектам возможности защиты своих прав. В соответствии со ст. 45 Конституции РФ государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется. Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. В рамках отношений, возникающих в процессе конкурентного взаимодействия хозяйствующих субъектов и осуществления экономической деятельности лицами, занимающими доминирующее положение, защита прав и законных интересов участников данных отношений приобретает не меньшее значение, чем защита прав субъектов в любой другой области экономической деятельности. Более того, в настоящее время антимонопольное законодательство представляет собой «одно из главных условий нормального функционирования рынка», без него «нормального рынка невозможно себе представить»⁴.

Следует отметить, что отношения, складывающиеся в сфере действия законодательства о защите конкуренции, затрагивают как частные, так и публичные интересы. Возникающие в данной области публичные и гражданско-правовые отношения «находятся на стыке, тесно связаны»⁵. В юридической литературе многими авторами от-

¹ Анализ различных позиций по вопросу значения понятия «право на защиту» см., например, Курбатов А.Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М., 2013 // СПС «КонсультантПлюс».

² Гражданское право. В 2-х т. Т. 1. Учебник / под ред. Е.А.Суханова. М., 1994. С. 159.

³ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 104.

⁴ Яковлев В.Ф. О системном толковании права (выступление в Высшем Арбитражном Суде РФ) // Вестник ВАС РФ. 2007. № 3 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Клейн Н.И. Рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства арбитражными судами и антимонопольными органами // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / под ред. Л.Ф. Леснической, М.А. Рожковой. М., 2008 // СПС «КонсультантПлюс».

мечается комплексный характер антимонопольного законодательства¹, указывается, что оно «включает в себя частноправовые и публично-правовые нормы»². Вместе с тем вызывает определенные возражения утверждение о том, что целью законодательства о конкуренции является развитие конкуренции как таковой³. Представляется, что правовое регулирование конкуренции не является самоцелью, конкуренция не существует только ради конкуренции, а должна преследовать, в конечном счете, цель повышения уровня жизни граждан, развития предпринимательской деятельности и экономики в целом. Поэтому конкуренцию более оправданно рассматривать в качестве *способа* достижения такой цели. В науке обращается внимание на то, что в европейском коммунитарном праве в настоящее время появилось устойчивое выражение «конкуренция как способ» («concurrency-moyen»)⁴. Следует согласиться с тем, что «антимонопольное законодательство появилось как механизм ограничения предпринимательской деятельности, осуществляемой во вред конкретному лицу или рынку. Несмотря на многочисленные споры о его цели...оно так и не утратило эту изначальную защитную функцию»⁵.

Еще одним важным аспектом анализа законодательства о защите конкуренции является вопрос о том, на защиту каких интересов — частных или публичных — оно направлено. Указанный вопрос представляет интерес в том числе и потому, что от ответа на него зависит использование того типа и способов правового регулирования, которые присущи соответствующей отрасли права. Высказывается мнение, что отношения, связанные с защитой конкуренции, «по своей природе...являются публичными, основанными на власти и подчинении...Нормы, регулирующие их, направлены на ограни-

¹ См., например: Писенко К.А., Бадмаев Б.Г., Казарян К.В. Антимонопольное (конкурентное) право: учебник. 2014 // СПС «КонсультантПлюс»; Михайлов А.В. Методы антимонопольного регулирования и вопросы совершенствования антимонопольного законодательства // Конкурентное право. 2013. № 1 // СПС «КонсультантПлюс»; Егорова М.А. Коммерческое право: учебник для вузов. М., 2013 // СПС «КонсультантПлюс».

² Петров Д.А. Антимонопольное законодательство: теория и практика применения. СПб.: Нестор-История. 2012. С. 70; См. также: Гутерман А.Е. О соотношении права частного и публичного // Юрист. 2014. № 8 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Варламова А.Н. Правовое обеспечение развития конкуренции: учебное пособие. М., 2010 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Конкурентное право России: учебник / отв. ред. И.Ю. Артемьев, С.А. Пузыревский, А.Г. Сушкевич. М., 2014. С. 29.

⁵ Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М., 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

чение свободы предпринимательства в целях обеспечения общего блага — конкуренции»¹.

В то же время в этом случае, представляется, имеет место недооценка частноправовой составляющей отношений, регулируемых законодательством о защите конкуренции, поскольку смыслом применения норм антимонопольного законодательства является не только защита конкуренции как определенного состояния экономики, но и обеспечение возможности добросовестным участникам рынка реализовать свое право на занятие предпринимательской деятельностью, а потребителям получить товары, работы и услуги на справедливых экономических условиях. Однако нужно признать, что частноправовой аспект отношений конкуренции в настоящее время в законодательстве не получил достаточного выражения. Так, в числе целей применения законодательства о защите конкуренции отсутствуют цели защиты прав и законных интересов хозяйствующих субъектов и потребителей. Между тем «конкуренция является не самоцелью, но — способом достижения более высоких целей... Конкурентная политика не должна проводиться в отрыве от других, не менее важных социальных целей, таких как, например, достижение высокого качества жизни, процветания и свободы»². При этом в странах Евросоюза прилагаются определенные усилия с целью обеспечения более широких возможностей для судебной защиты хозяйствующими субъектами и потребителями своих прав в случае нарушения норм законодательства о конкуренции с использованием гражданско-правовых способов защиты, в том числе и путем предъявления исков о возмещении убытков, пресечении действий, нарушающих право и т.п. В США традиционно предъявляется довольно большое количество подобных исков.

Право на занятие предпринимательской деятельностью является важной составляющей правоспособности индивидов и коллективных образований. Оно прямо закреплено в ст. 34 Конституции РФ и ст. 18 ГК РФ. Вместе с тем законодательство устанавливает и пределы осуществления данного права. В частности, ст. 34 Конституции РФ запрещает экономическую деятельность, направленную на монополизацию и недобросовестную конкуренцию. Подобная деятельность наносит вред как хозяйствующим субъектам, так и потребителям.

¹ Комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции»: постатейный / под ред. В.Ф. Попондопуло, Д.А. Петрова. М., 2013 // СПС «КонсультантПлюс».

² Конкурентное право России: учебник / отв.ред. И.Ю. Артемьев, С.А. Пузыревский, А.Г. Сушкевич. М., 2014. С. 29.

При этом лица, чьи права и законные интересы пострадали в результате антиконкурентного поведения, вправе использовать любые допустимые способы защиты гражданских прав, перечень которых в общем виде закреплён в ст. 12 ГК РФ¹.

В качестве основной формы защиты нарушенных прав в п. 1 ст. 11 ГК РФ указана судебная защита, однако в соответствии с п. 2 данной нормы в случаях, предусмотренных законом, защита гражданских прав осуществляется в административном порядке. В юридической литературе отмечается, что спецификой отношений, регулируемых законодательством о защите конкуренции, напротив является преобладание административного порядка защиты прав хозяйствующих субъектов. Высказывается мнение, что российская модель антимонопольного регулирования «не поощряет судебный механизм антимонопольного правоприменения», а судебная практика «явно свидетельствует...о полной зависимости судебного механизма от административного»². Вместе с тем при анализе практики применения норм антимонопольного законодательства в рамках Европейского Союза также отмечается преобладание актов, принимаемых антимонопольными органами либо судами на основании актов данных органов, над частными исками, подаваемыми субъектами без какого-либо предыдущего решения антимонопольного органа (*stand-alone-actions*). Обратная ситуация имеет место в США, где большое развитие получили иски, относящиеся к категории *stand-alone-actions*, т.е. не основанные на решении антимонопольного органа³.

В соответствии с Законом о защите конкуренции важную роль в защите прав и законных интересов участников конкурентных правоотношений играет антимонопольный орган, который в процессе осуществления своей деятельности наделён достаточно ши-

¹ Исходя из того, что перечень способов защиты в ст. 12 ГК РФ не является исчерпывающим в юридической науке предлагается вести речь о таком способе защиты гражданских прав, как «право на защиту от недобросовестной конкуренции». См.: Писенко К.А., Бадмаев Б.Г., Казарян К.В. Антимонопольное (конкурентное) право: учебник. 2014 // СПС «КонсультантПлюс». Однако представляется, что способ защиты — это определенная мера принудительного характера, которая обладает собственным материально-правовым содержанием и основаниями применения, рассчитанными на любые аналогичные правонарушения независимо от того, затрагивают ли они отношения конкуренции или какие-либо иные, поэтому выделять отдельно данный способ защиты вряд ли целесообразно.

² Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М., 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Борзова М.А., Подгузова К.Г. Частные иски в антимонопольном праве // Закон. 2013. № 7 // СПС «КонсультантПлюс».

роками полномочиями. Так, на основании ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции Федеральная антимонопольная служба и ее территориальные органы вправе выдавать соответствующим субъектам предписания о прекращении ограничивающих конкуренцию соглашений и (или) согласованных действий, о прекращении злоупотребления доминирующим положением и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, о заключении договоров, изменении их условий или о расторжении договоров, о прекращении недобросовестной конкуренции, о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка организации, проведения торгов и ряд других, обращаться в суд с исками, в том числе о признании недействующими либо недействительными ненормативных актов органов государственной власти и местного самоуправления, о признании недействительными полностью или частично договоров, об изменении или о расторжении договора, о признании торгов недействительными, а также вправе осуществлять ряд других полномочий.

В юридической литературе уделяется внимание характеристике правовой природы указанных полномочий антимонопольного органа. Например, отмечается, что приостановление торгов в случае принятия жалобы на порядок проведения торгов и заключения договора по его итогам до рассмотрения жалобы по существу, а также выдача предписаний организатору торгов, конкурсной или аукционной комиссии относятся к числу административных пресекательно-обеспечительных мер защиты конкуренции¹. Другие авторы считают, что антимонопольные органы, используя такие методы воздействия на нарушителей запретов, как принятие решения и дача на его основе хозяйствующим субъектам, органам исполнительной власти и местного самоуправления соответствующих предписаний, осуществляют защиту гражданских прав в административном порядке с применением предусмотренных ст. 12 ГК РФ способов защиты гражданских прав². К.Ю. Тотьев, характеризуя предписание антимонопольного органа, с одной стороны, отмечает, что задача

¹ Башлаков-Николаев И.В. Административно-правовые меры в сфере защиты конкуренции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 2 // СПС «КонсультантПлюс».

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный): 3-е издание, испр., перераб. и доп. / под ред. О.Н. Садикова. М., 2005 // СПС «КонсультантПлюс». Сходного мнения придерживается и Е.Е. Богданова. См. Богданова Е.Е. Административный порядок защиты гражданских прав // Право и экономика. 2004. № 5 // СПС «КонсультантПлюс».

предписания — «на основе властных полномочий государственных антимонопольных органов обеспечить реализацию регулятивных юридических норм» и в этом смысле предписание «можно отнести к особой группе мер административного пресечения»¹, но, с другой стороны, указывает на существенную специфику предписаний, которая «выводит эти средства конкурентной политики не только за рамки мер административного пресечения, но и за пределы гражданско-правового способа защиты нарушенных прав», хотя и склоняется к тому, что определенные предписания антимонопольного органа все же могут быть отнесены к мерам административной ответственности².

Н.И. Клейн деятельность антимонопольного органа оценивает как «административный способ защиты публичного порядка и частных (гражданских) прав»³. В целом давая общую оценку полномочиям антимонопольного органа по защите прав и законных интересов субъектов и анализируя приведенные выше позиции, необходимо отметить, что выдача соответствующих предписаний, как и обращение в суд с исковыми заявлениями, представляет собой деятельность антимонопольного органа по защите гражданских прав и законных интересов участников конкурентных правоотношений, осуществляемую в соответствии с действующим законодательством и в рамках положений п. 2 ст. 11 ГК РФ⁴. Деятельность антимонопольного органа не должна быть направлена исключительно на защиту публичных интересов. В результате антиконкурентных действий нарушаются те или иные гражданские права субъектов, защиту которых также должен осуществлять антимонопольный орган. В настоящее время в литературе, применительно к деятельности антимонопольного органа, даже используется термин адвокатиро-

¹ Тотьев К. Предписание антимонопольного органа // Законность. 2000. № 12 // СПС «КонсультантПлюс».

² Тотьев К.Ю. Предписание антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода: правовая природа и функции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 8 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Клейн Н.И. Защита публичного правопорядка и гражданских прав при нарушении антимонопольного законодательства // Закон. 2008. № 2 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ На это же обращает свое внимание и Пленум ВАС РФ, указывая в п. 14 Постановления от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», что п. 2 ст. 11 ГК РФ и гл. 9 Закона о защите конкуренции предусмотрена возможность защиты гражданских прав в административном порядке в случаях, установленных законом.

вание конкуренции, в том числе адвокати́рование подачи частных исков отдельными субъектами¹.

Сам по себе административный порядок защиты гражданских прав, бесспорно, в определенных случаях является эффективным, имеет серьезные положительные качества. Они заключаются в том, что при обращении в антимонопольный орган нет формальных требований к заявлению и иным документам; не требуется оплаты госпошлины; рассмотрение дел нередко занимает меньший срок, чем в суде; антимонопольный орган сам ведет расследование, собирает доказательства, а не только содействует сторонам в сборе доказательств, как это происходит в суде; предписание антимонопольного органа может оказаться более эффективным и быстрым способом защиты конкурентной среды и нарушенных прав хозяйствующих субъектов, чем обращение в суд². Поэтому представляется, что обе формы защиты прав участников экономического оборота — судебная и административная — должны существовать как самостоятельные юридические механизмы, позволяющие субъектам осуществлять защиту своих прав и законных интересов, не должны противопоставляться друг другу.

Право выбора органа, в который следует обратиться за защитой, принадлежит самому субъекту. Вместе с тем справедливо говорить и об определенном взаимодействии указанных форм защиты. Так, например, двухступенчатую модель защиты прав, когда обращение в суд с заявлением следует за рассмотрением дела о правонарушении антимонопольным органом и основано на его решении по делу оценивают как «более предпочтительную»³. Действительно, в том случае, когда антимонопольное правонарушение явилось предметом рассмотрения комиссии Федеральной антимонопольной службы РФ, последующее судебное доказывание конкретных фактических обстоятельств существенно упрощается, поскольку антимонопольный орган должен провести соответствующее разбирательство, по сути расследование обстоятельств нарушения антимонопольного

¹ Пантюхина Н. К вопросу о частных исках... // Конкуренция и право. 2013. № 5 // СПС «КонсультантПлюс».

² Клейн Н. И. Рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства арбитражными судами и антимонопольными органами // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / под ред. Л. Ф. Леснической, М. А. Рожковой. М., 2008 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Башлаков-Николаев И. В. Гражданско-правовая ответственность в сфере защиты конкуренции. Система частных и групповых исков // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 7 / СПС «КонсультантПлюс».

законодательства, собрать необходимые доказательства и вынести решение.

В контексте характеристики указанных полномочий антимонопольного органа определенное значение имеет вопрос о соотношении компетенции данного органа и суда, в том числе применительно к реализации антимонопольным органом отдельных своих полномочий. Судебные органы при оценке правоприменительной деятельности антимонопольного органа обращают внимание на то, что, прекращая нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен выносить предписания нарушителю об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков¹.

В некоторых случаях предписания антимонопольного органа, например об отмене или аннулировании торгов, расценивались арбитражными судами как превышение им своих полномочий, поскольку ликвидация правовых последствий торгов при наличии нарушений их проведения возможна только в судебном порядке². Также в литературе справедливо обращается внимание на то, что «антимонопольный орган не вправе предписывать исключить из договора условия, предусмотренные законом для данной категории договоров» и «не вправе формулировать конкретные условия договоров»³. Необходимо отметить, что, с одной стороны, антимонопольный орган по своему статусу является органом исполнительной власти и не вправе подменять собой судебные инстанции, выносить решения по существу гражданско-правового спора. Однако, с другой стороны, представляется, что антимонопольный орган вправе и даже обязан применять нормы гражданского законодательства в целях защиты прав и законных интересов хозяйствующих субъектов и потребителей. Суд при этом обладает возможностью проверки законности актов антимонопольного органа, вынесенных им в рамках решения вопросов, отнесенных к его компетенции⁴.

¹ См. п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

² См., например: Беляева О.А. Правовые проблемы аукционов и конкурсов. М., 2011 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М., 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ В частности, п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 марта 1998 г. № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства» установлена возможность обжалования,

Действующее законодательство о защите конкуренции периодически претерпевает определенные изменения, связанные в том числе с установлением новых и развитием существующих средств и способов защиты антимонопольным органом и непосредственно участниками экономических отношений соответствующих прав и законных интересов. Так, например, с принятием «третьего антимонопольного пакета»¹ в Закон о защите конкуренции были введены такие формы антимонопольного реагирования, как предостережение о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства (ст. 25.7) и предупреждение (ст. 39.1), а ст. 37 закона дополнилась положением, позволяющим лицам, чьи права нарушены, обращаться в суд с исками, в том числе о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещении вреда, причиненного имуществу.

Несмотря на то что введение такого средства антимонопольного реагирования, как предупреждение, встретило неоднозначную оценку в научно-практической среде², все-таки следует отметить его в целом позитивное значение для защиты прав субъектов, поскольку практика его применения свидетельствует о возможности посредством предупреждения достаточно оперативно и эффективно реагировать на нарушения законодательства о защите конкуренции. Очевидно с учетом данного обстоятельства Федеральным законом от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» сфера применения предостережения и предупреждения была расширена.

в том числе, решения антимонопольного органа о признании положения хозяйствующего субъекта доминирующим на соответствующем товарном рынке. См.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30 марта 1998 г. № 32 // Вестник ВАС РФ. 1998. № 5.

¹ Данным термином обычно обозначается Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7343.

² Так, по мнению представителей Федеральной антимонопольной службы, предупреждение является «хорошей альтернативой привлечения к административной ответственности», необходимо его более широкое применение. См. интервью с заместителем руководителя ФАС РФ А.Ю. Киневым // Юрист. 2015. № 1. С. 7. Однако высказано и мнение о том, что «существует явная тенденция использования института предупреждения как косвенного инструмента для понуждения хозяйствующих субъектов признать факт нарушения без соответствующих издержек со стороны антимонопольных органов». Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М., 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

В настоящее время указанные формы реагирования могут применяться также в отношении соответственно должностных лиц органов государственной власти и местного самоуправления, государственных внебюджетных фондов либо самих органов (государственных внебюджетных фондов). Также постепенно формируется судебная практика взыскания убытков, причиненных хозяйствующим субъектам непосредственно нарушениями законодательства о защите конкуренции¹.

Определенные сложности вызывает доказывание размера причиненных убытков, а также фактов нарушения законодательства о защите конкуренции². Вместе с тем представляется, что включение в ст. 37 положения, закрепляющего право на возмещение убытков и вреда, имеет в целом позитивное значение. Дело в том что законодатель таким образом прямо предусматривает возможность возмещения убытков (вреда) на основании непосредственно нарушения норм Закона о защите конкуренции. При этом право на подобное возмещение возникает у потерпевшего независимо от привлечения нарушителя к административной или иной ответственности. Данное право реализуется в рамках возникающего охранительного гражданского правоотношения, связанного либо с неправомерными действиями при заключении и исполнении договора (например, навязывание невыгодных условий договора, продажа товара по монопольно высокой цене), либо с причинением вреда в рамках внедоговорного деликтного обязательства (например, в случае недобросовестной конкуренции). Другое дело, что в этом случае потерпевшему придется самостоятельно доказывать факт нарушения законодательства и наличие причинной связи между противоправным поведением и возникшими убытками.

Более серьезные дискуссии вызвала попытка установления в свое время в законодательстве о защите конкуренции так называемых кратных или штрафных убытков, задекларированная в утратившем силу распоряжении Правительства РФ от 28 декабря 2012 г. № 2579-р «Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», а также содержащиеся там предложения по вопросу о

¹ См., например: Определение Верховного Суда РФ от 10 сентября 2015 г. № 305-ЭС15-11220 по делу № А41-45574/14; Постановление ФАС Московского округа от 30 сентября 2013 г. по делу № А40-143297/12; Постановление ФАС Московского округа от 3 октября 2011 г. по делу № А40-2196/11-50-19 // СПС «КонсультантПлюс».

² См., например: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 12 апреля 2010 г. по делу № А56-32803/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

внедрении правовых механизмов защиты прав и законных интересов группы лиц в судах (групповых исков), включая возможность участия юридических лиц в групповых исках. Согласно первоначальной редакции разд. 7 Плана мероприятий по реализации системных мер по развитию конкуренции в Российской Федерации предлагалось дополнить законодательство нормой, устанавливающей возможность взыскания убытков в кратном размере за нарушение законодательства о защите конкуренции.

Данное предложение встретило негативную реакцию научного сообщества со ссылками на противоречие правовой природы санкции в виде возможности взыскания многократных убытков компенсационной направленности убытков как меры ответственности, свойственной для российского гражданского права, сложностями, которые могут возникнуть при одновременном взыскании кратных убытков и административных штрафов в связи с, по сути, публично-правовой природой первых, нарушением принципа запрета на двойное привлечение к ответственности за одно и то же правонарушение, а также на чрезмерность возможных неблагоприятных имущественных последствий для субъекта ответственности¹.

Впоследствии Федеральной антимонопольной службой был подготовлен проект Федерального закона о внесении изменений в ст. 37 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которым предлагалось дополнить ст. 4 частью 4, устанавливающей право субъекта потребовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации в размере от одного процента до пятнадцати процентов от цены товара, реализованного этому субъекту с нарушением антимонопольного законодательства, определяемой по усмотрению суда, исходя из характера нарушения². Необходимость введения подобной нормы обосновывается спецификой антимонопольных дел, в которых убытки в большинстве случаев имеют косвенный характер, а потому точное исчисление их размера во многих случаях просто не представляется возможным³.

¹ См., например: Елисеев Н.Г. Многократные убытки за нарушение антимонопольного законодательства: перспективы появления в российском праве // Вестник ВАС РФ. 2013. № 8 // СПС «Гарант»; Ковалева О., Галеев Б. Почему Россия не Америка? О новых средствах коллективной защиты в антимонопольном праве // Конкуренция и право. 2013. № 4 // СПС «КонсультантПлюс».

² Подготовлен ФАС РФ (текст по состоянию на 10 февраля 2015 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

³ Егорова М.А. Европейская и российская модели возмещения убытков, причиненных нарушениями антимонопольного законодательства: компаративный аспект // Право и экономика. 2015. № 4 // СПС «КонсультантПлюс».

Компенсация как мера ответственности за правонарушение, применяемая наряду с возмещением убытков либо как способ восстановления нарушенной имущественной сферы субъекта, известна российскому законодательству и широко используется при защите интеллектуальных прав, содержится в ряде других норм законодательства (например, в ст. 16.1 ГК РФ). Однако представляется, что приведенная формулировка законопроекта нуждается в уточнении, в том числе применительно к основаниям взыскания компенсации, поскольку нарушения антимонопольного законодательства далеко не всегда могут сопровождаться реализацией товаров, что может без достаточных оснований создать невозможность использования данного способа защиты при совершении иных антимонопольных правонарушений¹. Высказываются и иные замечания, которые также заслуживают внимания². Вместе с тем в условиях достаточно часто встречающегося произвола монополий, нарушений ими прав хозяйствующих субъектов данная мера ответственности заслуживает внимания и, вероятно, может быть предусмотрена в законодательстве с учетом высказанных замечаний.

Не менее дискуссионным и серьезным является вопрос о так называемых частных коллективных (групповых) исках. С одной стороны, в странах Европейского Союза отмечается важность частного правоприменения, инициируемого физическими и юридическими лицами путем подачи судебных исков, его недостаточная развитость, внимательно изучается опыт США в этой области, где коллективные иски достаточно распространены. Более того, в рамках ЕС в 2013 г. были разработаны рекомендации по подсчету убытков, предлагающие несколько методик и способов расчетов³. Как отмечается в современной литературе, «цель новой политики ЕС состоит в том, чтобы предоставить возможность защиты в том слу-

¹ Следует отметить, что указанный законопроект в Государственную Думу до настоящего времени не внесен.

² Так, например, отмечается, что предложенная мера не будет носить восстановительного характера, поскольку не требует закрепления неблагоприятных имущественных последствий для потерпевшего. Кроме того, отсутствуют критерии определения размера компенсации, позволяющие обеспечить ее соразмерность совершенному правонарушению. См. Рыженков А. Правовая природа антимонопольной ответственности // Конкуренция и право. 2015. № 5 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Draft guidance paper on quantifying harm in actions for damages based on breaches of the EU antitrust rules 2013 // URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html

чае, когда государство не готово или не может по каким-либо причинам пресечь антиконкурентное поведение»¹.

С другой стороны, американская система коллективных исков построена на таких принципах, как наличие «гонорара успеха» (адвокаты, как правило, получают 30–40% от присужденной суммы убытков); отсутствие правила «платит проигравшая сторона» (на истца не возлагаются расходы ответчика в случае отклонения его иска); возможность подачи группового (классового) иска по системе «с возможностью выхода» (opt-out)². В результате отмечается наличие мощных стимулов для злоупотреблений, когда подаются заведомо необоснованные спекулятивные иски и, как следствие, создается серьезное давление на бизнес и потребителей, вплоть до свертывания инвестиций в высокорискованные с точки зрения потенциальной угрозы коллективных исков области. В связи с этим представляется, что, несмотря на определенную заманчивость идеи появления «охотников за монополиями», вопрос о введении института коллективных частных исков по американскому образцу в российскую правовую систему нуждается в детальной проработке с учетом как позитивных, так и негативных аспектов данного правового явления.

Необходимо отметить значительную интенсивность развития антимонопольного законодательства, динамизм вносимых в него изменений. Одно из важных изменений, внесенных в Закон о защите конкуренции в рамках недавно принятого «четвертого антимонопольного пакета»³, заключается в том, что лицам, участвующим в деле о нарушении антимонопольного законодательства, предоставлено право обжаловать в месячный срок в федеральный антимонопольный орган решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа, нарушающие единообразие в применении норм антимонопольного законодательства.

Данную новеллу законодательства нужно оценить позитивно как дополнительную гарантию защиты прав субъектов антимонополь-

¹ Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М., 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

² Ковалева О., Галеев Б. Почему Россия не Америка? О новых средствах коллективной защиты в антимонопольном праве // Конкуренция и право. 2013. № 4 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Данным термином обозначается Федеральный закон от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 41 (ч. I). Ст. 5629.

ного регулирования. Российское законодательство и судебная практика признают возможность заключения антимонопольным органом мировых соглашений¹. Требуем серьезного внимания вопрос о возможности применения в конкурентных отношениях процедур медиации. При этом все предлагаемые новеллы законодательства должны быть тщательно изучены и не все из них заслуживают безусловной поддержки, сохраняется потребность в учете концептуальных основ российской правовой системы, а также современного отечественного и зарубежного опыта правоприменения.

§ 5. УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ, СОВЕРШЕННЫЕ В СФЕРЕ КОНКУРЕНЦИИ

Т.О. Кошаева

Преступления, совершаемые в сфере конкуренции, уголовное законодательство Российской Федерации относит к экономическим преступлениям. Преступлениями в сфере экономической деятельности признаются предусмотренные уголовным законом умышленные общественно опасные деяния, посягающие на общественные экономические отношения, совершаемые в любой форме собственности, основанные на принципах свободы экономической деятельности, а именно на принципах свободы экономической деятельности, осуществления ее на законных основаниях, добросовестной конкуренции ее субъектов, их добропорядочности и запрета заведомо криминальных форм их поведения².

Одним из экономических преступлений признается ограничение конкуренции, ответственность за такое общественно опасное деяние предусмотрено ст. 178 Уголовного кодекса РФ.

Согласно ч. 1 ст. 178 УК РФ такое преступление выражается в ограничении конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), запрещенного в соответствии с антимонополь-

¹ 1 См. ст. 190 АПК РФ и п. 28 Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

² 2 См.: Лопашенко Н.А. Экономическая преступность: понятие, состояние и проблемы борьбы. Вопросы квалификации и расследования преступлений в сфере экономики. Саратов, 1999. С. 59.

ным законодательством Российской Федерации, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере. Такое же деяние может быть совершено лицом с использованием своего служебного положения, сопряженное с уничтожением или повреждением чужого имущества либо с угрозой его уничтожения или повреждения, при отсутствии признаков вымогательства, с причинением особо крупного ущерба либо повлекшее извлечение дохода в особо крупном размере (п. «а», «б», «в» ч. 2), а также деяния, совершенные с применением насилия или с угрозой его применения (ч. 3).

Наказание за ограничение конкуренции может быть назначено в виде штрафа, принудительных работ либо лишения свободы до семи лет при отягчающих обстоятельствах.

Объектом преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, является установленная законом экономическая деятельность, интересы субъектов этой деятельности. Дополнительный объект — материальные интересы лиц, зависимых от субъектов экономической деятельности, а также право собственности.

По смыслу ст. 178 УК РФ ограничение конкуренции направлено на минимизацию конкуренции в хозяйственной деятельности. При этом виновные сводят к минимуму либо до полного ее исключения, состязательность хозяйствующих субъектов, при которой их самостоятельные действия эффективно ограничивают возможность каждого из хозяйствующих субъектов односторонне воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Деятельность хозяйствующих субъектов в сфере отношений конкуренции основывается на соответствующих нормативных правовых актах, в частности Законе о защите конкуренции, Федеральном законе от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях», приказе ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке», письме ГКАП России от 14 марта 1996 г. № ВБ/1034 «О выявлении монопольно высоких цен».

Закон о защите конкуренции содержит положения, регулирующие отношения конкуренции хозяйствующих субъектов, и в то же время устанавливает запреты и ответственность за нарушения установленных этим законом правил.

Так, признаются картелем и запрещаются соглашения хозяйствующими субъектами-конкурентами, осуществляющими продажу

товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к следующим последствиям: установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок, доплат или наценок, повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков), сокращению или прекращению производства товаров, отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами, если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таковым могут относиться, например, навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка и иное.

К признакам ограничения конкуренции могут быть отнесены такие, как сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке и другое¹.

Преступление, предусмотренное ст. 178 УК РФ, будет признано оконченным, если в результате ограничения конкуренции был причинен крупный либо особо крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо в момент получения дохода в крупном либо особо крупном размере. На основании Примечания к этой статье доходом в крупном размере признается доход, сумма которого превышает пятьдесят миллионов рублей, а доходом в особо крупном размере — двести пятьдесят миллионов рублей. Крупным ущербом признается ущерб, сумма которого превышает десять миллионов рублей, а особо крупным ущербом — тридцать миллионов рублей.

Как показывает анализ практики по делам, связанным с нарушением антимонопольного законодательства в сфере конкуренции, наиболее часто совершаются правонарушения в сфере организации и проведения торгов, в сфере оказания услуг, в частности, земельных отношений, страхования, строительства и иное. Так, при проверке органами прокуратуры выявляются случаи навязывания определенных условий хозяйствующим субъектам поставщиком, что неизбеж-

¹ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Т. II. 10-е изд. / под ред. В.Т. Томина, В.В. Свечкова. М., С. 222–224.

но приводит либо к ограничению ассортимента, либо повышению цен на определенные товары, в том числе товары первой необходимости, в связи с чем могут быть нарушены интересы как предпринимателей, так и интересы граждан, которые могут быть ущемлены в связи с повышением цен на товары.

В литературе отмечается, что важнейшей проблемой, препятствующей повышению качества услуг жилищно-коммунального хозяйства (ЖКХ), является практически отсутствие конкуренции в этой сфере. При этом отмечается, что в целях повышения качества услуг ЖКХ необходимым является развитие добросовестной конкуренции на этом рынке. В данной сфере общественных отношений, в частности, недостаточно уделяется внимания фактам проведения конкурсов и выбора конечного потребителя, то есть заинтересованных граждан определенного района (округа), имеет место коррупционные связи (схемы), монополизация отрасли ЖКХ и другое¹.

Вообще, соблюдение принципа законности, в том числе, касающегося уголовного законодательства в сфере ограничения конкуренции по смыслу ст. 178 УК РФ напрямую связано с понятием добросовестности в праве вообще. Добросовестность, как справедливо отмечается специалистами, связана прежде всего с соблюдением установленных правил. Например, добросовестность предпринимателя проявляется в изучении потребительского спроса, отборе качественного сырья для производства продукции, своевременности исполнения принятых договорных обязательств и т.д. Соответственно под недобросовестными действиями понимаются такие, как привлечение к работе неквалифицированного персонала, использование в работе продукции непроверенного качества, недостаточный контроль за исполнением обязательств, а также различного рода махинации, уловки и ухищрения, что по существу охватывается понятием «злоупотребления правом»².

С субъективной стороны преступление, предусмотренное ст. 178 УК РФ характеризуется виной в форме умысла, при этом виновный сознает, что совершает преступление, предвидит возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий и желает их наступления (прямой умысел), либо лицо осознает общественную опасность своих действий (бездействия), предвидит возможность наступления общественно опасных последствий, не же-

¹ См.: Право и экономика. 2015. № 5. С. 53–58. Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 4. С. 53–59.

² Законодательство, экономика. 2016. № 1. С. 20–24.

ляет, но сознательно допускает эти последствия либо относится к ним безразлично (косвенный умысел).

По существу, при совершении преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ возможны такие противоправные действия, как ценовой сговор, биржевые спекуляции, влияющие на рост цен, а также, например, ограничение доступа к участию в торгах, нарушения при закупке товаров, работ или услуг и другое, которые могут быть совершены только сознательно, то есть умышленно. При этом мотив преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, может быть определен как корыстный, а цель — получение наживы (прибыли от продаваемой продукции по завышенной цене и иное).

Субъектом преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, признаются лица, действующие от имени хозяйствующих субъектов: руководители, учредители, лица, уполномоченные на такую деятельность руководителями либо учредителями.

В Примечании к ст. 178 УК РФ закреплены специальные условия освобождения от уголовной ответственности за ограничение конкуренции. С этой целью должны быть установлены следующие основания: если лицо первым из числа соучастников преступления добровольно сообщило о преступлении, активно способствовало его раскрытию и (или) расследованию, возместило ущерб или иным образом загладило вред, причиненный в результате действий, предусмотренных ст. 178 УК РФ, а также, если в его действиях не содержится иного состава преступления.

Кроме того, на лиц, совершивших преступление, предусмотренное ст. 178 УК РФ, распространяются общие уголовно-правовые нормы, касающиеся назначения наказания либо освобождения от него (гл. 10, 12 УК РФ).

Вместе с тем, следует отметить, что анализ судебной практики по делам, связанным с ограничением конкуренции показывает, что в большинстве случаев за такое правонарушение лица привлекаются не к уголовной, а к административной ответственности.

Так, согласно ст. 14.9 Кодекса РФ об административных правонарушениях лицо может быть привлечено к административной ответственности за ограничение конкуренции органами власти, органами местного самоуправления. Субъектом такого правонарушения признается должностное лицо, которое нарушает антимонопольное законодательство РФ, которое может привести, в частности к недопущению, ограничению либо устранению конкуренции и иное.

Основанием для привлечения к административной ответственности за такое правонарушение является принятие комиссией ан-

тимонопольного органа решения, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства РФ. За нарушениями, связанными с заключением антиконкурентных соглашений как хозяйствующими субъектами, так и государственными органами, осуществляется прокурорский надзор.

Кроме того, ст. 14.33 КоАП предусмотрена ответственность за недобросовестную конкуренцию, которая выражается в деянии, если таковое не содержит уголовно наказуемого деяния, за исключением случаев, предусмотренных ст. 14.3 КоАП (нарушение законодательства о рекламе) (ч. 1), наказуемым по части 2 указанной статьи признается недобросовестная конкуренция, выразившаяся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг.

Кроме того, ст. 14.40 КоАП предусмотрена административная ответственность за нарушение антимонопольных правил, установленных федеральным законом, при осуществлении торговой деятельности.

КоАП содержит и иные административно-правовые нормы, направленные на противодействие действиям с нарушениями в сфере конкурентных отношений, ответственность за которые предусмотрена гл. 14 КоАП РФ и совершаемых в области предпринимательской деятельности, и которые наиболее полно отражают в себе потребность защиты отношений, связанных с конкуренцией.

Таким образом, можно отметить, что общественные отношения в сфере ограничения конкуренции защищены в более полном объеме административным законодательством, нежели уголовным.

К преступлениям, совершаемым в сфере конкурентных отношений можно отнести и такое преступление, как манипулирование рынком, за которое предусмотрена ответственность ст. 185.3 УК РФ.

Согласно ч. 1 ст. 185.3 УК РФ манипулирование рынком выражается в умышленном распространении через средства массовой информации, в том числе электронные, информационно-телекоммуникационные сети (включая сеть «Интернет»), заведомо ложных сведений или совершение операций с финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товарами либо иные умышленные действия, запрещенные законодательством Российской Федерации о противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком, если в результате таких незаконных действий цена, спрос, предложение или объем торгов

финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товарами отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без учета указанных выше незаконных действий, и такие действия причинили крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжены с извлечением излишнего дохода или избежанием убытков в крупном размере.

Указанные в ч. 1 ст. 185.3 УК РФ действия, если они совершены организованной группой или причинили ущерб в особо крупном размере, наказываются по ч. 2 ст. 185.3 УК РФ.

Общественная опасность преступления, предусмотренного ст. 185.3 УК РФ, выражается в подрыве установленной законом экономической деятельности, в угрозе справедливому ценообразованию на финансовые инструменты, иностранную валюту и (или) товары, в нарушении равенства инвесторов, утрате их доверия, причинении ущерба в крупном или особо крупном размере гражданам, организациям, государству.

Например, одним из основных объективных признаков преступления, предусмотренного ст. 185.3 УК РФ, то есть необходимым условием манипулирования рынком являются незаконные действия, которые могут быть признаны преступными на основании соответствующих нормативно-правовых актов, в частности, Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком» и другие.

Преступление, предусмотренное ст. 185.3 УК РФ, совершается умышленно, субъектом такого преступления признается лицо, достигшее к моменту его совершения 16-ти летнего возраста.

Согласно Примечанию к ст. 185.3 УК РФ крупным ущербом, излишним доходом, убытками в крупном размере признаются: ущерб, излишний доход, убытки в сумме, превышающем два с половиной миллиона рублей, в особо крупном размере — в сумме, превышающей десять миллионов рублей. Излишним доходом признается доход, определяемый как разница между доходом, который был получен в результате незаконных действий, и доходом, который сформировался бы без учета незаконных действий, предусмотренных указанной статьей. Избежанием убытков признаются убытки, которых лицо избежало в результате неправомерного использования инсайдерской информации и (или) манипулирования рынком.

За преступление, предусмотренное ст. 185.3 УК РФ, предусмотрены такие виды наказаний, как штраф, принудительные работы, лишение свободы до семи лет и другие.

Ответственность за манипулирование рынком также предусмотрена ст. 15.30 КоАП. Такое правонарушение преследуется по закону, если противоправные действия не содержат уголовно-наказуемого деяния.

Следует отметить, что манипулирование рынком в указанной статье не раскрывается, что говорит о том, что противоправные действия виновных в совершении преступления, предусмотренные ст. 185.3 УК РФ и ст. 15.30 КоАП, являются идентичными по своему содержанию, их различает лишь то, что административный проступок не наделен признаком общественной опасности, его субъектом может быть как физическое лицо, достигшее 16-летнего возраста, так и должностное либо юридическое лицо.