

ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ

КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО РОССИИ

Учебник

Второе издание



Издательский дом
Высшей школы экономики
Москва, 2014

УДК 346(075)
ББК 67.4
К64

В данной работе использованы результаты проектов: «Сравнительный анализ основных институтов российского, общеевропейского и американского конкурентного права. Методология оценки правоприменительной практики антимонопольных органов» (выполнен в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2012 г.) и «Сравнительный анализ основных институтов российского, общеевропейского и американского конкурентного права. Оценка вертикальных соглашений и регулирование естественных монополий» (выполнен в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2013 г.).

Ответственные редакторы:

И. Ю. Артемьев, С. А. Пузыревский, А. Г. Сушкевич

Конкурентное право России: учебник [Текст] / Д. А. Алешин, И. Ю. Артемьев, И. В. Башлаков-Николаев и др. ; отв. ред. И. Ю. Артемьев, С. А. Пузыревский, А. Г. Сушкевич ; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. — 493, [3] с. — 1000 экз. — ISBN 978-5-7598-1075-9 (в пер.)

Второе издание учебника «Конкурентное право России», подготовленное на основе издания 2012 г., представляет область правовой теории, бурное развитие которой отмечается в последние 20 лет. Коллективный труд авторов — практиков и теоретиков антимонопольного регулирования — подробно освещает историю возникновения корпуса правовых норм, направленных на защиту конкуренции, прослеживает истоки и эволюцию российского антимонопольного законодательства. Учебник задуман и исполнен авторами в качестве «открытого текста», он ставит перед студентом задачи, которые носят не столько методически образовательный, сколько поисково-научный характер, требующий и побуждающий расширять свое знание этой молодой предметной и научной области российского права.

Для студентов, аспирантов и преподавателей экономических и юридических вузов и факультетов, предпринимателей, руководителей предприятий.

УДК 346(075)
ББК 67.4

ISBN 978-5-7598-1075-9

© Артемьев И. Ю., Пузыревский С. А.,
Сушкевич А. Г., 2014
© Дизайн обложки. Кокорев Р. Б., 2014
© Оформление. Издательский дом
Высшей школы экономики, 2014

Оглавление

Предисловие ко второму изданию	12
Глава 1. Экономическая конкуренция в качестве охраняемого общественного блага	17
§ 1. Понятие конкуренции	17
§ 2. Общественная ценность конкуренции и ее функции в экономике	21
§ 3. Угроза конкуренции и государственное антимонопольное регулирование	25
<i>Основные понятия</i>	44
<i>Вопросы для обсуждения</i>	45
<i>Приложения</i>	46
Глава 2. Понятие и состав антимонопольного законодательства	52
§ 1. Понятие антимонопольного законодательства	52
§ 2. Состав антимонопольного законодательства	54
§ 3. Особенности антимонопольного законодательства	61
§ 4. Сфера применения Закона о защите конкуренции	63
§ 5. Сфера применения Закона о естественных монополиях	72
<i>Основные понятия</i>	79
<i>Вопросы для обсуждения</i>	79
Глава 3. Основные понятия антимонопольного законодательства	80
§ 1. Хозяйствующий субъект и группа лиц	81
§ 2. Товар и товарный рынок	88
§ 3. Конкуренция и признаки ее ограничения	91
§ 4. Монополистическая деятельность и недобросовестная конкуренция	95
§ 5. Экономическая концентрация	101
<i>Основные понятия</i>	105
<i>Вопросы для обсуждения</i>	105

Глава 4. Определение границ товарного рынка и анализ состояния конкуренции	107
§ 1. Задачи анализа состояния конкуренции	108
§ 2. Определение продуктовых и географических границ рынка	115
§ 3. Определение состава участников рынка, расчет объема рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке	125
§ 4. Экономические критерии доминирующего положения.....	131
§ 5. Определение уровня концентрации и оценка состояния конкуренции на товарном рынке	139
<i>Основные понятия</i>	<i>147</i>
<i>Вопросы для обсуждения.....</i>	<i>147</i>
<i>Приложения</i>	<i>149</i>
Глава 5. Злоупотребление доминирующим положением	161
§ 1. Доминирующее положение и его виды	162
§ 2. Злоупотребление доминирующим положением: понятие, виды и типология	171
§ 3. Критерии допустимости	179
<i>Основные понятия</i>	<i>183</i>
<i>Вопросы для обсуждения.....</i>	<i>184</i>
Глава 6. Антиконтентные соглашения	185
§ 1. Природа антиконтентных соглашений	185
§ 2. Горизонтальные соглашения и картели. Запрет на горизонтальные соглашения.....	188
§ 3. Запрет на антиконтентные вертикальные соглашения. Общие исключения	198
§ 4. Запрет на антиконтентные согласованные действия. Особенности применения	207
<i>Основные понятия</i>	<i>214</i>
<i>Вопросы для обсуждения.....</i>	<i>214</i>
<i>Приложения</i>	<i>215</i>
Глава 7. Регулирование антимонопольным законодательством деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов и организаций	222
§ 1. Общая характеристика и виды норм антимонопольного законодательства, адресованных органам государственной власти, органам местного самоуправления, иным органам и организациям.....	222
§ 2. Запреты антимонопольного законодательства, адресованные органам, осуществляющим публичные полномочия	227

§ 3. Обязывающие нормы антимонопольного законодательства, адресованные органам публичной власти.....	237
<i>Основные понятия</i>	247
<i>Вопросы для обсуждения</i>	247
Глава 8. Недобросовестная конкуренция	249
§ 1. Понятие и признаки недобросовестной конкуренции	249
§ 2. Формы недобросовестной конкуренции	255
§ 3. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением исключительных прав	278
<i>Основные понятия</i>	284
<i>Вопросы для обсуждения</i>	284
<i>Приложения</i>	285
Глава 9. Антимонопольный орган	295
§ 1. Система антимонопольных органов.....	295
§ 2. Ключевые контрольные функции и полномочия антимонопольного органа	297
§ 3. Полномочия антимонопольного органа по контролю за состоянием конкуренции на товарных рынках и в отдельных секторах экономики	303
§ 4. Распределение полномочий между федеральным антимонопольным органом и его территориальными органами	307
§ 5. Программные цели и задачи федерального антимонопольного органа	309
<i>Основные понятия</i>	312
<i>Вопросы для обсуждения</i>	312
<i>Приложение</i>	313
Глава 10. Государственный контроль за экономической концентрацией	337
§ 1. Природа государственного контроля за экономической концентрацией	337
§ 2. Предварительный и последующий контроль за экономической концентрацией	341
§ 3. Объекты контроля за экономической концентрацией	342
§ 4. Процедура контроля за экономической концентрацией: заявитель; представляемые в антимонопольный орган документы и сведения; виды решений антимонопольного органа и сроки их принятия	352
§ 5. Особенности государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц	365

§ 6. Последствия нарушения порядка получения от антимонопольного органа предварительного согласия на осуществление сделок, иных действий, а также порядка представления в антимонопольный орган уведомлений об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю	366
<i>Основные понятия</i>	368
<i>Вопросы для обсуждения</i>	369

Глава 11. Рассмотрение судами и антимонопольными органами дел о нарушениях антимонопольного законодательства и законодательства

об ответственности за такие нарушения	370
§ 1. Общие положения о полномочиях антимонопольных органов возбуждать и рассматривать дела о нарушениях антимонопольного законодательства	370
§ 2. Выдача предупреждения и направление предостережения	386
§ 3. Порядок возбуждения и рассмотрения антимонопольными органами дел о нарушениях антимонопольного законодательства	389
§ 4. Порядок возбуждения и рассмотрения антимонопольными органами дел о применении предусмотренной КоАП РФ административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства	399
§ 5. Участие антимонопольных органов в судопроизводстве по делам, связанным с применением антимонопольного законодательства	406
<i>Основные понятия</i>	412
<i>Вопросы для обсуждения</i>	412

Глава 12. Юридическая ответственность за нарушения

антимонопольного законодательства	414
§ 1. Понятие юридической ответственности за нарушение антимонопольного законодательства	414
§ 2. Гражданско-правовая ответственность за нарушение антимонопольного законодательства	417
§ 3. Административная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства	421
§ 4. Уголовная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства	457
<i>Основные понятия</i>	468
<i>Вопросы для обсуждения</i>	468

Глава 13. Интеллектуальная собственность и защита конкуренции	469
§ 1. Легальная монополия правообладателя и ее ограничение нормами конкурентного права.....	469
§ 2. Параллельный импорт и препятствование его осуществлению как особый вид антиконкурентного распоряжения правами интеллектуальной собственности	481
<i>Основные понятия</i>	<i>493</i>
<i>Вопросы для обсуждения.....</i>	<i>493</i>

Коллектив авторов

Алешин Дмитрий Андреевич, старший научный сотрудник Института торговой политики НИУ ВШЭ — гл. 3, 4;

Артемьев Игорь Юрьевич, заслуженный экономист РФ, руководитель ФАС России — введение, гл. 1 (совместно с А.Г. Сушкевичем);

Башлаков-Николаев Игорь Васильевич, руководитель Московского областного УФАС России — гл. 2 (§ 4, 5);

Борзило Елена Юрьевна, канд. юрид. наук — гл. 5;

Гаврилов Денис Александрович, заместитель начальника Правового управления ФАС России — гл. 13;

Золотарев Игорь Валерьевич, заместитель начальника Правового управления ФАС России — гл. 12 (§ 1, 2);

Клейн Нина Исаевна, профессор, заслуженный юрист РФ — гл. 2 (§ 1–3), гл. 11;

Максимов Сергей Васильевич, докт. юрид. наук, профессор, заместитель начальника Правового управления ФАС России — гл. 12 (§ 4);

Пузыревский Сергей Анатольевич, канд. юрид. наук, доцент, начальник Правового управления ФАС России — гл. 8, 12 (§ 3);

Рабко Тарас Адамович, канд. юрид. наук, доцент базовой кафедры Федеральной антимонопольной службы НИУ ВШЭ — гл. 9 (совместно с А.Г. Сушкевичем);

Середина Елена Викторовна, эксперт по антимонопольному законодательству — гл. 7;

Сушкевич Алексей Геннадьевич, канд. экон. наук, заслуженный экономист РФ, начальник Аналитического управления ФАС России — гл. 1 (совместно с И.Ю. Артемьевым), 6, 9 (совместно с Т.А. Рабко), 10.

*Памяти
Нины Исавны Клейн*

Издание посвящено памяти Нины Исаевны Клейн (09.01.1924—24.03.2013), ученого-цивилиста, одного из создателей российского антимонопольного законодательства, кандидата юридических наук, профессора, главного научного сотрудника Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, заслуженного юриста РСФСР.

Нина Исаевна Клейн внесла большой вклад в становление и развитие российского антимонопольного законодательства и законодательства о естественных монополиях. Специалист по гражданскому праву и арбитражному процессу, Нина Исаевна входила в число разработчиков Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (1991 г.), Федерального закона «О естественных монополиях» (1995 г.), ряд ее идей лег в основу Федерального закона «О защите конкуренции» (2006 г.). Свыше 15 лет она занималась обобщением практики применения арбитражными судами антимонопольного законодательства, а также его комментированием, — неизменный интерес научного сообщества и специалистов-практиков вызывали подготавливаемые ею регулярные публикации анализа судебной практики в сборнике «Комментарий судебно-арбитражной практики» (издание Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации; Нина Исаевна и ее ученики готовили материалы для рубрики «Применение судами антимонопольного законодательства»).

Клейн Н.И. — автор более 200 печатных работ (монографий, научных статей, комментариев к законодательству, учебников), в том числе «Конкурентное право Российской Федерации» (учеб. пособие для вузов / под ред. Н.И. Клейн, Н.Е. Фонаревой. М.: Логос, 1999) и «Конкурентное право России» (учебник / отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012).

Нина Исаевна была востребована в качестве авторитетного эксперта в антимонопольном законодательстве: она входила в состав научно-консультационных советов при Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации (далее — ВАС РФ) и Федеральном арбитражном суде Московского округа, а также в состав Общественно-консультативного совета при Федеральной антимонопольной службе (далее — ФАС России).

До последних дней жизни Нина Исаевна не прекращала свою педагогическую деятельность; она не только подготовила ряд ученых — специалистов в конкурентном праве, но никогда не упускала возможность

донести научное знание до специалистов-практиков — государственных служащих и судей арбитражных судов, чья работа связана с применением законодательства о защите конкуренции.

Мы рады отметить, что Нина Исаевна прожила долгую и счастливую жизнь в российской юридической науке: ее труды были по достоинству оценены научным сообществом и российским государством. В 1988 г. Н.И. Клейн было присвоено звание заслуженного юриста РСФСР, она была награждена медалью Анатолия Кони (ведомственная награда Минюста России), медалью «20 лет арбитражным судам Российской Федерации» (ведомственная награда ВАС РФ). Нина Исаевна Клейн навсегда останется первым Почетным работником антимонопольных органов России (ведомственная награда ФАС России).

Высокие достижения Нины Исаевны Клейн в науке — далеко не полное отражение ее прекрасных профессиональных и человеческих качеств: щедрого и требовательного научного руководителя, предельно добросовестного правоведа-исследователя, корректного оппонента в научном споре, надежного товарища и соратника.

Уход Нины Исаевны Клейн будет трудно восполнить.

Предисловие ко второму изданию

Конкуренция — основа поступательного развития страны, она обеспечивает постоянное и динамичное внедрение инновационных технологий в экономику, является главным движущим фактором эволюционного развития общества, порождает разнообразие, эффективное использование ресурсов и справедливое распределение результатов функционирования экономики. Состояние конкуренции в российской экономике — наиболее точный индикатор успешности рыночных преобразований, свободы экономической деятельности и равенства предпрятий всех форм собственности в рыночном обороте.

Сегодня в Российской Федерации сформирована современная правовая и организационная основа защиты и развития конкуренции:

- правовые институты защиты и развития конкуренции соответствуют лучшим практикам ведущих антимонопольных органов мира; российский орган по защите конкуренции — Федеральная антимонопольная служба — занимает 19-е место в международном рейтинге эффективности конкурентных ведомств стран мира (из более чем 100 национальных ведомств);

- взаимодействие российских антимонопольных органов, судов, объединений предпринимателей, профессиональных сообществ юристов и экономистов создали действующий организационный механизм защиты конкуренции, позволивший выработать стандарты и практические требования антимонопольной политики в отношении всех товарных рынков Российской Федерации.

Столь серьезные достижения являются результатом 20-летнего развития антимонопольного регулирования в нашей стране. Основы его были заложены еще до распада Советского Союза, когда 22 марта 1991 г. Верховный Совет РСФСР принял Закон РСФСР № 948-І «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон РСФСР № 948-І). На сферу финансовых рынков антимонопольное законодательство было распространено позднее, когда вступил в силу Федеральный закон от 23.06.1999 № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» (далее — Федеральный закон № 117-ФЗ). Первый российский антимонопольный орган — Государственный комитет РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых предпринимательских структур — был создан в 1990 г. Окончательные решения, которые определили облик антимонопольного органа (организационную

структуру, требования к кадрам), принимались вице-премьером российского Правительства Г.А. Явлинским.

Развитие рыночной экономики в нашей стране потребовало качественного изменения государственной политики по защите и развитию конкуренции. Эти новации получили отражение в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции). Основной корпус норм российского конкурентного права был существенно обновлен. По сути дела, Закон о защите конкуренции подвел итоги первого этапа развития антимонопольного законодательства в России, обобщил практику его применения антимонопольным органом и судами, реализовал накопленные достижения правовой и экономической науки в сфере правовой защиты конкуренции.

Российское антимонопольное законодательство образца 1991 г. можно считать успешным *началом рецепции* общеевропейских норм и институтов конкурентного права; завершило же этот процесс введение в 2007 г. особых «антимонопольных» штрафов, а также важных поправок в Закон о защите конкуренции в январе 2012 г. Сегодня российское конкурентное право находит свое развитие как в правовых позициях, сформированных судом при рассмотрении наиболее значимых дел, так и в актах высших коллегиальных судебных органов (например, в постановлениях Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее также — ВАС РФ)), обобщающих применение судами антимонопольного законодательства. Два постановления Пленума ВАС РФ (2008 и 2010 гг.)¹ закрепили общезначимое судебное толкование важнейших аспектов антимонопольного законодательства.

Решения ВАС РФ вносят все большую определенность в понимание и применение антимонопольного законодательства как самими антимонопольными органами, так и судами. В частности, решения ВАС РФ по искам крупнейших нефтяных компаний страны в 2009–2011 гг. дали антимонопольному органу возможность эффективно пресекать злоупотребления коллективным доминирующим положением и привлекать правонарушителей к административной ответственности. Важнейшим из таких решений стало постановление президиума ВАС РФ под председательством А.А. Иванова (состав членов президиума: Амосова С.М., Валявина Е.Ю., Витрянский В.В., Вышняк Н.Г., Гвоздилина О.Ю.,

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 (ред. от 14.10.2010) «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», а также постановление Пленума ВАС РФ от 14.10.2010 № 52 «О внесении изменений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 “О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства”».

Исайчева В.Н., Козлова О.А., Панова И.В., Сарбаш С.В., Слесарев В.Л., Юхней М.Ф.) от 25.05.2010 № 16678/09, которым высший судебный орган подтвердил законность решений и предписаний ФАС России, направленных на пресечение злоупотребления доминирующим положением вертикально-интегрированными нефтяными компаниями на оптовом рынке нефтепродуктов в Российской Федерации (так называемое дело в отношении ОАО «ТНК-ВР Холдинг»). Не побоюсь сравнить значение этого дела с делом «Стандарт Ойл» 1911 г. в США: именно с этих дел начинается серьезное применение антимонопольного законодательства в нефтяной отрасли. Ряд вынесенных ВАС РФ решений в пользу ФАС России по спорам с газоснабжающими организациями группы лиц ОАО «Газпром» позволил сформировать обоснованные антимонопольные требования к типовым договорам газоснабжения. Рассмотрение ВАС РФ спора антимонопольных органов с сетевыми организациями розничной торговли позволило конкретизировать понимание согласованных действий торговых сетей.

Есть еще одно, пусть и косвенное, но убедительное свидетельство качественного изменения государственного антимонопольного регулирования в 2006—2011 гг. Не ошибусь, если скажу, что за эти годы в стране сформировался класс юристов, которые избрали своей профессией защиту законных интересов участников товарных рынков в спорах как с компаниями-монополистами, так и с антимонопольными органами. В 2007 г. те, кто сделал защиту конкуренции и прав участников рынка в спорах с антимонопольными органами своей профессией, создали профессиональное объединение юристов и экономистов — некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции». Сегодня ФАС России использует регулярные встречи с участниками партнерства для публичной апробации новшеств в антимонопольном регулировании и для выявления актуальных для бизнеса приоритетов в совершенствовании административных процедур антимонопольного контроля. Антимонопольная практика стала неперенным элементом в работе любого крупного адвокатского объединения; юридические департаменты крупных компаний считают необходимым иметь соответствующего штатного специалиста. Сегодня антимонопольному органу противостоят в судах юристы, имеющие лучшее российское и зарубежное профильное образование. Их публичные выступления и статьи в юридических изданиях оказывают серьезное влияние на формирующуюся доктрину права конкуренции.

В этот же период защита и развитие конкуренции в качестве юридических концепций были инкорпорированы во многие виды российского законодательства:

- новейшее законодательство о размещении государственного и муниципального заказов основано на реализации принципа равного и справедливого доступа поставщиков ко всем государственным закупкам;
- законодательство в сфере деятельности субъектов естественных монополий дополнено правилами недискриминационного доступа, обеспечивающими равенство условий конкуренции на товарных рынках, смежных с находящимися в состоянии естественной монополии;
- законодательство, регулирующее использование государственного фонда лесов, водных, земельных, биологических и иных ресурсов, дополнено правилами, обеспечивающими предпринимателям равный и справедливый доступ к такому имуществу, а также конкурентными процедурами его приватизации (например, процедурами получения прав на земельные участки для жилищного строительства).

Настоящий учебник — не первый университетский курс конкурентного права в нашей стране. Более 10 лет назад свет увидел курс «Конкурентное право Российской Федерации» под редакцией Н.И. Клейн и Н.Е. Фонаревой, вместе с ним были изданы два тома дополнительных материалов². Однако это учебное пособие не предназначалось для продажи: его использовали для подготовки сотрудников антимонопольных органов и разослали в библиотеки нескольких российских вузов. Позднее были опубликованы работы К.Ю. Тотьева³, И.В. Князевой⁴, А.Н. Варламовой⁵, каждая из которых легла в основу самостоятельного вузовского курса.

Обобщить все новое и позитивное, что произошло со дня вступления в силу Закона о защите конкуренции, призван новый университетский учебник по конкурентному праву, предлагаемый вашему вниманию. Вы держите в руках его второе издание, оно было подготовлено коллективом авторов на основе первого издания 2012 г. и имеет три важных особенности:

² Конкурентное право Российской Федерации: учеб. пособие для вузов / Н.В. Васильева, Ю.Ю. Горячева, Н.Г. Доронина и др.; под ред. Н.И. Клейн, Н.Е. Фонаревой. М.: Логос, 1999; Конкуренция и антимонопольное регулирование: учеб. пособие для вузов / С.Б. Авдашева, В.А. Аронин, И.К. Ахлопов и др.; под ред. А.Г. Цыганова. М.: Логос, 1999; Практика антимонопольного регулирования в России (сборник учебных дел): учеб. пособие для вузов / М.Г. Баев, И.В. Баранов, В.В. Бурба и др.; под ред. Н.Е. Фонаревой; сост. В.И. Мануилова. М.: Логос, 2005.

³ Тотьев К.Ю. Конкурентное право: учеб. для вузов. М.: ИНФРА-М, 2003.

⁴ Князева И.В. Антимонопольная политика в России: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Национальная экономика». Изд. 4-е, испр. М.: Омега-Л, 2009.

⁵ Варламова А.Н. Конкурентное право России. М.: ИКД «Зерцало-М», 2008.

— настоящее издание содержит анализ законодательства о защите конкуренции по состоянию на июнь 2013 г., т.е. включает изложение обширных поправок в Закон о защите конкуренции (а также в соответствующее законодательство об ответственности), вступивших в силу в январе 2012 г. и неучтенных при подготовке первого издания;

— полной переработке подверглась гл. 12 учебника, посвященная вопросам ответственности за нарушение антимонопольного законодательства;

— второе издание учебника включает новую главу, посвященную вопросам защиты конкуренции в связи с осуществлением прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Большинство авторов этой книги отдали многие годы работе в Федеральной антимонопольной службе. Наш опыт подтверждает: антимонопольная политика является одним из ключевых элементов в развитии всей российской экономики.

Однако сегодня в сфере защиты конкуренции налицо явное противоречие. С одной стороны, принимаются и внедряются в практику законодательные и подзаконные акты, учитывающие реалии настоящего времени, а также отечественный и мировой опыт в этой сфере. С другой стороны, у многих государственных служащих, в том числе руководителей самого высокого звена, практически полностью отсутствует то, что можно назвать культурой защиты конкуренции.

Очевидно, что до тех пор, пока сознание нынешних и будущих руководителей кардинально не изменится, невозможно будет эффективно развивать и защищать конкуренцию, стимулировать здоровый экономический рост страны.

Мы надеемся, что подготовленный нами учебник окажется полезным прежде всего молодому поколению российских граждан, будущим предпринимателям и руководителям всех рангов: даст им глубокое понимание реалий конкурентного права, сформирует представление об основных направлениях его развития и укоренит мысль о том, что построение конкурентной модели российской экономики не только возможно, но и должно.

И.Ю. Артемьев,
заслуженный экономист России

Экономическая конкуренция в качестве охраняемого общественного блага

§ 1. Понятие конкуренции

Теоретические представления о природе и ценности *конкуренции в качестве общественного блага* начали формироваться в XVIII в., когда бурное развитие промышленного производства вызвало рост общественного разделения труда, резко усилило значение торговли и денежного обращения в экономике европейских стран.

Разрозненные положения законов и отдельные судебные решения, которые защищали свободу экономической деятельности участников рынка, их безусловное право распоряжаться собственным имуществом, пресекали попытки властных институтов исказить свободный экономический обмен, постепенно складывались в *систему конкурентного права* — совокупность доктринальных воззрений и юридических норм, которые обосновывают и утверждают ценность конкуренции, а также обеспечивают ее защиту и развитие.

Адам Смит, основоположник классической политической экономии, не оставил нам явного определения конкуренции, однако в трудах Джорджа Стиглера¹ сформулированы пять неявных предпосылок, которые Адам Смит в своем «Богатстве народов»² считал достаточными для существования конкуренции на товарном рынке:

1. Все конкуренты должны действовать самостоятельно, не сговариваясь друг с другом.
2. Количество конкурентов, как уже имеющих, так и потенциальных, должно быть достаточным для того, чтобы устранить экстраординарные доходы.
3. Все экономические агенты должны обладать приемлемым знанием рыночных возможностей.

¹ См.: *Stigler G.J. Perfect Competition, Historically Contemplated* // *Journal of Political Economy*. 1957. 65. Reprinted in *Stigler G.J. Essays in the History of Economics*. Chicago; L.: **The University of Chicago Press**, 1965. P. 234–267.

² *Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов*. М.: Соцэгиз, 1962.

4. Должна существовать свобода (от социальных ограничений) для действия в соответствии с этим знанием.

5. Должно пройти достаточно времени для того, чтобы ресурсы начали расходоваться в количествах и целях, которые определили их владельцы.

В определении конкуренции Адам Смит ушел далеко вперед по сравнению со своими предшественниками: для них суть конкуренции сводилась к ценовым явлениям, а ее функция — к «тенденции приводить рыночные цены к такому уровню, при котором устраняются как избыточные прибыли, так и неудовлетворенный спрос, т.е. к уровню, который соответствует минимальным из возможных устойчивых цен в долгосрочном периоде»³.

Какие же характеристики рынка и поведения его участников Адам Смит считал неотъемлемыми чертами конкуренции?

Предпосылки № 1 и 4 характеризуют поведение участников рынка. Во-первых, их *соперничество должно быть реальным*, иначе действие «невидимой руки» рынка в распределении ресурсов между видами деятельности и отдельными предпринимателями будет неэффективным. Во-вторых, такое соперничество должно быть *освобожденным от социальных ограничений*, снижающих эффективность «невидимой руки» рынка в распределении ресурсов.

Предпосылки № 2, 3 и 5 характеризуют структуру рынка. На рынке должно действовать (покупать и продавать товар) *достаточно много участников*; насколько много — зависит от того, сколько их нужно, для того чтобы продажи конкретного товара не приносили сверхдоходы. Говоря языком современной экономической науки, «эффективность действия “невидимой руки” рынка ограничена, если количество реальных и потенциальных участников рынка невелико»⁴. Кроме того, все участники рынка (прежде всего производители и продавцы товара) должны иметь *равный доступ к информации* о возможном альтернативном использовании ресурсов и об альтернативных поставщиках товара. Наконец, необходимо *длительное существование рынка*, чтобы его «невидимая рука» успешно распределила ресурсы по направлениям использования, а покупателей — по кругу продавцов, т.е. должно пройти

³ McNulty P.J. A Note on the History of Perfect Competition // Journal of Political Economy. 1967. 75. P. 395–399.

⁴ The International Handbook of Competition / ed. by M. Neumann, J. Weigand. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar, USA, 2004. P. 17. Настоящее издание содержит также множество цитат и извлечений из работ крупнейших экономистов XX в., посвященных природе конкуренции и систематизированных по различным ее аспектам; часть этих цитат будет использована далее со ссылками на “The International Handbook of Competition”.

время, в течение которого соперничество участников рынка даст видимый результат.

Современник французских энциклопедистов, Адам Смит предложил целостный и интегральный взгляд на конкуренцию. Впоследствии понятие конкуренции подверглось аналитическому расщеплению на множество относительно самостоятельных аспектов, каждому из которых придавалось решающее значение. Так, часть экономистов XX в. считали достаточным характеризовать конкуренцию в качестве соперничества на рынке следующим образом:

- «Конкуренция в широком смысле означает борьбу несовместимых интересов» (Р.Т. Эли, 1901);
- «Конкуренция — одного порядка и практически синонимичный термин по отношению к таким терминам, как “борьба”, “соревнование”, “соперничество”» (Э.Дж. Эдди, 1913);
- «Термин “конкуренция” проник в экономическую науку из обыденного дискурса и очень долго обозначал не более чем самостоятельное соперничество двух и более лиц» (Дж. Стиглер, 1957)⁵.

Параллельно развивается представление о конкуренции как об отсутствии барьеров для входа на товарный рынок и в силу этого обстоятельства — как о соперничестве реальных и потенциальных (т.е. тех, чья угроза появления на рынке всегда существует) конкурентов:

- «Конкуренция... это не только присутствие нескольких продавцов на одном рынке. Конкуренцию можно определить как возможность свободного передвижения труда и капитала. Конкуренция, по крайней мере латентная, существует лишь постольку, поскольку не пресекается появление новых продавцов на рынке» (Р.Л. Лифман, 1915);
- «Выражение “совершенная конкуренция” должно означать именно свободный и простой вход на рынок» (Ф. Махлуп, 1942);
- «Кажется предпочтительным... использовать понятие конкуренции в изменяющихся условиях в соответствии со следующим методом, а именно: настаивать на отсутствии барьеров на вход и на выход с рынка в нормальный долгосрочный период, т.е. в период достаточно длительный для того, чтобы могли произойти существенные изменения в распределении даже наиболее долгосрочных и специализированных ресурсов» (Дж. Стиглер, 1965);
- «Существенной (достаточной) характеристикой рынка, который находится в состоянии конкуренции, является открытость такого рынка для входа новых конкурентов... рынок, на котором действует лишь

⁵ Ibid. P. 18.

одна фирма, также может анализироваться в качестве конкурентного рынка» (П.С.У. Эндрюс, 1964)⁶.

Экономисты XX в. часто представляли конкуренцию механизмом, аналогичным дарвиновскому механизму естественного отбора. Данная точка зрения широко представлена в учебниках по маркетингу и теории предпринимательской конкуренции⁷. Глубокое замечание по поводу использования экономистами такой аналогии сделал крупнейший экономист рубежа XIX–XX вв. А. Маршалл: «Закон естественного отбора... часто интерпретируют таким образом, будто тенденцией к выживанию наделены те организмы, которые наилучшим образом приспособлены извлекать выгоду из окружающей среды. Но такое понимание неверно. Закон устанавливает, что тенденцией к выживанию наделены те организмы, которые наилучшим образом приспособлены использовать окружающую среду в своих собственных целях»⁸. Применяя высказывание А. Маршалла в отношении конкуренции, отметим: биологическая аналогия демонстрирует не только то, что число допустимых способов использования ресурсов и возможностей рынка (эти способы задаются целями деятельности компании) ограничено, но и что победители в конкурентной борьбе способны наилучшим образом приспособиться к внешне заданным рыночным параметрам, не отступая от целей своей деятельности на рынке.

Наконец, экономисты часто понимают конкуренцию и просто как отсутствие монополии на определенном рынке.

Суммируя сказанное, выделим две относительно самостоятельных характеристики товарного рынка, находящегося в состоянии конкуренции: первая из них является производной от структуры товарного рынка, а вторая — от поведения действующих на нем продавцов и покупателей.

«Структурная» характеристика рынка, находящегося в состоянии конкуренции, близка к принятому в экономической науке определению «совершенной конкуренции»⁹ и предполагает:

— атомистичность рынка, т.е. наличие большого количества продавцов, каждый из которых настолько мал, что его действия не оказывают существенного влияния на конкурентов;

⁶ The International Handbook of Competition... P. 19.

⁷ См., например: *Рубин Ю.Б.* Теория и практика предпринимательской конкуренции: учеб. Изд. 4-е, перераб. и доп. М.: ООО «Маркет ДС Корпорейшн», 2004. В этом издании § 1.2 гл. 1 так и назван: «О биологических предпосылках конкуренции в системе бизнеса».

⁸ *Marshall A.* Economics of Industry. 4th ed. L.: Macmillan, 1909. P. 140.

⁹ См., например: *Кабраль Луис М.Б.* Организация отраслевых рынков: вводный курс / пер. с англ. А.Д. Шведа. Минск: Новое знание, 2003.

- однородность товара, т.е. полную взаимозаменяемость товара, поставляемого на рынок разными продавцами;
- полную информированность участников рынка о ценах, установленных всеми фирмами;
- равнодоступность производственных технологий для всех участников рынка;
- свободу входа на рынок: любой участник может беспрепятственно войти на рынок или уйти с него.

«Поведенческая» характеристика рынка, находящегося в состоянии конкуренции, сводится к рыночной стратегии участников, которая свидетельствует об их соперничестве друг с другом и с потенциальными конкурентами посредством:

- инновационной активности участников рынка;
- ценовой стратегии;
- продуктовой стратегии и рекламы;
- инвестиций в расширение производства.

§ 2. Общественная ценность конкуренции и ее функции в экономике

Существует два подхода к оценке общественной значимости конкуренции. Первый — **идеологический** — вытекает из базовых ценностей любого демократического общества. «Антитрестовское законодательство было создано отнюдь не знатоками коммерческого права (хотя они и стали первыми интерпретаторами) и не экономистами (хотя они и снабдили его наиболее веским “культурным” обоснованием). Сильнее всех его появления желали политики и (в Европе) ученые, которые очень внимательно относились к основам демократических систем и рассматривали это законодательство в качестве решения (пусть и не единственного) важнейшей проблемы демократии: возникновения в среде фирм и компаний в результате реализации фундаментальных свобод индивида противоположного этим свободам феномена частной власти; нелегитимной власти, у которой есть пугающая возможность подавлять не только экономическую свободу иных частных индивидов, но также сбалансированность и беспристрастность государственных решений, подвергающихся ее доминирующему воздействию; ...частная власть в либеральных демократических обществах (в отличие от того, что наблюдалось ранее и наблюдается сегодня в обществах, основанных на иных началах) в принципе рассматривается как склонная к злоупо-

реблению и поэтому должна быть ограничена таким образом, чтобы решения любого частного лица, которые оказывают воздействие на других лиц, принимались бы только с согласия последних»¹⁰.

Таким образом, конкуренция рассматривалась и продолжает рассматриваться как противовоздействие от частной власти, угрожающей основам демократического общества. Как правило, сторонники идеологического подхода указывают, что конкуренция позволяет достичь социально справедливого распределения результатов функционирования экономики. Во-первых, она подразумевает низкие барьеры входа на рынок, а значит, дает возможность каждому использовать свои знания и умения в любой отрасли и сфере экономической деятельности. Во-вторых, конкуренция исключает получение монопольной ренты, а значит, позволяет участнику рынка получить вознаграждение, соответствующее его знаниям и умениям. В целом в рамках идеологического подхода свобода экономической деятельности признается ценностью, превосходящей по значимости иные экономические ориентиры: размеры общественного благосостояния, эффективность использования ресурсов, производительность труда и иных факторов производства и проч.

Второй подход — *экономический* — детально разработан в теоретической экономической науке и обосновывает преимущества конкуренции перед иными способами распределения ограниченных ресурсов в целях удовлетворения потребностей индивидов и фирм. Общественная полезность конкуренции обусловлена:

- так называемой аллокативной эффективностью — той ролью, которую конкуренция играет в распределении ресурсов в соответствии с предпочтениями потребителей. Аллокативная эффективность минимизирует риск производства ненужных или слишком дорогих для потребителей товаров;

- способностью конкуренции динамически адаптировать экономику к постоянно меняющимся предпочтениям потребителей. Производители должны непрерывно вести инновационные разработки и научные исследования: только те компании, которые своевременно производят необходимые изменения, имеют наибольшие шансы выжить в условиях конкуренции.

- ее воздействием на всех производителей и продавцов: они вынуждены снижать издержки и цены на продукцию, поскольку все время существует угроза, что клиенты уйдут к конкурентам, которые уже нашли возможность снизить цену;

¹⁰ Amato G. Antitrust and the Bounds of Power. Oxford, UK: Hart Publishing, 1997. P. 2–3.

— макроэкономической эффективностью, т.е. наиболее экономным использованием ресурсов страны при достижении наибольшего прироста благосостояния общества на единицу использованных ресурсов.

Прикладные экономические исследования представляют убедительное подтверждение сформулированным выше теоретическим положениям.

На примере электроэнергетики США показано, что производство электроэнергии в конкурентных условиях позволяет на 10,75% снизить издержки на единицу продукции в сравнении с производством ее монополистом¹¹.

Макроэкономические сравнения эффективности компаний шести промышленно развитых стран свидетельствуют: степень эффективности использования ресурсов обратно пропорциональна степени концентрации производителей в соответствующих отраслях. Чем меньше производителей (т.е. чем выше концентрация и ниже конкуренция), тем ниже эффективность их работы¹². Похожие результаты — рост эффективности компаний при снижении их доли в производстве и на рынке — были получены и при внутристрановых исследованиях на примере 181 крупнейшей компании из 21 отрасли обрабатывающей промышленности Великобритании за период 1970—1989 гг.¹³

Были также изучены последствия дерегулирования (отмены государственного регулирования и перехода к свободному рынку) различных секторов экономики; интеграции рынков в масштабах Евросоюза (усиления конкуренции за счет новых участников); отмены административных барьеров для входа на рынок (например, разрешение компаниям, производящим аналоги запатентованных лекарств и медикаментов, продавать их на национальном рынке наравне с оригинальными лекарствами и медикаментами, если срок патентной защиты последних закончился). Эти исследования однозначно свидетельствуют:

• **чем выше конкуренция, тем эффективнее компании используют различные ресурсы;**

• **чем выше конкуренция, тем ниже себестоимость товаров и услуг, цены оптового и розничного рынков;**

• **в процессе конкуренции формируется более эффективная структура рынков** (например, в результате конкурентной борьбы аэропортов про-

¹¹ См.: Primeaux W.J. An Assessment of Xefficiency Gained through Competition // Review of Economics and Statistics. 1977. 59. P. 107.

¹² См.: Industrial Efficiency in Six Nations / ed. by R.E. Caves. Cambridge, MA: MIT Press, 1992. P. 107.

¹³ См.: Hay D.A., Liu G.S. The Efficiency of Firms: What Difference Does Competition Make? // Economic Journal. 1997. 107. P. 597—617.

исходит их разделение на «местные», «межрегиональные» и «узловые», что позволяет снизить их расходы на единицу оказываемой услуги и тарифы на обслуживание авиакомпаний и пассажиров).

Экономисты постоянно находят все новые подтверждения благотворного воздействия конкуренции на эффективность экономики. Так, исследование, проведенное Федеральной антимонопольной службой (далее также — ФАС России) в 2010 г., показало, что конкуренция в сфере пассажирских авиаперевозок дает возможность снизить цену единицы услуги (перевозки одного пассажира на фиксированное расстояние) на 17–20% в сравнении с ценой на аналогичную услугу авиаперевозчика-монополиста.

Синтетический подход, сформированный на идеологической ценности конкуренции и обосновывающий ее экономическую эффективность, наиболее полно реализован в трудах сторонников ордолиберализма — влиятельнейшего идейного течения, заложившего основы послевоенного германского социального рыночного государства и его антимонопольной политики в частности¹⁴. В основе этих представлений лежит тезис о неспособности «невидимой руки рынка» самостоятельно достичь наиболее эффективного распределения наличных ресурсов общества, а также вытекающая из него идея о необходимости постоянного корректирующего воздействия государства на товарные рынки. Разновидностью такого воздействия и является защита рыночной конкуренции государством.

Йозеф Шумпетер, крупнейший экономист XX в., чье понимание конкуренции оказало наибольшее влияние на экономическую науку, образно назвал конкуренцию «вихрем созидательного разрушения»¹⁵, в котором сила созидания нового и востребованного обществом прямо пропорциональна силе разрушения старого и ненужного. Поэтому не следует забывать, что «хотя выгоды конкуренции велики... ее воздействие на проигравшую сторону может быть разрушительным. Воздействие конкуренции на потребителей также не всегда благоприятно для них, как, например, в случае банкротства маленьких местных магазинов в результате конкуренции с супермаркетом в соседнем населенном пункте. Именно процесс конкуренции, а не сохранение конкурентов является основной задачей конкурентной и антимонопольной политики»¹⁶.

¹⁴ См. работы Вальтера Ойкена, Франца Бомы, Ганса Гроссмана-Дёрта, Леонарда Микша.

¹⁵ *Schumpeter J.* Can Capitalism Survive? N.Y., 1978. P. 24.

¹⁶ *Goyder D.G.* EC Competition Law. 4th ed. Oxford University Press, UK, 2003. P. 9.

§ 3. Угроза конкуренции и государственное антимонопольное регулирование

Экономическая конкуренция — объект постоянных покушений со стороны участников рынка, их союзов и объединений, а также со стороны публично-правовых образований. Постоянная угроза конкуренции, исходящая от участников рынка, была ясна уже Адаму Смиту: «...даже там, где предприниматели никогда не были объединены в цехи, цеховой дух, ревность по отношению к чужакам, нежелание принимать учеников или сообщать свои тайны производства другим обычно преобладали в их среде, обучая их уничтожать свободную конкуренцию, которую они не могли выключить, ссылаясь на законодательные предписания, при помощи соглашений или союзов, созданных по собственному желанию. Отраслям производства, в которых занято небольшое число лиц, чрезвычайно легко создавать такие соглашения. Для того чтобы доставлять необходимое сырье для тысячи прядильщиков и ткачей, достаточно, пожалуй, шести чесальщиков шерсти. Если бы они создали соглашения не принимать учеников, они не только могли бы увеличить свое производство, но могли бы даже поставить всю мануфактурную промышленность в своего рода рабскую зависимость от себя, подняв цену своего труда до размеров, которые бы значительно превышали уровень оплаты, свойственной природе их труда»¹⁷.

1. Причины ограничения конкуренции

Попытки участников рынка ограничить или устранить конкуренцию могут быть продиктованы следующими мотивами:

- компании — лидеры конкурентной борьбы стремятся закрепить ведущее положение на рынке и, в частности, установить дополнительные барьеры входа на товарный рынок для новых конкурентов;
- компании-аутсайдеры также заинтересованы в том, чтобы для новых конкурентов были установлены дополнительные барьеры входа на товарный рынок. Кроме того, эти компании стремятся «стабилизировать» рынок (создать дополнительные трудности для покупателей, которые отказываются от продукции менее успешного продавца в пользу продукции более успешного), а также «стабилизировать» цены (они не должны снижаться в ходе конкурентной борьбы ниже «справедливого» уровня);

¹⁷ Смит А. Указ. соч. С. 63.

- в условиях рецессии, уменьшения потребительского спроса и переизбытка производственных мощностей все участники рынка (продавцы) могут предпринимать согласованные попытки удержать цены от снижения за счет отказа от конкуренции и раздела рынка.

Публично-правовые образования, органы власти и органы местного самоуправления пытаются ограничить или устранить конкуренцию, чтобы:

- защитить «местных» производителей (в этом случае устанавливаются административные барьеры входа на рынок для компаний из иных регионов);
- снизить цены на «социально значимые товары» (для этого вводят запреты на вывоз товаров за пределы региона);
- выборочно поддержать крупнейшие компании, которые оказывают неформальную финансовую и иную помощь представителям органов власти и органов местного самоуправления;
- извлечь бюрократическую ренту, формальными и неформальными методами помогая участникам рынка преодолевать избыточные административные барьеры входа на рынок и выхода из него.

Угрозы конкуренции, которые исходят от иных публично-правовых образований (государственных внебюджетных фондов, государственных учреждений, казенных, унитарных предприятий, наделенных функциями органов власти и органов местного самоуправления) в большинстве случаев связаны с попытками представителей этих организаций извлечь бюрократическую ренту.

Наличие частных и публично-правовых угроз конкуренции на товарных рынках обуславливает возникновение специальной властной функции, направленной на защиту конкуренции.

2. Государственная политика защиты конкуренции

Государственная функция защиты конкуренции в разных странах имеет различные наименования. В ряде государств (в том числе в России) ее принято называть государственным антимонопольным регулированием или политикой защиты и развития конкуренции (более точное определение этих терминов дано ниже), в США — антitrustовской или конкурентной политикой, в Евросоюзе — конкурентной политикой. Однако общие цели такой политики во всех странах формулируются сходным образом: «цель конкурентной политики, принимая во внимание все ее аспекты, заключается в защите благосостояния потребителей посредством поддержания высокого уровня конкуренции на общем

рынке. Конкуренция должна вести к снижению цен, расширению выбора товаров, технологическим инновациям, и все это — в интересах потребителя»¹⁸.

Основы российской политики защиты и развития конкуренции заложены в Конституции Российской Федерации¹⁹. В ст. 8 сформулированы общие гарантии единства (целостности) федерального рынка и поддержки конкуренции, а также равенства участников рынка независимо от формы собственности:

«1. В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

2. В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности».

Статья 34 устанавливает право каждого участвовать в экономической деятельности и запрет деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию:

«1. Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

2. Не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию».

В совокупности ст. 8 и 34 содержат необходимые правовые условия для потенциального существования товарных рынков в состоянии конкуренции (можно сравнить их с изложенными выше условиями, характеризующими конкуренцию в рамках «структурного» подхода).

Статья 71 относит к предмету ведения Российской Федерации установление правовых основ единого рынка, что в том числе предполагает установление правил защиты и развития государством экономической конкуренции. Наконец, ст. 74 определяет пределы осуществления органами власти своих полномочий в регулировании товарных рынков:

«1. На территории Российской Федерации не допускается установление таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств.

¹⁸ The Future for Competition Policy in the European Union. Выступление Комиссионера по конкуренции М. Монти. London. Merchants Taylor's Hall. 9 July 2001. Опубликовано на сайте Еврокомиссии. URL: http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html

¹⁹ Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.

2. Ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей».

Характеризуя нынешнюю российскую политику защиты и развития конкуренции, можно говорить о двух ее взаимосвязанных аспектах. В широком смысле слова государственная политика защиты и развития конкуренции представляет собой широкий и разнородный комплекс мер, которые предусматриваются и реализуются во всех секторах экономики и направлениях государственной политики (например, в налоговой политике, социальной, миграционной и т.п.) и направлены на создание проконкурентных основ функционирования экономики, а также поощрение конкуренции методами соответствующей государственной политики. В узком смысле слова государственную политику защиты и развития конкуренции принято называть антимонопольным регулированием, которое направлено в основном на пресечение антиконкурентных действий на уже существующих рынках (именно в этом значении в США используется термин *antitrust policy*, или «анти-трестовская» политика) и в значительно меньшей степени — на предупреждение таких действий.

Перечисленные статьи российской конституции определяют цели российского законодательства о защите конкуренции²⁰: обеспечение единства экономического пространства страны и свободы экономической деятельности в сочетании с запретом монополизации и недобросовестной конкуренции. Конкуренция как таковая, по мысли российского законодателя, может служить средством достижения более значимых публичных приоритетов. Возможная подчиненность защиты конкуренции иным, более значимым публичным приоритетам, нашла свое отражение в российском законодательстве, в частности, в виде определенных в нем критериев, в соответствии с которыми конкуренция может быть правомерно ограничена.

Цели законодательства о защите конкуренции по-разному определяются в различных национальных правовых системах. Представление по этому вопросу формируется в доктрине конкурентного права поздно, к 60-м годам XX в. Так, сегодня для юриспруденции США обще-

²⁰ Обзор целей национальных законодательств США, Российской Федерации и Европейского Союза о защите конкуренции сделан с использованием работ Кристофа Ючинсона, старшего преподавателя факультета права НИУ ВШЭ; его исследование осуществлялось в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2012 г.

принятым является мнение судьи Верховного суда США Хьюго Блэка, согласно которому Акт Шермана — своего рода декларация экономической свободы, направленная на защиту свободной конкуренции, лежащей в основе торговли. Эта декларация опирается на важнейший принцип, согласно которому лишь свободное несдерживаемое взаимодействие конкурентных сил может привести к наилучшему распределению экономических ресурсов, снижению цен, наивысшему качеству продукции и наибольшему техническому прогрессу²¹. В антитрестовом законодательстве США свободная конкуренция является самоцелью, поскольку именно свободная конкуренция лежит в основе «эффективности распределения ресурсов»²².

Конкуренция является не самоцелью, но — способом достижения более высоких целей, свойственных европейской модели государства, — именно такое понимание значения конкуренции закреплено в ст. 3 Договора о создании Европейского Союза (далее также — ЕС). Конкуренция представляет собой инструмент, с помощью которого достигается цель более высокого порядка — устойчивое экономическое развитие и высокая конкурентоспособность социальной рыночной экономики. Конкурентная политика не должна проводиться в отрыве от других, не менее важных социальных целей, таких как, например, достижение высокого качества жизни, процветания и свободы²³. Иными словами, с общеевропейской точки зрения, конкуренция является удобным, но отнюдь не единственным способом обеспечить экономическое развитие. В европейском коммунарном праве даже появилось устойчивое выражение «конкуренция как способ» (в оригинале «conspicence-moyen»). Идея о том, что конкуренция не является самоцелью, была недавно проиллюстрирована отменой положения Римского договора, согласно которому одной из основных целей Европейского Союза является обеспечение свободы конкуренции²⁴.

²¹ Hawk B.E. Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence // Cahiers de droit de l'entreprise. 1992. 5: Distribution et concurrence. P. 2.

²² Подробнее см.: Hovenkamp H. Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practise. P. 74.

²³ См. Об этом: Schaub A., Parleani G. La politique européenne de concurrence: objectifs et règles // Les Petites affiches. Les dossiers de l'Europe. 2001. 5 nov. No. 220. P. 12; Leyssac C.L.de. Droit du marché. P.: Presses universitaires de France, 2002 (préc.). P. 15.

²⁴ В 2007 г. Лиссабонским договором были внесены изменения в маастрихтский Договор о Европейском Союзе 1992 г., в соответствии с которыми защита конкуренции была исключена из перечня направлений деятельности ЕС. Вместо этого Лиссабонский договор говорит о «высококонкурентной социальной рыночной экономике» как необходимом результате функционирования общего рынка Евросоюза.

3. Программы защиты и развития конкуренции в Российской Федерации

Государственная политика защиты и развития конкуренции в широком смысле реализуется в ряде программных документов. Исторически первым из таких актов следует считать *«Государственную программу демонополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации (основные направления и первоочередные меры)»*²⁵. Задуманная в качестве необходимого дополнения широкомасштабной политики приватизации государственного и муниципального имущества, программа демонополизации была призвана сформировать базовые рыночные институты и не допустить создания частных монополий в процессе передачи государственного имущества в частные руки. По существу, это была первая попытка перспективного видения основных институтов свободного рынка в Российской Федерации.

Вот как были сформулированы приоритеты в этой программе.

«На ближайший период определяются следующие приоритетные направления политики демонополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации:

- создание нормативно-правовой и организационной базы государственного контроля и регулирования деятельности субъектов естественной и государственной монополий;

- осуществление первоочередных мероприятий по демонополизации хозяйственных комплексов: торгового, строительного, связи, транспортно-дорожного (за исключением железнодорожного), машиностроительного;

- осуществление государственного контроля за ходом приватизации государственных и муниципальных предприятий в целях соблюдения антимонопольных требований и предупреждения создания новых монопольных структур, не относящихся к естественной монополии;

- устранение экономических и административных барьеров для свободного перемещения товаров, услуг и капиталов на рынках Российской Федерации;

- снижение финансово-экономических, организационных и правовых барьеров для входа на рынок конкурирующих структур;

- пропаганда политики демонополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации и подготовка кадров для реализации антимонопольного законодательства и демонополизации различных сфер экономики».

²⁵ Утверждена постановлением Правительства РФ от 09.03.1994 № 191.

Ключевые мероприятия программы были реализованы вполне успешно, хотя и не в столь короткие сроки (от полугода до полутора лет), как это было намечено программой:

- федеральным законом введено регулирование деятельности субъектов естественных монополий (заметим, что программа предусматривала разработку федерального закона о регулировании деятельности *любых* монополий);

- принятый в 1995 г. Гражданский кодекс Российской Федерации, законодательство о размещении государственного заказа, а также изменения в законодательстве о биржах реализовали положения программы о создании правовых и организационно-экономических условий для включения рыночных механизмов оптимизации товаропотоков, формирования цен и тарифов на социально значимые товары и услуги;

- введен государственный контроль за экономической концентрацией;

- федеральным законом установлены правила сдачи государственного и муниципального имущества в концессию;

- в налоговое законодательство введены положения, стимулирующие развитие малого и среднего предпринимательства.

Не были реализованы мероприятия программы по введению проконкурентных положений в законодательство об иностранных инвестициях и внешнеторговой деятельности. Масштабы опоздания с реализацией таких мер лучше всего иллюстрирует ситуация с ограничением иностранных инвестиций в «чувствительные» с точки зрения обороны и безопасности сектора российской экономики: соответствующее федеральное законодательство появилось в нашей стране лишь в 2008 г. Отсутствие точного определения в законодательстве пределов таких ограничений сдерживало приход иностранных инвесторов во многие сектора российской экономики.

Крупнейшим достижением программы следует считать осуществление комплекса мер по реформированию ряда ключевых секторов российской экономики:

- демополизацию сферы жилищно-коммунального хозяйства²⁶;
- демополизацию и развитие конкуренции на рынках продукции строительного комплекса²⁷;
- демополизацию рынка услуг связи²⁸.

²⁶ См. постановление Правительства РФ от 20.12.1997 № 1613.

²⁷ См. распоряжение Правительства РФ от 08.09.1994 № 1456-р.

²⁸ См. постановление Правительства РФ от 04.09.1995 № 878.

Правительство Российской Федерации также разработало программу демонополизации рынков товаров рыбного хозяйства²⁹, однако ее результативность не поддается оценке.

Идеи программы демонополизации экономики легли в основу реформ железнодорожного транспорта, электроэнергетики, газовой отрасли и отражены в соответствующих программных документах Правительства Российской Федерации. На уровне субъектов Российской Федерации были разработаны и реализованы региональные программы демонополизации.

Этапным документом программного характера политики защиты и развития конкуренции является *«Программа развития конкуренции в Российской Федерации»*³⁰, которая интегрировала в себе мероприятия секторального характера (т.е. меры по развитию конкуренции в отдельных отраслях и на отдельных рынках), а также меры общего характера, оказывающие влияние на все сектора экономики и рынки.

Меры секторального характера затрагивают следующие отрасли и рынки:

- рынок нефтепродуктов и сферу авиатопливообеспечения;
- рынок газа;
- электроэнергетику;
- сферу жилищно-коммунального хозяйства;
- рынки минеральных удобрений и сырья для их производства;
- рынки агропродовольственной продукции;
- сферу розничной торговли;
- строительный рынок;
- рынки цемента, коксующегося и металлургического угля;
- сферу железнодорожного транспорта.

Меры общего характера предусматривают проконкурентные изменения:

- в таможенно-тарифном и нетарифном регулировании внешней торговли;
- налоговой политике;
- государственных программах развития инфраструктуры (стратегии и программах развития транспортной инфраструктуры, программах отраслевого развития, инвестиционных программах субъектов естественных монополий, долгосрочных целевых программах и федеральных целевых программах);
- системе государственных и муниципальных закупок;
- регулировании деятельности субъектов естественных монополий;

²⁹ См. распоряжение Правительства РФ от 27.02.1998 № ВХ-П1-06016.

³⁰ См. распоряжение Правительства РФ от 19.05.2009 № 691-Р.

— политике поддержки и развития среднего и малого предпринимательства.

Результаты первых двух лет реализации программы (2009–2010 гг.) для развития конкуренции:

— при предоставлении в пользование государственного или муниципального имущества введен конкурсный (аукционный) порядок заключения договоров аренды (доверительного управления) такого имущества;

— на крупнооптовых рынках нефти и нефтепродуктов доля товара, реализуемого на биржевых торгах, доведена до 10% от объема внутри-российского потребления;

— обновлено антимонопольное законодательство;

— во всех регионах страны разработаны и утверждены региональные программы развития конкуренции;

— осуществлен переход на электронную форму аукционов при размещении государственного и муниципального заказов;

— создан общероссийский сайт государственных и муниципальных закупок;

— установлены правила недискриминационного доступа к услугам аэропортов³¹.

Новейший программный документ Правительства Российской Федерации, направленный на защиту и развитие конкуренции, — план мероприятий («дорожная карта») *«Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики»*³².

4. Развитие системы антимонопольного регулирования в Европе

Государственная политика защиты и развития конкуренции в узком смысле слова, а именно антимонопольное регулирование, предполагает реализацию государством следующих *охранительных функций*:

- пресечение антиконкурентных соглашений участников рынков;
- пресечение одностороннего антиконкурентного поведения;

³¹ Благодаря этим правилам в большинстве крупных аэропортов появились вторые и третьи независимые топливо-заправочные компании (ТЗК), авиакомпании получили право складировать принадлежащее им топливо в аэропорту (вместо приобретения дорогого топлива у ТЗК), на услуги субъектов естественных монополий были введены предельные тарифы.

³² Утверждена распоряжением Правительства РФ 28.12.2012 № 2579-р, в свою очередь, отменяющим Программу развития конкуренции в Российской Федерации.

- пресечение антиконкурентных действий публично-правовых образований;
- контроль за экономической концентрацией.

Государственное антимонопольное регулирование вырастает из защиты государством свободы торговли и свободы предпринимательства (в частности, свободы использования гражданином своего ремесла и имущества). Наиболее ранние решения судов в странах общего права, которые бы утверждали именно эти ценности, относят к концу XV в. Именно тогда суды Великобритании начали признавать ничтожными положения договоров, в силу которых ремесленник отказывался от использования своего ремесла на определенной территории и (или) на определенный срок, если такой отказ не был связан с основным предметом договора и имел единственной целью устранение конкурента с товарного рынка. В хрестоматии по истории права также вошел *прецедент (решение суда королевской скамьи) от 1 января 1599 г.*, которым было признано незаконным монопольное право на ввоз и продажу на территории Соединенного Королевства игральные карты, дарованное королевой Елизаветой сэру Эдварду Дарси. Вот как мотивировал высокий суд свое решение:

— такая монополия будет препятствовать лицам, знающим необходимое ремесло, осуществлять его и тем самым будет способствовать праздности;

— предоставление монопольного права причинит ущерб не только ремесленникам, занятым в этой области, но также всякому, кто захочет воспользоваться плодами их трудов, поскольку монополист поднимет цену товара и не будет иметь никаких намерений поддерживать его необходимое качество;

— Королева намеревалась предоставить такое монопольное право из соображений общего блага, но она, несомненно, стала жертвой обмана, поскольку такая монополия может быть использована только в частных интересах монополиста;

— дозволение монополизировать торговлю создало бы опасный прецедент, в особенности потому, что лицо, которому в данном случае предоставили монопольное право, ничего не знает об изготовлении карт, и к тому же не существует закона, который бы разрешал установление такой монополии³³.

Понимание Королевским судом Великобритании опасной природы и вредных последствий монополии, однако, не привело к появлению

³³ URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Darcy_v_Allein

значимых прецедентных решений в защиту свободы торговли и свободы предпринимательства ни в Соединенном Королевстве, ни в его колониях, заимствовавших у метрополии систему права. Вплоть до конца XIX в. в странах общего права суды могли признать законным картельное соглашение (соглашение конкурентов) о разделе рынка, или об установлении единой цены на рынке, или о бойкоте группы потребителей. Доктринальное представление о конкуренции как об охраняемом законом благе сложится не ранее XX в. Поэтому до принятия первых законов о защите конкуренции такие ценности, как свобода торговли и свобода предпринимательской деятельности, охранялись лишь судебными решениями и, в свою очередь, вызывали двойственность судебных оценок. Решение, защищавшее право лица на использование своего ремесла (защита предпринимательства), могло ограничивать свободу договора (ограничение свободы торговли), и наоборот³⁴.

Первые законы, направленные на защиту конкуренции, были приняты сразу после гражданской войны в США³⁵. В 1890 г. в США вступил в силу знаменитый *Акт Шермана (Закон Шермана)* — федеральный закон, содержащий запрет на соглашения, ограничивающие торговлю между штатами, а также запрет на индивидуальные попытки монополизации торговли³⁶. Акт Шермана, который сегодня принято считать краеугольным камнем конкурентного права, не имел серьезного доктринального обоснования и унаследовал все несообразности взглядов юридического сообщества того времени на проблемы свободы торговли и предпринимательства. Этот закон «содержит необычайно широкие и туманные формулировки. Например, ст. 1 запрещает “соглашения или объединения в форме треста или в какой-либо иной форме, тайные сговоры и иные действия, направленные на ограничения торговли или коммерции между штатами или с иностранными государствами”. Ст. 2 содержит запрет на действия, попытки к совершению действий или сговор с целью осуществить “монополизацию” рынка. Ни один из этих терминов не определен в данном законе. С другой стороны, любой деловой контракт представляет собой ограничение свободы сторон пу-

³⁴ Исторический анализ законодательства, направленного на пресечение монополий, с Античности до Нового времени приводится в работе русского экономиста первой половины XX в. И.М. Гольдштейна «Экономическая политика» (Изд. 2-е, испр. и доп. Курс лекций, читаный в Московском университете и в Московском коммерческом институте. М., 1913. С. 50–59).

³⁵ Первым антитрестовским актом штата принято считать закон штата Мэриленд от 1867 г.

³⁶ Канада оказалась первой страной, в которой был разработан, принят и стал применяться закон, направленный против монополизации и защищающий конкуренцию. Это произошло в 1889 г.

тем наложения на них обязательств, и, таким образом, “ограничивает” свободную торговлю. Учитывая это, Верховный суд США установил, что, принимая Акт Шермана, Конгресс имел в виду запрет лишь *неразумных и неоправданных* ограничений торговли. Поскольку именно суды устанавливают, какого рода предпринимательская практика отвечает “правилу разумности”, именно судебные решения и определяют реальное содержание большей части антитрестовского законодательства»³⁷.

Принципиально иначе складывается *антимонопольное законодательство в интеграционном объединении стран Западной Европы* (в Европейском экономическом сообществе, позднее — ЕС).

Предшествующий европейский опыт был крайне неудачен. В начале XX в. в Австро-Венгрии разрабатывался закон о запрете антиконкурентных (картельных) соглашений, но он так и не был принят из-за распада империи. Первый европейский антимонопольный закон, запрещающий картельные соглашения, был принят в межвоенной Германии в 1923 г. как ответ на неконтролируемую государством инфляцию, которую в основном генерировал неуклонный рост цен в частном секторе. Однако этот закон не смог повлиять на реальные экономические процессы в стране. До его принятия германская промышленность была крайне картелизована: в 1905 г. в Германии насчитывалось 385 картелей, которые объединяли 12 000 компаний, а в 1923-м — уже 1500 картелей. Соглашения о разделе рынка и (или) установлении единой цены были законным и распространенным видом соглашений на многих важнейших рынках. Именно картели устраняли там реальную конкуренцию. Закон не запрещал антиконкурентные соглашения как таковые, он лишь требовал обязательной их регистрации в уполномоченном ведомстве, для того чтобы предотвратить злоупотребления участниками картеля своей рыночной властью. Практика регистрации соглашений сопровождалась дальнейшим ростом их числа и даже введением обязательного участия в картеле для компаний, действующих на «нестабильных» рынках. Нацисты, пришедшие к власти в 1933 г., не отменили закон, но фактически санкционировали полную картелизацию германской промышленности. Таким образом, предвоенный опыт единственной европейской страны, у которой было собственное антикартельное законодательство, скорее компрометировал его, нежели доказывал его общественную полезность³⁸.

³⁷ Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М.: РИО «Новая юстиция», 2007. С. 936–937.

³⁸ См., например: *Motta M. Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, UK, 2004; *Gerber D. Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Clarendon Press, UK, 1998.

По-настоящему оригинальное и действенное антимонопольное законодательство появилось в Западной Европе лишь в конце 1950-х. 1 января 1958 г. вступил в силу *Римский договор о создании Европейского экономического сообщества* (далее — ЕЭС). В нем до наших дней в неизменном виде сохранились наднациональные правовые нормы о защите конкуренции³⁹. Поскольку **именно европейское наднациональное законодательство о защите конкуренции легло в основу российского законодательства**, имеет смысл рассмотреть европейский вариант более детально.

Римский договор содержит два запрета на антиконкурентное поведение:

- запрет на антиконкурентные соглашения, антиконкурентные решения ассоциаций (объединений) компаний, антиконкурентные согласованные действия, а также правила, в соответствии с которыми такие соглашения (решения ассоциаций и согласованные действия) могут быть признаны допустимыми;
- запрет на *злоупотребление доминирующим положением компании на товарном рынке* (именно из Римского договора российский законодатель заимствовал этот термин для обозначения одностороннего антиконкурентного поведения); этот запрет не содержит каких-либо исключений.

Помимо этого Римский договор вводит относящиеся к антимонопольному регулированию специальные положения о применении указанных выше запретов (а также иных положений договора) к так называемым публичным предприятиям и предприятиям, наделенным специальными или исключительными правами. Договор требует от государств — членов ЕЭС привести регулирование таких предприятий в соответствие со статьями Римского договора, направленными на защиту конкуренции (ст. 85—94). Кроме того, Римский договор устанавливает, что указанные статьи применяются к хозяйствующим субъектам⁴⁰, действующим в общем экономическом интересе (аналог российского термина «субъект естественной монополии»), поскольку такое применение не противоречит (ни юридически, ни фактически) выполнению особых задач, стоящих перед этими хозяйствующими субъектами.

³⁹ В этот день также вступил в силу закон о защите конкуренции ФРГ и было создано первое в Европе ведомство, защищающее конкуренцию, — *Bundescartellamt*, или Федеральное управление по картелям ФРГ.

⁴⁰ Договор не содержит перечня таких предприятий, в общеевропейском праве он формируется ad hoc решениями Еврокомиссии и Европейского суда. По своей экономической природе публичные предприятия и предприятия, наделенные специальными или исключительными правами, сходны с российскими субъектами естественных монополий и монополиями, основанными на законе.

Позднее актами Совета ЕЭС⁴¹ были введены контроль за слияниями и поглощениями⁴², запрет на оказание государственной помощи и исключения из такого запрета (под государственной помощью понимается избирательное предоставление публично-правовыми образованиями льгот и преимуществ хозяйствующим субъектам), а также процедура предоставления государствами — членами ЕЭС разрешения на государственную помощь участникам рынка. *В отличие от антимонопольных органов США, Совет и Еврокомиссия наделены широким правом издавать нормативные акты, устанавливающие правила применения положений Римского договора о конкуренции.* Так, Совет уполномочил Еврокомиссию издать общие исключения из запрета на антиконкурентные соглашения (так называемые block exemptions), правила рассмотрения дел о нарушении положений Римского договора о конкуренции, правила рассмотрения жалоб, правила проведения расследований, правила проведения слушаний. Кроме актов о контроле за господомощью и экономической концентрацией, Совет самостоятельно издал базовое регулирование о том, как Еврокомиссия и органы по защите конкуренции стран-членов должны применять положения Римского договора о конкуренции, установив сферу компетенции каждого.

Важнейшую роль в становлении антимонопольного регулирования в ЕЭС сыграл Европейский суд. Его решения основываются на прямо высказанных доктринальных представлениях Суда о правовых аспектах защиты конкуренции, формируют базовый глоссарий и нормы материального права в сфере защиты конкуренции.

5. Развитие системы антимонопольного регулирования в России

Российское антимонопольное регулирование складывалось под сильным влиянием общеевропейской традиции. Первый закон, принятый еще во времена СССР⁴³ и направленный на защиту конкуренции, сохранился:

- запрет на злоупотребление доминирующим положением хозяйствующего субъекта на товарном рынке;
- запрет на антиконкурентные соглашения;

⁴¹ Высший орган европейского интеграционного объединения, состоящий из глав государств-членов.

⁴² Regulation 139/2004 (2004) OJ L24/1, заменившее Regulation 4064/89 (1989) OJ L395/1.

⁴³ Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-I «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон РСФСР № 948-I).

- запрет на антиконкурентные действия публично-правовых образований;
- правила и перечень объектов государственного контроля за экономической концентрацией.

Закон не распространял сферу своего действия на отношения участников финансового и фондового рынков, поскольку они еще отсутствовали в стране. Позднее, в 1999 г., был принят федеральный закон⁴⁴, который в содержательном плане дублировал положения Закона РСФСР № 948-І, однако применялся исключительно к отношениям, возникающим на финансовом и фондовом рынках. Лишь в 2006 г. вступил в силу новый федеральный закон, который имеет единый предмет регулирования и применяется на всех видах рынков и в отношении любых хозяйствующих субъектов.

Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — *Закон о защите конкуренции*) стал важным этапом модернизации всего российского антимонопольного законодательства. По существу, закон подвел итоги более чем 15-летнего периода развития антимонопольного законодательства в России, длительной практики его применения антимонопольным органом и судами, научного осмысления проблем правовой защиты конкуренции.

За 15 лет развития антимонопольного законодательства ежегодно принималось более 800 судебных решений, более 3500 решений антимонопольных органов (федерального антимонопольного органа и его территориальных органов). За этот период несколько десятков дел, связанных с применением антимонопольного законодательства, рассмотрел Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (далее также — ВАС РФ), который в 1997 г. в специальном информационном письме⁴⁵ закрепил толкование отдельных аспектов антимонопольного законодательства, а в 2008 г. обобщил практику его применения решением Пленума⁴⁶.

В эти же годы проблема конкуренции как особого объекта правовой защиты была осознана рядом гуманитарных научных дисциплин (прежде всего институциональной экономической теорией⁴⁷ и юриспруден-

⁴⁴ Федеральный закон от 23.06.1999 № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг».

⁴⁵ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.03.1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства».

⁴⁶ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

⁴⁷ Следует отметить публикации Фонда «Бюро экономического анализа» за период с 1996 г. по настоящее время, работы А.Е. Шаститко, С.Б. Авдашевой, А.А. Яковлева, П.В. Крючковой, В.Л. Тамбовцева.

цией⁴⁸, в меньшей степени — экономической социологией), что создало определенный теоретический фундамент для уточнения основополагающих понятий и положений антимонопольного законодательства.

Ключевые новации Закона о защите конкуренции:

- установлен унифицированный для различных видов рынков понятийный аппарат; сформулированные с использованием этого аппарата положения, в том числе инструментарий государственного антимонопольного регулирования, делают закон применимым к отношениям как на товарных, так и на финансовых рынках;
- конкретизированы запреты на антиконкурентное поведение участников рынка; последовательное проведение идеи исполнимости запретов тесно увязано с расширением перечня видов антиконкурентного поведения, которые могут подпадать под такие запреты;
- введено принципиально новое регулирование избирательного государственного вмешательства в функционирование рынка, в качестве презумпции принимаются антиконкурентный характер и последствия такого вмешательства;
- подробно определены все процедуры вмешательства антимонопольного органа в функционирование товарных рынков;
- в отношении отдельных товарных рынков закреплён принцип сорегулирования, т.е. совместного и консенсуального принятия решения антимонопольным органом и соответствующим органом государственной власти — регулятором (например, на рынке финансовых услуг), если на таком рынке необходимо вмешательство государства в целях восстановления состояния конкуренции.

С момента вступления в силу Закона о защите конкуренции утратили силу Закон РСФСР № 948-І (за исключением положений, касающихся аффилированных лиц) и Федеральный закон от 23.06.1999 № 117-ФЗ, но сохранилось их ***концептуальное ядро***:

- единый предмет регулирования — отношения, связанные с защитой конкуренции, независимо от сферы и формы их существования (будь то сфера гражданско-правовых договорных отношений, сфера

⁴⁸ Подробный хронологический указатель русскоязычной юридической литературы по вопросам защиты конкуренции за период с конца XIX в. по настоящее время приводится в работе В.А. Белова «К реформе законодательства о конкуренции» (М.: Центр ЮрИнфоР®, 2006). В указатель не вошли, но должны быть отмечены составляемые Н.И. Клейн регулярные обзоры арбитражной практики по спорам, связанным с применением антимонопольного законодательства (см. «Комментарии судебно-арбитражной практики», выпускаемые Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ).

административных отношений, предполагающая исполнение участниками рынка властных предписаний соответствующих публично-правовых образований, российская или иностранная территория);

- государственный контроль и надзор за соблюдением антимонопольного законодательства, который позволяет участникам рынка защищать свои нарушенные права;

- осуществление такого контроля и надзора уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, функции которого соответствуют предмету регулирования.

Орган исполнительной власти в структуре Правительства Российской Федерации, осуществляющий антимонопольное регулирование, был создан в 1991 г. Антимонопольный орган сменил несколько названий, приобретал или терял функции (неизменно за ним оставались закреплены только те функции, которые связаны с осуществлением антимонопольного регулирования). По состоянию на 2013 г. он имеет наименование ***Федеральная антимонопольная служба*** (ФАС России)⁴⁹. В таблице 1.1 приведена статистика, характеризующая антимонопольное регулирование в Российской Федерации в 2008–2011 гг.

Законодательство Российской Федерации предусматривает антимонопольное сорегулирование отдельных секторов экономики. Законодательство о банках определяет, что «соблюдение антимонопольных правил в сфере банковских услуг контролируется Государственным комитетом Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур совместно с Банком России»⁵⁰; это же законодательство наделяет Банк России самостоятельной функцией по контролю за соблюдением антимонопольных правил при осуществлении Банком контроля за экономической концентрацией в банковской сфере. Указанные положения законодательства о банках развиваются в антимонопольном законодательстве в ***концепцию антимонопольного сорегулирования деятельности кредитных организаций***, устанавливающую объем полномочий, функции и сферу регулирования ФАС России и Банка России. Элементы антимонопольного сорегулирования характерны и для иных сфер деятельности финансовых организаций, которые подлежат обязательному лицензированию федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг.

⁴⁹ Постановление Правительства РФ от 30.06.2004 № 331 (ред. от 15.06.2010) «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе».

⁵⁰ См. Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-І (в редакции от 23.07.2010) «О банках и банковской деятельности». Ст. 11, 32.

Таблица 1.1

**Основные итоги работы ФАС России по контролю за соблюдением
антимонопольного законодательства за 2008—2011 гг.**

Показатель	2008	2009	2010	2011	2009, % к 2008	2010, % к 2009	2011, % к 2010
Возбуждено дел	6541	9664	11431	11276	147,7	118,3	98,6
В том числе по пресечению:							
— злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений	1998	2899	3343	3681	145,0	115,3	110,1
— недобросовестной конкуренции	507	687	927	1065	132,0	134,9	114,9
— антиконкурентной деятельности органов власти	2978	5003	6102	5763	168,0	122,0	90,4
Выявлено нарушений	7249	9026	10256	9560	124,5	113,6	93,2
В том числе по признакам:							
— злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений	1982	2086	2364	2010	105,2	113,3	97,7
— недобросовестной конкуренции	395	523	676	828	132,0	129,3	122,5
— антиконкурентной деятельности органов власти	3830	5463	6266	5476	142,3	114,0	87,4
Устранено нарушений	6033	6750	8590	7969	112,0	127,0	90,8

В том числе по признакам: — злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений — недобросовестной конкуренции — антиконкурентной деятельности органов власти	1515	1303	1866	2162	86,0	143,2	115,9
	301	340	495	670	103,0	145,6	135,4
	428	4415	5550	5540	120,8	125,7	99,8
	179	263	200	171	146,9	76,0	85,5
Принято решений о подаче иска в суд	83	123	85	96	148,2	69,1	110,9
Удовлетворено судебных исков	2025	2592	4403	5802	108,0	169,9	131,8
Выдано постановлений о наложении штрафа (с учетом отмененных судом)	497,3	349,6	2150,9	3172,6	70,3	605,2	147,5
Средний размер уплаченного штрафа, тыс. руб.	7081	5869	4774	5406	73,5	81,3	113,2
Рассмотрено ходатайств и уведомлений по контролю за экономической концентрацией	5821	4060	2964	3282	71,5	71,0	100,7
В том числе ходатайств	3173	7295	7537	8753	229,9	103,3	116,1
Рассмотрено заявлений о даче согласия на предоставление государственной и муниципальной преференции							

Обзор основных институтов антимонопольного регулирования в России будет неполным без указания на *роль Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. За период с 1998 по 2010 г. ВАС РФ актами своих коллегиальных органов⁵¹, по существу, самостоятельно сформировал важные элементы конкурентного права: уточнил сферу применения антимонопольного законодательства (в части применения его требований к гражданско-правовым отношениям и распространения его запретов на вертикальные соглашения), расширил определения ряда ключевых понятий, установил пределы полномочий антимонопольного органа (в отношении гражданско-правовых споров хозяйствующих субъектов) и др.

Активная роль российских судебных органов в формировании правил антимонопольного регулирования соответствует практике Европейского Союза и США. В сфере применения антимонопольного законодательства многие комментаторы отмечают модельный характер роли, которая исторически свойственна судам в странах общего права, для стран с континентальной системой права: суды активно формируют материальные и процессуальные нормы конкурентного права и в своих решениях устанавливают пределы антимонопольного вмешательства административных органов в различные сферы общественных отношений. Эта тенденция наблюдается и в России.

Российская Федерация вступила во второе десятилетие XXI в., имея сложившуюся государственную политику развития конкуренции, развитую институциональную инфраструктуру антимонопольного регулирования, зрелое антимонопольное законодательство, действенное законодательство о наказаниях за ограничение конкуренции и сформированную судебную практику. Доктринальные взгляды представителей российского конкурентного права находятся в русле общемировых тенденций, основаны на лучшей судебной и административной практике ведущих антимонопольных органов мира и дают широкое представление об этой интересной сфере общественных отношений.

Основные понятия

- *Конкуренция*
- *«Структурная» и «поведенческая» характеристики рынка с точки зрения состояния конкуренции*

⁵¹ См. указанные выше информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.03.1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства», постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» с дополнениями, внесенными решениями пленумов ВАС РФ в 2009 и 2010 гг.

- *Аллокативная эффективность*
- *Источники угроз конкуренции*
- *Государственная политика защиты и развития конкуренции*
- *Антимонопольное регулирование*
- *Государственная программа демополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации*
- *Программа развития конкуренции в Российской Федерации*
- *Закон о защите конкуренции*

Вопросы для обсуждения

1. Какие условия, по мнению Адама Смита, являются достаточными для существования конкуренции на товарном рынке?
 2. Какие характеристики товарного рынка считаются определяющими для развития конкуренции в рамках «структурного» подхода?
 3. Какие аспекты деятельности компании на товарном рынке характеризуют ее поведение в качестве конкурентного в рамках «поведенческого» подхода?
 4. В чем состоит общественная ценность конкуренции?
 5. Какие функции конкуренции в экономике выделяют экономисты?
 6. Каковы источники угроз для конкуренции?
 7. Укажите известные вам цели законодательства о защите конкуренции.
 8. Какие положения Конституции Российской Федерации легли в основу политики по защите конкуренции в России?
 9. Какие государственные программные документы по защите конкуренции были разработаны и реализованы в нашей стране?
- Назовите известные вам институты антимонопольного регулирования в Российской Федерации и кратко охарактеризуйте роль каждого из них.

Приложения

1. Аристотель. Политика (извлечение)

Труд величайшего философа и ученого античности содержит первое дошедшее до нас научное описание ограничения конкуренции (монополии), монополистического поведения участника рынка, а также антиконкурентных действий государства.

...Полезно собирать и те ходячие рассказы, в которых говорится, каким образом некоторым людям удалось нажить состояние. Все это послужит на пользу тем, кто относится с вниманием к искусству наживать состояние. К такого рода рассказам принадлежит и рассказ о Фалесе Милетском. Это рассказ о некоем предвидении, использованном для того, чтобы нажить состояние, и его приписывают Фалесу, имея в виду его мудрость, но ее можно рассматривать и с общей точки зрения. Когда его попрекали бедностью, утверждая, будто занятия философией никакой выгоды не приносят, то, рассказывают, он, предвидя на основании астрономических данных богатый урожай оливок, еще до истечения зимы роздал в задаток имевшуюся у него небольшую сумму денег всем владельцам маслосадов в Милете и на Хиосе, законтрактовав их дешево, так как никто с ним не конкурировал. Когда наступило время сбора оливок и сразу многим одновременно потребовались маслосады, он, отдавая маслосады на откуп на желательных ему условиях и собрав много денег, доказал, что философам при желании легко разбогатеть, но не это является предметом их стремлений. Так, говорят, Фалес дал доказательство своей мудрости.

Но и вообще, как мы сказали, выгодно в смысле наживания состояния, если кто сумеет захватить какую-либо монополию. Поэтому и некоторые государства, находясь в стесненном финансовом положении, прибегают к получению такого дохода — они заводят монополию на те или иные товары. Так, в Сицилии некто скупил на отданные ему в рост деньги все железо из железодельных мастерских, а затем, когда прибыли торговцы из гаваней, стал продавать железо как монополист, с небольшой надбавкой на его обычную цену. И все-таки он на пятьдесят талантов заработал сто. Узнав об этом, Дионисий издал приказ, в силу которого этому человеку разрешалось увезти деньги с собой, сам же он, однако, должен был оставить Сиракузы, так как он нашел источник доходов, который наносил ущерб интересам Дионисия.

Находчивость Фалеса и сицилийца была одинакова: оба они сумели в одинаковой мере обеспечить себе монополию. Такого рода сведения полезно иметь и политическим деятелям: многие государства, как и семьи, но еще в большей степени, нуждаются в денежных средствах и в такого рода доходах. Встречаются и такие государственные мужи, вся деятельность которых направлена к этой цели.

2. Л.Б. Кафенгауз. Синдикаты в России (Русские ведомости. 1910. № 166—167)

Ниже приводятся подготовленные А.Ю. Мельниковым вступительный текст и публикация работы крупного русского экономиста Л.Б. Кафенгауза. Статья Льва Борисовича дает наглядное представление о концентрации русской промышленности, степени ее картелизации и состоянии конкуренции на российских рынках в преддверии Первой мировой войны. Статья также содержит общую оценку государственной политики того периода русской истории по отношению к картелям и монополиям.

Историкам российской экономики Лев Борисович Кафенгауз известен, в частности, работой: Синдикаты в русской железной промышленности. К вопросу о концентрации производства в России. М., 1910. Эта книга писалась в рамках семинария по политической экономии при юридическом факультете Московского университета, в секции под руководством Иосифа Марковича Гольдштейна.

В конце июля 1910 г. Лев Борисович опубликовал в двух номерах газеты «Русские ведомости» статью «Синдикаты в России». Ниже приведены первая часть этой работы (Русские ведомости. 21 июля 1910 г. № 166. С. 3) и вторая (Русские ведомости. 22 июля 1910 г. № 167. С. 2).

Синдикаты в России

I

Одной из самых характерных черт нашей экономической жизни является крайняя концентрация крупного капитала в руках немногих предприятий. Хотя по своему относительному значению промышленность в России развита меньше, чем на Западе, однако по своим абсолютным размерам и по своей внутренней организации русская промышленность уступает только самым развитым странам. Вместе с тем в России получили развитие и новейшие формы капиталистической промышленности — синдикаты и тресты.

Появление их нельзя считать временным или искусственным явлением; наоборот, все наше синдикатское движение имеет самые глубокие корни в нашей экономической действительности. Помимо причин общего характера, вызвавших синдицирование и трестирование промышленности во всех капиталистических странах, этому движению способствуют у нас еще некоторые особенные условия.

Как известно, изо всех продуктов крупной индустрии легче всего поддаются синдицированию массовые, сырые и полуобработанные товары, и наоборот, меньшее развитие получили и меньшее значение имеют синдикаты в производстве готовых и высокоценных товаров. В России же именно больше всего и развито производство массовых, сырых и полуобработанных продуктов. Мы производим достаточные для нас количества пряжи, чугуна, железа, нефти, каменного угля и пр., а ввозим из-за границы массу готовых тканей, железных и стальных изделий, машин и других готовых и высокоценных продуктов, производство которых требует более высокой технической культуры. Далее, те готовые продукты, которые у нас производятся, тоже отличаются своей простотой и однообразием, так как наш массовый потребитель — крестьянин и рабочий — предъявляет спрос на самые простые и элементарные товары.

Благодаря этому массовое производство громадных количеств однородных товаров получило в России самую благоприятную почву; и если мы, кроме того, заметим, что в борьбе крупного производства с мелким наш кустарь и мелкий производитель не имели и не имеют за собой ни той культуры, ни того прошлого, которые они имеют на Западе, то станет ясным, почему так концентрирована наша крупная промышленность.

Концентрация эта выступает особенно ярко в отдельных примерах: так, например, около 60% всего фарфорового производства сосредоточено в руках одной фирмы Кузнецовых, изо всех 170—180 русских нефтяных предприятий восемнадцать добывают три четверти всей добываемой в России нефти, 90% всего русского производства рельсов приходится на семь заводов и т.д.

Когда целые отрасли промышленности сосредоточены в столь крупных и немногих руках, то конкуренция между отдельными предприятиями не может долго продолжаться, ибо вытеснить с рынка миллионное предприятие очень трудно и подчас равносильно разорению большинства конкурирующих предприятий; поэтому крупные фабрики и заводы предпочитают взаимные соглашения взаимному поеданию.

Другим условием, вызвавшим к жизни наши синдикаты, является концентрация спроса. И надо сказать, что в этом отношении русская индустрия находится в более благоприятных условиях для развития синдикатского движения, чем западноевропейская и американская.

В то время как английские фабрики работают для всего земного шара и вынуждены приспособляться к самым разнообразным вкусам и потребностям своих разноязычных и разноцветных покупателей, русская промышленность имеет перед собой не только однородный сравнительно состав потребителей, но в значительной степени работает только на одного покупателя — казну.

Наши правительственные предприятия потребляют ежегодно от 400 до 450 млн пудов каменного угля, 70 млн пудов нефти, 10—15 млн пудов рельсов, громадные количества сукна, тканей для армии, бутылок для винной монополии и многих других продуктов, так что у нас трудно найти такую отрасль промышленности, которая не сбывала бы значительной доли своих товаров казне.

Кроме того, городские самоуправления предъявляют большой спрос на рельсы и вагоны для электрических трамваев, на трубы для водопроводов и канализации и т.д. Во время этих поставок казне или городам очень часто и происходят первые соглашения между поставщиками.

Далее, наша промышленность сосредоточивается в нескольких центрах страны, значительно удаленных друг от друга. Конкуренция в каждом отдельном районе ограничивается незначительным числом местных фабрик, которые к тому же находятся в однородных условиях по отношению к сбыту, доставке сырых материалов и размеру заработной платы. Все это увеличивает общность интересов конкурирующих предприятий и способствует развитию многочисленных местных и районных соглашений. В виде примера можно указать на многочисленные синдикаты кирпичных заводчиков, которые имеются почти в каждом крупном городе, на цементные синдикаты, соглашения винокуренных заводчиков и пр.

В этом же направлении действует и наш таможенный тариф, обеспечивающий русский рынок за внутренними фабрикантами и тем самым облегчающий объединение русских предприятий.

Прибавьте к этому терпимое, а иногда даже сочувственное отношение нашего правительства к синдикатам, особенно к таким, за которыми стоят аграрии или крупные капиталы⁵², и вы убедитесь в том, что движение это нашло в России благоприятную почву и является естественным и необходимым результатом общих условий развития нашей хозяйственной жизни.

II

Насколько позволяют судить источники, первые синдикаты современного типа стали появляться у нас вместе с развитием промышленной

⁵² Так, правительство содействовало образованию сахарного, железного и нефтяного синдикатов.

жизни, после освобождения крестьян. Так, в 1860-х годах основались первые железнодорожные конвенции, в 1870-х возникла конвенция страховых обществ, существующая и до настоящего времени, в 1880-х — сахарный синдикат, в 1890-х — целый ряд других соглашений; но широкое развитие и серьезное значение для нашего народного хозяйства это движение получило только после кризиса 1900—1902 гг.

Кризис этот и последовавший за ним застой обострил конкуренцию, понизил прибыльность многих промышленных предприятий и побудил заводчиков-фабрикантов применить в широких размерах взаимные соглашения — это уже испытанное на Западе средство, — так что в настоящее время почти нет такой отрасли крупной промышленности, где бы не было соглашений синдикатского характера. По собранным мною у специальной прессы и из частных источников сведениям, к 1 января 1910 года в России насчитывалось около 150 синдикатов в 50 отраслях промышленности и торговли.

Что касается деятельности их за последние годы, то она проявилась главным образом в повышении цен. Правда, нам известны случаи сокращения издержек производства благодаря закрытию отсталых заводов и сокращению торговых расходов: так, напр., синдикатом металлургических заводов «Продамета» были закрыты некоторые убыточные отделения на южных заводах и один крупный польский завод. Однако центр тяжести всей деятельности синдикатов сводился и сводится к максимальному повышению цен.

Так, напр., по данным рижского биржевого комитета, цены на русскую самосадочную соль были повышены с 17 коп. за пуд в 1899—1902 гг. до 31 коп. за пуд в 1908 г., т.е. на 85%; цены на железные товары были повышены металлургическими синдикатами на 10—30%, а целым рядом других соглашений повышались и держались на высоком уровне цены на мануфактурные товары, строительные материалы, кирпич, цемент, пароходные фрахты и т.д.

Особенно ярко проявляется эта тенденция тогда, когда синдикаты объединяют в своих руках все русское производство: тогда синдикат ставит себе целью использовать целиком всю пошлину и назначает цены в зависимости только от иностранного рынка, приспособляя к цене товара в каком-нибудь крупном иностранном центре всю пошлину и фрахт до русских рынков, как будто данный товар привозился из-за границы; так назначают цены, насколько мне известно, синдикат железных труб и некоторые химические конвенции.

Не менее агрессивную политику ведут эти организации и по отношению к рабочим. Часто приходится слышать, что синдикаты, как таковые, занимаются только регулированием сбыта и цен и не имеют никакого отношения к рабочим. Однако факты опровергают это мнение.

Во-первых, трестообразные организации, подчиняя своему контролю и техническую сторону объединяющихся предприятий, влияют также на условия труда: так, например, не так давно в «Речи» сообщалось, что директор рижской резиновой мануфактуры, входящей в резиновый трест, требовал от рабочих свидетельства от полиции о политической благонадежности как необходимого условия при поступлении на работу. Но и помимо таких трестов некоторые союзы предпринимателей низшего порядка занимаются одновременно как регулированием сбыта и цен, так и борьбой с рабочими: таковы союзы владельцев типографий, синдикаты кирпичных заводчиков.

Наконец, и те синдикаты, которые прямо не касаются условий труда, косвенным образом усиливают позицию предпринимателей в борьбе с рабочими. Предприятие, входящее в синдикат, не боится стачки рабочих, так как в случае забастовки это предприятие получает от синдиката известное вознаграждение, а заказы его передаются другим членам синдиката.

Все эти факты единодушно говорят о том, что должны быть поставлены пределы подобной деятельности этих монопольных предприятий.

В настоящее время министерство торговли и промышленности производит исследование о русских синдикатах и считает необходимым «урегулировать вопрос о трестах и синдикатах». Пока трудно, конечно, судить о том, во что выльется это «урегулирование», хотя по тому предупредительному отношению, которое встретили представители синдикатов на междудедаментальном совещании 24 июня с.г., посвященном этому вопросу, и по общему направлению нашей политики можно предположить, что результаты этого и следующих совещаний вряд ли выйдут за пределы обычного бюрократического творчества.

Вопрос о синдикатах, как и все серьезные проблемы нашей экономической действительности, тесно соприкасается с финансовой, таможенной, железнодорожной и социальной политикой и вместе с тем необходимо подымает столь неприятный для правящих классов вопрос об изменении всего направления нашей экономической политики.

Необходимо обратить внимание на то, что помимо того снисходительного отношения, которое встречают у правительства наши синдикаты, в унисон с их деятельностью идет и вся наша экономическая политика, которую можно охарактеризовать как политику ограничения конкуренции и высоких продажных цен: этому способствуют бесконечные уставы и правила, стесняющие частную инициативу; в этом направлении действуют наша налоговая система, высокий таможенный тариф, распределение казенных заказов, сахарная нормировка и т.д.

Как бы ни была урегулирована деятельность синдикатов и трестов, результаты будут ничтожны для населения, если наряду с этим не будут приняты меры к общему понижению цен на продукты синдицированных отраслей промышленности и к улучшению условий труда.

Понятие и состав антимонопольного законодательства

§ 1. Понятие антимонопольного законодательства

Переход экономики страны к товарному рынку потребовал разработки правовых нормативных актов, регулирующих отношения, связанные с товарным рынком, с защитой конкуренции, с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции. Совокупность новых для законодательства нормативных актов получила название антимонопольного законодательства. Появление в 1991 г. Закона «О конкуренции и монополистической деятельности на товарных рынках» и развитие этого законодательства не привели к образованию новой отрасли права. Можно лишь говорить о возникновении новой отрасли законодательства. Традиционно к признакам отрасли права принято относить однородные предмет и метод регулирования.

Для антимонопольного законодательства характерно использование разных методов регулирования. Прежде всего это метод власти и подчинения, метод предписаний, применяемый в отношениях антимонопольных органов с государственными органами, органами местного самоуправления, с хозяйствующими субъектами и иными участниками рынка. Наряду с методом власти и подчинения, характерным для административного права, используется и метод диспозитивности, т.е. предоставления участникам рынка возможности выбора различных правовых вариантов поведения. Это — метод гражданского права. Применение разных методов регулирования обусловлено различием в сферах регулирования, сущности и составе регулируемых отношений, т.е. неоднородностью предмета регулирования.

Российское антимонопольное законодательство включает нормы, устанавливающие запреты для органов государственной власти и органов местного самоуправления на принятие актов и соверше-

ние действий, ограничивающих или устраняющих конкуренцию, определяет полномочия антимонопольных органов по пресечению и предупреждению монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции хозяйствующих субъектов.

Вместе с тем антимонопольное законодательство устанавливает правила дозволенного поведения хозяйствующих субъектов на товарном рынке, определяет пределы осуществления гражданских прав, запрещает субъектам гражданско-правовых отношений недобросовестную конкуренцию и злоупотребление рыночной властью, т.е. доминирующим положением на рынке, при заключении и исполнении гражданско-правовых договоров. Такие нормы наряду с публичными отношениями регулируют имущественные отношения, что свойственно именно частному (гражданскому) праву.

Это обстоятельство позволяет говорить о том, что для ряда норм антимонопольного законодательства характерна двойственная правовая природа. Так, ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) регулирует как отношения антимонопольных органов с хозяйствующими субъектами, государственными органами и органами местного самоуправления (публичные отношения), так и отношения между самими хозяйствующими субъектами, являющимися участниками товарного оборота (гражданско-правовые отношения), т.е. разные по своей сущности и правовой природе отношения.

Антимонопольному законодательству свойственны административный порядок применения праввосстановительных мер принуждения и ответственности, защита публичного порядка и защита гражданских прав. При нарушении антимонопольного законодательства защиту нарушенных прав осуществляет также суд, как при непосредственном обращении в суд заинтересованного лица, так и при рассмотрении судом заявлений об оспаривании актов антимонопольных органов.

Сочетание элементов публичного и частного права, методов принуждения, властных предписаний с методом диспозитивности, различие не только методов регулирования, но и правовой природы отношений, являющихся предметом регулирования, не дает основания признавать совокупность норм антимонопольного регулирования самостоятельной отраслью права. Вместе с тем сочетание публичных и частноправовых норм обуславливает комплексный характер антимонопольного законодательства.

§ 2. Состав антимонопольного законодательства

Изменение экономической системы в России, формирование рынка и рыночных отношений выявили настоятельную потребность в законодательстве, обеспечивающем нормальное функционирование рынка, создание благоприятных условий для развития конкурентной среды.

Такое законодательство начало создаваться с принятием в России Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-І «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»¹. Этот Закон много раз подвергался изменениям, что отражало изменения рыночной среды и практики применения законодательства. В 1995 г. были приняты Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях»² и Федеральный закон от 18.07.1995 № 108-ФЗ «О рекламе»³. Наконец, в 1999 г. принят Федеральный закон от 23.06.1999 № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»⁴. Все эти законы были взаимосвязаны по сфере регулируемых отношений и приводились в исполнение, как правило, одними и теми же государственными органами — федеральным антимонопольным органом и его территориальными управлениями. Многие понятия, используемые в Законе «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», применялись и в иных законах, так или иначе регулирующих конкурентные отношения. Все законы имели общую цель — регулирование государством поведения на рынке его участников, создание условий для эффективного функционирования товарных рынков, обеспечение конкурентной политики и контроля соблюдения законодательства, осуществление контроля концентрации капитала.

На основе практики применения этих законов был принят новый Федеральный закон — Закон о защите конкуренции⁵, а закон «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» был признан утратившим силу. Еще ранее нормы об ответственности за нарушения антимонопольного законодательства были включены в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. Кроме того, появились антимонопольные нормы в законах об отдельных отраслях экономики. Издано большое количество постановлений Правительства Российской Федерации, регу-

¹ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

² Собрание законодательства Российской Федерации (далее — СЗ РФ). 1995. № 34. Ст. 3426.

³ СЗ РФ. 1995. № 30. Ст. 2864.

⁴ СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3174.

⁵ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

лирующих рынок и рыночные отношения и направленных на защиту конкуренции, предупреждение и пресечение монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции на товарном рынке.

Отношения, связанные с функционированием рынка и процессами конкуренции, представляют собой одну из наиболее сложных сфер правового регулирования. Законодательные акты, составляющие антимонопольное законодательство, содержат непростые юридические понятия, многие из которых к тому же новые для российского законодательства.

Основополагающими для развития антимонопольного законодательства являются нормы *Конституции Российской Федерации* (далее — Конституция)⁶ о конкуренции, едином экономическом пространстве и едином рынке, в частности ст. 8, 34, 71.

Принятие законодательных актов, регулирующих указанные правоотношения, в соответствии со ст. 71 Конституции входит в компетенцию Федерации, следовательно, все антимонопольные законы являются федеральными. Антимонопольное законодательство основано на соответствующих нормах Конституции. Часть 1 ст. 8 Конституции устанавливает, что в Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. Особо важна для антимонопольного законодательства ст. 34 Конституции, устанавливающая права и свободы человека и гражданина в экономической сфере. Согласно данной статье каждый гражданин имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской деятельности. При этом не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию. Эти статьи Конституции легли в основу антимонопольных законов.

Помимо норм Конституции антимонопольное законодательство основывается на нормах *Гражданского кодекса Российской Федерации* (далее также — ГК РФ). В частности, это составляющие основные начала гражданского законодательства нормы ст. 1 ГК РФ о признании равенства участников гражданского оборота, о принципе свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, о свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств по территории Российской Федерации. Важное значение для антимонопольного законодательства имеет ст. 10 ГК РФ. Она запрещает участникам гражданского оборота использовать свои права в целях

⁶ СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

ограничения конкуренции, злоупотреблять доминирующим положением на рынке. Часть 4 ГК РФ, регламентирующая права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, а также ст. 1033 ГК РФ и ряд других норм неразрывно связаны с нормами антимонопольного законодательства о запрете недобросовестной конкуренции и о запрете антиконкурентных соглашений.

Законы, входящие в состав антимонопольного законодательства, послужили основой принятия ряда актов разной правовой силы. Ст. 2 Закона о защите конкуренции включает в состав антимонопольного законодательства, кроме норм самого Закона, нормы иных федеральных законов, издаваемых в его развитие, постановления Правительства Российской Федерации. К перечисленным правовым актам в соответствие со ст. 2 Закона о защите конкуренции необходимо добавить нормативные акты самого федерального антимонопольного органа, правомочие на издание которых предусмотрено законодательством.

В состав антимонопольного законодательства следует включать *международные договоры Российской Федерации*, которые имеют большую юридическую силу, чем Закон о защите конкуренции⁷.

Специальным (базовым) законом в системе действующего антимонопольного законодательства является *Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»* с последующими изменениями (далее — Закон о защите конкуренции). Закон о защите конкуренции распространяется на товарный рынок, включая финансовые услуги, однако особенности рынка финансовых услуг находят отражение и в самом Законе, и в постановлениях Правительства Российской Федерации.

Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (далее — Закон о естественных монополиях) предусматривал создание самостоятельных органов для регулирования отношений в отдельных областях естественных монополий. Впоследствии органы регулирования деятельности субъектов естественных монополий полностью изменились. Первоначально образованные органы были упразднены, а их функции переданы антимонопольным органам.

Закон о защите конкуренции в п. 5 ст. 5 признает доминирующим положение хозяйствующего субъекта — субъекта естественной моно-

⁷ В частности, понять современное российское антимонопольное законодательство можно только в контексте интеграционного процесса в рамках ЕврАзЭС, заключенного его участниками соглашения о защите конкуренции, а также с учетом утвержденных во исполнение соглашения многочисленных международных актов (например, о трансграничных рынках, правилах рассмотрения дел о нарушении соглашения о конкуренции, актов о процедуре исследования рынков и др.). Следует учесть и возникшее в ЕврАзЭС наднациональное регулирование деятельности субъектов естественных монополий. — *Примеч. отв. ред.*

полии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии, следовательно, этот Закон регулирует отношения с участием субъектов естественной монополии. И ранее Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» в деловой и в судебной практике распространялся на отношения с участием субъектов естественной монополии. Исходя из действующих норм, деятельность субъектов естественной монополии регулируется как Законом о защите конкуренции, так и Законом о естественных монополиях⁸.

При проведении административной реформы в сфере управления экономикой по-новому разграничена компетенция Федеральной антимонопольной службы (ФАС России) и Федеральной службы по тарифам (ФСТ России). К компетенции ФСТ России отнесено определение (установление) тарифов (цен) на услуги субъектов естественной монополии и контроль за их применением. Что касается функций контроля и надзора за деятельностью субъектов естественной монополии, то в соответствии с постановлением Правительства РФ от 07.04.2004 № 189 «Вопросы Федеральной антимонопольной службы»⁹, с Положением о Федеральной антимонопольной службе, утвержденном постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 331¹⁰, и с постановлением Правительства РФ от 09.04.2004 № 204 «Вопросы Федеральной службы по тарифам»¹¹, а также с Положением о Федеральной службе по тарифам, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 332¹², эти функции отнесены к полномочиям ФАС России и ее территориальных органов.

Исходя из предмета регулирования, Закон о естественных монополиях является антиподом Закона о защите конкуренции, так как регулирует отношения в сферах деятельности, в которых конкуренция неэффективна, или, иначе говоря, в сферах деятельности с нулевой конкуренцией. В отличие от Закона о защите конкуренции, предусматривающего косвенное государственное регулирование рынка, Закон о естественных монополиях содержит нормы о жестком и прежде всего ценовом регулировании рынка, о прямом вмешательстве государства в деятельность субъектов естественных монополий. Однако субъекты

⁸ ФАС России в начале 2012 г. выступил с инициативой инкорпорировать в Закон о защите конкуренции положения, отражающие специфику деятельности субъектов естественных монополий, и признать Закон о естественных монополиях утратившим силу. — *Примеч. отв. ред.*

⁹ СЗ РФ. 2004. № 15. Ст. 1482.

¹⁰ СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3259.

¹¹ СЗ РФ. 2004. № 15. Ст. 1496.

¹² СЗ РФ. 2004. № 29. Ст. 3049.

естественных монополий в силу своего доминирующего положения на рынке подпадают под действие норм Закона о защите конкуренции, который не выводит их из сферы своего применения. В обоих законах используются общие понятия. Контроль и надзор за применением Закона о естественных монополиях (кроме норм об определении и применении цен (тарифов)) возложен на антимонопольные органы.

Среди федеральных законов, относимых к антимонопольному законодательству, следует назвать *Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях*. Одними из наиболее значимых норм антимонопольного законодательства являются нормы об ответственности за его нарушение. По действующему российскому законодательству такие нормы (за некоторыми исключениями) отделены от диспозиции и гипотезы запретительных и поведенческих норм антимонопольного законодательства и размещены в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ). Кодексом определены как ответственность за нарушение антимонопольного законодательства, так и порядок возбуждения и рассмотрения антимонопольными органами дел об административных правонарушениях. Нормы КоАП РФ, наряду с нормами главы об ответственности за нарушение антимонопольного законодательства Закона о защите конкуренции, входят в состав антимонопольного законодательства.

Антимонопольные нормы включены во многие *федеральные законы, регулирующие отношения в отдельных отраслях экономики*. В частности, это Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»¹³, Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»¹⁴.

Согласно ч. 6 ст. 5 Закона о защите конкуренции федеральными законами могут устанавливаться случаи признания доминирующим положения хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем 35%. Такая норма включена в ст. 25 Закона «Об электроэнергетике». Кроме того, эта статья предусматривает дополнительные запреты на определенного рода поведение хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на оптовом и розничном рынках электрической энергии и мощности, в том числе запрет манипулирования ценами, и правовые последствия нарушения этого запрета. Соответствующий запрет с 2012 г. включен в ст. 10 Закона о защите конкуренции.

¹³ СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

¹⁴ СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

В Законе «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» антимонопольному регулированию отношений в сфере торговой деятельности отведена глава, устанавливающая антимонопольные правила поведения хозяйствующих субъектов в этой сфере и антимонопольные требования к органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления в области регулирования торговой деятельности.

Помимо федеральных законов в антимонопольное законодательство входят *акты Президента Российской Федерации, ряд постановлений Правительства Российской Федерации*, на которые имеется ссылка в Законе о защите конкуренции и в других законах. Например, постановления, отражающие ряд особенностей регулирования деятельности финансовых организаций; постановление, утверждающее Правила формирования и ведения Реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35% или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов¹⁵.

К антимонопольному законодательству в соответствии со ст. 2 Закона о защите конкуренции относятся *нормативные правовые акты* самого *федерального антимонопольного органа*, издание которых предусмотрено Законом о защите конкуренции, иными федеральными законами и нормативными актами Правительства Российской Федерации. Среди таких нормативных правовых актов, входящих в антимонопольное законодательство, следует выделить акты федерального антимонопольного органа в форме административных регламентов.

Важное значение для применения антимонопольного законодательства имеют разъяснения, которые дает Федеральная антимонопольная служба по вопросам применения антимонопольного законодательства. Указанное полномочие федерального антимонопольного органа закреплено в п. 5 ч. 2 ст. 23 Закона о защите конкуренции. Разъяснения антимонопольного законодательства не являются нормативными актами, однако помогают его применению, поскольку раскрывают употребляемые в законах понятия и термины, позволяют участникам товарного рынка выбрать различные варианты принимаемых решений.

Существенное влияние на практику применения антимонопольного законодательства оказывает *судебная практика*. Толкование судами норм антимонопольного законодательства в ходе разрешения дел, свя-

¹⁵ СЗ РФ. 2007. № 52. Ст. 6480.

занных с его применением или нарушением, позволяет уяснить сущность нормы, условия ее применения.

В результате изучения и обобщения практики применения антимонопольного законодательства еще в 1998 г. Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации направил нижестоящим судам Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.03.1998 № 32)¹⁶. Особо важное значение имеет постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»¹⁷, действующее с учетом изменений, внесенных постановлением Пленума ВАС РФ от 14.10.2010 № 52. В этих актах судам даны указания, касающиеся рассмотрения дел при оспаривании решений антимонопольных органов, содержится ряд процессуальных решений. Не в меньшей мере правоприменительная практика формируется решениями Президиума ВАС РФ по отдельным делам, связанным с применением антимонопольного законодательства¹⁸.

Существует также круг актов, за применением которых антимонопольный орган осуществляет контроль. Например, Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»¹⁹, Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»²⁰ и др.

Функции и полномочия Федеральной антимонопольной службы наряду с Законом о защите конкуренции определены постановлением Правительства РФ от 07.04.2004 № 189 «Вопросы Федеральной антимонопольной службы» и Положением о Федеральной антимонопольной службе, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 331 (действующими с многочисленными изменениями). Основными функциями признаны не только контроль за соблюдением антимонопольного законодательства, в том числе в сфере электроэнергетики, но также надзор и контроль за соблюдением законодательства о

¹⁶ Вестник ВАС РФ. 1998. № 5.

¹⁷ Вестник ВАС РФ. 2008. № 8; 2011. № 4.

¹⁸ См. ежегодно выпускаемый издательством «Юридическая литература» Комментарий судебно-арбитражной практики. № 4—18.

¹⁹ СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

²⁰ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105.

естественных монополиях, рекламе, контроль в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд.

Хотя в функции и полномочия ФАС России и его территориальных органов входит контроль за соблюдением норм отраслей законодательства в разных сферах экономики, такие нормы, не касающиеся конкуренции, не включаются в состав антимонопольного законодательства.

§ 3. Особенности антимонопольного законодательства

Анализ актов, образующих систему антимонопольного законодательства и входящих в его состав, показывает, что данная отрасль законодательства состоит из нормативных актов разных уровней и разной правовой природы.

Одна из особенностей Закона о защите конкуренции состоит в том, что он по правовой принадлежности является комплексным актом, регулирующим разные по субъектам и правовой природе отношения. Прежде всего это отношения, в которых одной из сторон являются антимонопольные органы, т.е. органы исполнительной власти, осуществляющие контроль и надзор за соблюдением закона с целью защиты и развития конкуренции как основы товарного рынка. Эти отношения и регулирующие их нормы являются административными. В то же время запреты, установленные для хозяйствующих субъектов, определяют их поведение на товарном рынке, регулируют имущественные отношения данных субъектов между собой, закрепляют обязанность заключения договоров, определяют содержание ряда условий договоров, заключаемых на товарном рынке, устанавливают условия образования, слияния и разделения хозяйствующих субъектов, т.е. содержат гражданско-правовые нормы.

Гражданско-правовые нормы, регулирующие договорные отношения на товарном рынке, включают ряд ограничений принципа свободы договора, что допускается ст. 421 ГК РФ. Эти нормы защищают как конкуренцию, так и интересы контрагентов²¹.

Антимонопольные органы обладают правоприменительной компетенцией. Закон о защите конкуренции достаточно детально определяет

²¹ В.Ф. Яковлев в статье «О системном применении права» подчеркивает колоссальное значение для гражданско-правовых отношений антимонопольного законодательства как одного из главных условий функционирования рынка, отмечая, что без антимонопольного законодательства нормальный рынок невозможно себе представить // Вестник ВАС РФ. 2007. № 3. С. 7.

порядок возбуждения и рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства, т.е. устанавливает административный способ защиты правопорядка и гражданских прав. Это процессуальные нормы.

Особенность Закона о защите конкуренции в части субъектного состава регулируемых отношений состоит в том, что он содержит ряд запретов, касающихся деятельности государственных органов, органов местного самоуправления.

Статья 16 Закона о защите конкуренции запрещает совмещение функций федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, иных органов власти, органов местного самоуправления и функций хозяйствующих субъектов, за исключением случаев, установленных федеральными законами, нормативными актами Президента Российской Федерации или Правительства Российской Федерации, а также наделение хозяйствующих субъектов функциями, правами этих органов. Указанные нормы направлены на свободное развитие конкуренции, обеспечение прав хозяйствующих субъектов.

Антимонопольное законодательство, возникшее лишь в начале 90-х годов XX в., быстро развивается. В качестве его особенности можно отметить подвижность, заключающуюся в неоднократном изменении норм. При этом меняются и связанные с Законом о защите конкуренции нормативные акты. Поэтому законодательные акты, вносящие существенные изменения в антимонопольное законодательство, принято называть *первым, вторым и третьим антимонопольными пакетами. Третий антимонопольный пакет, действующий с января 2012 г.*, внес изменения в нормы о картелях, о договорах, ввел новые методы воздействия на нарушителей, усовершенствовал процессуальные нормы.

Так, была дополнена гл. 9 Закона о защите конкуренции, определяющая защиту в административном порядке публичных интересов и нарушенных прав хозяйствующих субъектов путем возбуждения и рассмотрения дел антимонопольными органами. Процессуальные дополнения очень важны потому, что направлены на более четкое и полное регулирование административного порядка рассмотрения антимонопольными органами дел, принятия решений и выдачи предписаний. Это пока единственный закон, который достаточно полно регулирует защиту нарушенных прав и правопорядка на товарном рынке в административном порядке.

Все выше сказанное позволяет дать определение понятию антимонопольного законодательства и отметить его основные особенности.

Итак, антимонопольным законодательством принято именовать совокупность международных договоров Российской Федерации, Закона о

защите конкуренции, норм КоАП РФ, норм законов об отдельных отраслях экономики, указов Президента Российской Федерации, постановлений Правительства Российской Федерации, нормативных актов Федеральной антимонопольной службы, которые связаны с защитой конкуренции, с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

Особенностями антимонопольного законодательства являются следующие:

1) основополагающие нормативные акты антимонопольного законодательства основаны на нормах Конституции, ГК РФ и приняты в форме федеральных законов;

2) состав антимонопольного законодательства определяется ст. 2 Закона о защите конкуренции. В него включены ряд федеральных законов, регулирующих отношения, связанные с защитой конкуренции, с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции в отдельных отраслях экономики; постановления Правительства Российской Федерации;

3) проблемы ответственности за нарушения антимонопольного законодательства и ее применения решены в КоАП РФ. Соответствующие нормы этого Кодекса следует считать входящими в состав антимонопольного законодательства;

4) антимонопольное законодательство является комплексным. Оно включает нормы административного права, гражданского права, процессуального права, что предопределяет связь основных норм этого законодательства с соответствующими нормами ряда отраслей права;

5) комплексный характер антимонопольного законодательства, применение разных методов регулирования не дает основания говорить о появлении новой отрасли права;

6) антимонопольное законодательство, образованное законами, иными нормативными актами, касающимися защиты конкуренции, предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, является самостоятельной отраслью законодательства России. В деловой практике она иногда именуется конкурентным законодательством или конкурентным правом.

§ 4. Сфера применения Закона о защите конкуренции

Сфера применения Закона о защите конкуренции характеризуется действием Закона о защите конкуренции во времени, в пространстве, по кругу лиц (субъектам регулирования), регулируемым отношениям

(объектам регулирования). Такой подход в описании сферы применения антимонопольного закона традиционен²².

Закон о защите конкуренции регулирует общественные отношения в сфере защиты конкуренции, раскрывая понятия, определенные нормами-принципами, содержащимися в ст. 8, 34, 71, 74 Конституции, в соответствии с которыми установлены запреты на монополистическую деятельность, недобросовестную конкуренцию, создание препятствий для свободного перемещения товаров, услуг, финансовых средств, гарантируется поддержка конкуренции и свободы экономической деятельности, а также раскрывая нормы, содержащиеся в ст. 1, 10 ГК РФ. Причем нормам Закона о защите конкуренции присуща двойственная природа в связи с одновременной регламентацией деятельности и антимонопольного органа, и участников гражданско-правовых отношений²³. Закон о защите конкуренции включает в себя частноправовые и публично-правовые нормы²⁴.

Закон о защите конкуренции раскрывает понятия монополистической деятельности, недобросовестной конкуренции, определяет иные базовые понятия, необходимые и достаточные для регулирования отношений в сфере защиты конкуренции. Отношения в области защиты конкуренции могут регулироваться и постановлениями Правительства Российской Федерации, а в случаях, особо указанных в Законе о защите конкуренции, также правовыми актами федерального антимонопольного органа.

Кроме того, отношения в сфере защиты конкуренции в отдельных отраслях экономики урегулированы нормами отраслевого законодательства, например положениями Лесного кодекса Российской Федерации²⁵, Водного кодекса Российской Федерации²⁶, Воздушного кодекса Российской Федерации²⁷ и др.

Необходимо отметить, что отношения в сфере защиты конкуренции регулируются только на федеральном уровне. Это связывают²⁸ с

²² См.: Конкурентное право России: учебник / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.Ю. Борзило и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012. С. 57 (автор главы — Н.И. Клейн). См. также: *Тотьев К.Ю.* Конкурентное право (правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополий): учебник для вузов. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Издательство РДЛ, 2003. С. 118.

²³ См.: *Рафалюк Е.Е., Власова Н.В.* Юридическая наука в поиске правовых механизмов противодействия коррупции // Журнал российского права. 2012. № 7. С. 43–68.

²⁴ См.: *Петров Д.А.* // Антимонопольное законодательство: теория и практика применения. СПб.: Нестор-История, 2012. С. 70.

²⁵ СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5278.

²⁶ СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2381.

²⁷ СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1383.

²⁸ См.: *Тотьев К.Ю.* Указ. соч. С. 112.

тем, что п. «ж» ст. 71 Конституции относит вопросы установления правовых основ единого рынка к предмету исключительной компетенции Российской Федерации, и если какой-либо правовой акт субъекта Российской Федерации, касающийся защиты конкуренции, противоречит федеральному Закону о защите конкуренции, то в соответствии с положениями ч. 5 ст. 76 Конституции подлежит применению федеральный закон.

На уровне субъектов Российской Федерации и муниципальном уровне допускается лишь принятие мер по развитию конкуренции, таких, например, как разработка и реализация программ развития конкуренции²⁹.

Исходя из поставленных целей — обеспечения единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности; создания условий для эффективного функционирования рынков — Закон о защите конкуренции применяется в отношении всех рынков: и товарных, и финансовых. Особенности регулирования на финансовых рынках — в случае их наличия — указываются в законе отдельно. Причем регулирование и запреты в равной мере устанавливаются как для продавцов, так и для покупателей, действующих на рынках.

Сфера применения Закона о защите конкуренции включает общественные отношения, связанные с монополистической деятельностью, недобросовестной конкуренцией, ущемлением хозяйствующими субъектами, доминирующими на рынке, интересов лиц, вступающих с ними в отношения, а также с экономической концентрацией.

Субъектами правоотношений, включенных в сферу применения Закона о защите конкуренции, являются, с одной стороны, хозяйствующие субъекты: коммерческие организации, некоммерческие организации, осуществляющие деятельность, приносящую доход, индивидуальные предприниматели, иные физические лица, не зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей, но осуществляющие профессиональную деятельность, приносящую доход. С другой стороны, в сфере защиты конкуренции действуют лица, интересы которых могут ущемляться другими лицами, злоупотребляющими своим доминирующим положением на рынке, а также лица, являющиеся участниками

²⁹ См., например: Программа по развитию конкуренции в Московской области в 2010–2012 годах, утв. постановлением Правительства Московской области от 19.11.2009 № 1000/4. URL: <http://mo.fas.gov.ru/plan/7079>; постановление главы городского округа Ивanteeвка МО от 10.09.2012 № 1337 «Об утверждении долгосрочной целевой программы “Развитие конкуренции в городе Ивanteeвке Московской области на 2012–2015 годы”» // Всероссийский вестник. 2012. № 52.

отношений экономической концентрации: все юридические лица, индивидуальные предприниматели и граждане, в том числе иностранные юридические лица и граждане.

В сферу Закона о защите конкуренции включены не только общественные отношения, участниками которых являются хозяйствующие субъекты, ограничивающие конкуренцию и ущемляющие интересы своих контрагентов, но и общественные отношения с участием субъектов, наделенных властными полномочиями и имеющих возможность влиять на экономические правоотношения участников всех рынков, вмешиваясь своими действиями, актами и соглашениями между собой и с участниками рынка в конкурентные отношения.

К таким субъектам относятся федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления, а также Центральный банк Российской Федерации, государственные внебюджетные фонды, иные органы и организации, которые могут быть наделены функциями органов власти (далее — органы власти). Для органов власти установлены запреты на действия (бездействие), принятие актов, которыми может не допускаться, устраняться, ограничиваться конкуренция.

Обладание значительными активами и публичной властью, открывающей большие возможности в части определения условий хозяйствования³⁰, а также предоставления любых преимуществ или, наоборот, ограничения деятельности участников рынков, является причиной установления для органов власти обязательных к исполнению конкурентных правил.

Необходимо отметить, что в сфере защиты конкуренции в отношении органов власти, в отличие от хозяйствующих субъектов, злоупотребляющих доминирующим положением на рынке, не установлены запреты на ущемление интересов других лиц, а существуют только запреты на недопущение, устранение, ограничение конкуренции. Кроме того, в отличие от хозяйствующих субъектов, органам власти предписание об устранении нарушений антимонопольного законодательства может выдаваться без рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, когда налицо явные признаки такого нарушения³¹.

В сферу применения Закона о защите конкуренции включены также общественные отношения, связанные с предоставлением органами

³⁰ См.: *Петров Д.А.* Конкурентное право: теория и практика применения: учебник для магистров / под общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Юрайт, 2013. С. 234.

³¹ См.: *Башлаков-Николаев И.В.* Контроль за деятельностью органов власти в соответствии с Федеральным законом «О защите конкуренции» // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2012. № 12. С. 97.

власти преимуществ коммерческим и некоммерческим организациям посредством института государственных и муниципальных преференций. Преференции оказывают влияние на конкурентные отношения, могут приводить к устранению или недопущению конкуренции и должны предоставляться только с учетом такого влияния, целей предоставления преференций и с соблюдением установленных процедур. По мнению И.В. Княzewой³², избирательное предоставление органами власти льгот и преимуществ отдельным хозяйствующим субъектам является одной из основных угроз конкуренции.

Действие Закона о защите конкуренции распространяется на всю территорию Российской Федерации, его положения применяются к достигнутым за пределами Российской Федерации соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами или организациями, а также к действиям, ими совершаемым, если указанные действия и (или) соглашения оказывают влияние на состояние конкуренции на территории Российской Федерации. По мнению Н.И. Клейн, в Законе о защите конкуренции нашла отражение «доктрина последствий», поскольку закон применяется к действиям и соглашениям, совершаемым или заключаемым и за рубежом, если негативные последствия могут проявиться на товарном рынке в Российской Федерации³³.

Сфера применения Закона о защите конкуренции в силу ст. 15 Конституции может быть изменена (ограничена или, наоборот, расширена) в соответствии с международными договорами Российской Федерации³⁴.

Сфера применения Закона о защите конкуренции охватывает как материальные, так и процессуальные отношения. Так, в Законе, помимо норм, определяющих основные понятия в сфере защиты конкуренции, содержатся нормы, регулирующие процедуры рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, запроса информации, проведения проверок, порядка представления и рассмотрения уведомлений и ходатайств и др.

С точки зрения Н.И. Клейн³⁵, включение в Закон о защите конкуренции отдельной главы, регламентирующей рассмотрение дел о на-

³² См.: *Князева И.В.* Антимонопольная политика в России: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Национальная экономика». Изд. 2-е, перераб. М.: Омега-Л. 2007. С. 188.

³³ См.: Конкурентное право России... С. 58 (автор главы — *Н.И. Клейн*).

³⁴ См.: *Писенко К.А., Цинделиани И.А., Бадмаев Б.Г.* Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации: курс лекций / под ред. С.В. Запольского. 2-е изд. М.: Российская академия правосудия; Статут, 2011; *Петров Д.А.* Конкурентное право: теория и практика применения...

³⁵ *Клейн Н.И.* Защита публичного правопорядка и гражданских прав при нарушении антимонопольного законодательства // Закон. 2008. № 2.

рушениях антимонопольного законодательства, подняло правовое регулирование процедуры возбуждения и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства на уровень закона. Усиление законодательного регулирования административных процедур взамен их регулирования в подзаконных актах предоставляет всем участникам общественных отношений, в том числе в сфере защиты конкуренции, возможность получить гарантии устойчивой деятельности в соответствии с их правами и законными интересами³⁶.

Сфера применения Закона о защите конкуренции охватывает общественные отношения, которые уже возникли и (или) которые возникнут (могут возникнуть) в будущем³⁷. Например, в соответствии со ст. 15 Закона о защите конкуренции запрещаются акты и действия (бездействие) органов власти, которые приводят или могут привести к ограничению, устранению конкуренции.

Во времени Закон о защите конкуренции применяется по общему правилу к отношениям, возникшим после вступления в силу норм закона, с соблюдением общих принципов, не допускающих ухудшения положения участников отношений. При этом Законом о защите конкуренции установлен трехлетний срок давности рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства с момента совершения нарушения, а при длящемся нарушении — с момента окончания нарушения или его обнаружения.

Спецификой сферы применения Закона о защите конкуренции является то, что он применяется в отношении субъектов естественных монополий, понятие и статус которых определяется в соответствии с Законом о естественных монополиях. При этом в отношениях, регулируемых Законом о защите конкуренции, субъекты естественных монополий выступают в качестве лиц, действующих на рынках, находящихся в условиях естественной монополии, а следовательно, доминирующих на данных рынках. Причем для субъектов естественных монополий их доминирующее положение презюмируется³⁸ и не подлежит установлению в порядке, установленном для других рынков. Такая презумпция

³⁶ См.: Тихомиров Ю.А. Административные процедуры: доктрина и практика // Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ж. Марку. М.: Статут, 2011. С. 240.

³⁷ См.: Конкурентное право России... С. 285–290 (авторы главы — Т.А. Рабко, А.Г. Сушкевич); п. 8 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

³⁸ См.: Клейн Н.И. Защита публичного правопорядка и гражданских прав при нарушении антимонопольного законодательства.

была подтверждена в постановлении Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»³⁹ (далее — постановление Пленума ВАС РФ № 30). В Закон о защите конкуренции включены особые меры по предупреждению создания субъектами естественных монополий дискриминационных условий для потребителей.

Кроме того, спецификой сферы применения Закона о защите конкуренции является то, что Закон устанавливает ответственность за нарушения в области защиты конкуренции. Считается, что Закон о защите конкуренции предусматривает значительный набор мер административного принуждения, применяемого антимонопольными органами за нарушения антимонопольного законодательства⁴⁰. Вместе с тем этот Закон устанавливает только правосстановительную⁴¹ (пресекательную) ответственность, а также ответственность в виде перечисления в федеральный бюджет дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства. Правосстановительная (пресекательная) ответственность устанавливается в виде обязанности исполнить предписание об устранении допущенных нарушений антимонопольного законодательства и их последствий, подлежащее в соответствии с ч. 1 ст. 51 Закона о защите конкуренции обязательному исполнению в установленный антимонопольным органом срок. В результате исполнения предписания восстанавливается конкуренция, а также права и интересы лиц, чьи права были нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства. Предписание антимонопольного органа считается традиционным средством обеспечения соблюдения запретов, изложенных в антимонопольном законодательстве⁴². Инструментом восстановления конкуренции при этом является институт выдачи предписания⁴³. Необходимо отметить, что перечень предписаний является открытым. Антимонопольный орган при выдаче предписаний руководствуется задачей сформировать меры, направленные на устранение нарушений конкуренции и на последующее ее

³⁹ Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

⁴⁰ См. например: *Салищева Н.Г.* Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства: динамика и перспективы // Конкуренция и право. 2011. № 2.

⁴¹ См.: *Лейст О.Э.* Общая теория государства и права: академический курс в трех томах / отв. ред. М.Н. Марченко. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Норма, 2010. С. 679.

⁴² См.: *Тотьев К.Ю.* Предписание антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода: правовая природа и функции // Законы России. Опыт, анализ, практика. 2010. № 8.

⁴³ См.: *Баилаков-Николаев И.В.* О необходимости и целесообразности изучения конкурентного права в части регулирования деятельности органов власти // Юридическое образование и наука. 2012. № 3. С. 31.

развитие, а также восстановление интересов участников отношений в сфере конкуренции, нарушенных в результате нарушения антимонопольного законодательства.

По мнению некоторых авторов, ответственность в виде перечисления в федеральный бюджет дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства, и административная ответственность по ст. 14.31–14.33 КоАП РФ — это меры ответственности за одни и те же правонарушения⁴⁴. Н.И. Клейн⁴⁵, считая вопрос о правовой природе данной санкции дискуссионным, полагает все же, что взыскание дохода является административной санкцией и в связи с этим возможно применение только одной из указанных санкций в зависимости от конкретных обстоятельств дела.

Конституционный Суд Российской Федерации в п. 3 постановления от 24.06.2009 № 11-П⁴⁶ указывает на компенсаторную природу предписания о перечислении незаконного дохода. Однако в постановлении Пленума ВАС РФ № 30 сформулирован правовой подход, согласно которому меры публичной ответственности в виде взыскания в федеральный бюджет дохода, полученного в связи с нарушением антимонопольного законодательства, могут быть применены только в том случае, если исходя из допущенного нарушения привлечение лица к административной ответственности невозможно ввиду невозможности определения штрафа по правилам, установленным ст. 14.31–14.33 КоАП РФ.

В соответствии с п. 6 Плана мероприятий по реализации системных мер по развитию конкуренции, вошедшего в «дорожную карту»⁴⁷ развития конкуренции и совершенствования антимонопольной политики, введенного распоряжением Правительства РФ от 28.12.2012 № 2579-р, будет устранена возможность одновременного наложения на правонарушителя оборотного штрафа в соответствии с КоАП РФ и выдачи предписания о взыскании незаконно полученного дохода от нарушения антимонопольного законодательства. Такие меры запланировано осуществить до ноября 2013 г.

В сфере защиты конкуренции наряду с административной применяется и уголовная ответственность; порядок их применения определен

⁴⁴ См.: *Варламова А.Н.* Правовое обеспечение развития конкуренции: учеб. пособие. М.: Статут, 2010. С. 235; *Тотьев К.Ю.* Предписание антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода: правовая природа и функции.

⁴⁵ См.: *Клейн Н.И.* Защита публичного правопорядка и гражданских прав при нарушении антимонопольного законодательства.

⁴⁶ СЗ РФ. 2009. № 28. Ст. 3581.

⁴⁷ URL: http://www.asi.ru/upload/iblock/8f7/DK_Competition_21-11-2012.pdf

соответственно КоАП РФ и Уголовным кодексом Российской Федерации (далее — УК РФ). Основным критерием разграничения составов административных правонарушений и преступлений является сумма причиненного нарушением антимонопольного законодательства ущерба (свыше 1 млн руб.) либо незаконно извлеченного таким образом дохода (свыше 5 млн руб.)⁴⁸.

В сферу Закона о защите конкуренции включены отношения, связанные с применением мер гражданско-правовой ответственности. Речь идет о праве лиц, чьи права и интересы ущемлены в результате нарушения антимонопольного законодательства, обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд за защитой своих имущественных интересов. Указанное право может быть реализовано путем подачи исков, в том числе исков о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков (включая упущенную выгоду), возмещении вреда, причиненного имуществу.

Закон о защите конкуренции должен дать новый импульс системе частных исков, основанных на решениях и предписаниях антимонопольных органов, несмотря на то что право на защиту своих интересов у заинтересованных лиц существовало и до включения в Закон о защите конкуренции соответствующих норм.

ФАС России считает частные иски одним из инструментов защиты конкуренции⁴⁹. Однако пока, по мнению ФАС России⁵⁰, несмотря на решения высших судов и закрепление в Законе о защите конкуренции, данный институт по-настоящему не заработал.

В сферу применения Закона о защите конкуренции также дополнительно включены меры профилактики нарушений антимонопольного законодательства хозяйствующими субъектами в виде института предупреждения о прекращении действий (бездействия), содержащих признаки нарушения антимонопольного законодательства. Перечень составов нарушений антимонопольного законодательства, по которым применяется предупреждение, будет постепенно расширяться⁵¹, что, в свою очередь, будет способствовать снижению нагрузки на добросовестный бизнес. Кроме того, профилактический институт предупреждений может быть распространен и на органы власти, что позволит устранять нарушения со стороны указанных органов в более короткие сроки.

⁴⁸ См.: Салищева Н.Г. Указ. соч.

⁴⁹ URL: <http://www.cljournal.ru/nomer06/91.html>

⁵⁰ См.: Там же.

⁵¹ URL: http://www.fas.gov.ru/fas-news_33721.html

В сферу применения Закона о защите конкуренции наряду с отношениями по недопущению, ограничению и устранению конкуренции, ущемлению субъектами, доминирующими на рынке, интересов их контрагентов, включены также иные отношения, на первый взгляд не связанные напрямую с защитой конкуренции.

Речь в данном случае идет об отношениях, возникающих в связи с рассмотрением антимонопольными органами жалоб на нарушение процедуры проведения торгов и порядка заключения договоров по их итогам, косвенно влияющих на отношения в области конкуренции. Вместе с тем необходимо отметить, что любое нарушение порядка проведения торгов и порядка заключения договора приводит к неправильному определению победителя торгов, что оказывает непосредственное влияние на состав участников рынков, а следовательно, и на конкурентные отношения⁵².

§ 5. Сфера применения Закона о естественных монополиях

Целью принятия Закона о естественных монополиях является обеспечение доступности услуг субъектов естественных монополий для потребителей, обеспечение баланса интересов субъектов естественных монополий и интересов потребителей, а также обеспечение эффективного функционирования⁵³ указанных субъектов и рынков, находящихся в условиях естественной монополии.

Несмотря на то что российскому законодательству о естественных монополиях более 17 лет, в сфере их регулирования не утратили свою актуальность вопросы ликвидации перекрестного субсидирования, развития состязательности в получении исключительных прав на предоставление услуг в условиях естественной монополии, ограничения возможности злоупотребления рыночной властью и искажения информации о реальных издержках и прибыли со стороны субъектов естественных монополий⁵⁴.

⁵² См.: *Башлаков-Николаев И.В.* Рассмотрение жалоб в соответствии со статьей 18.1 Закона о защите конкуренции // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2012. № 8.

⁵³ См.: *Голомолзин А.Н., Цыганов А.Г.* Конкуренция и антимонопольное регулирование: учеб. пособие для вузов / С.Б. Авдашева, В.А. Аронин, И.К. Ахлопов и др.; под ред. А.Г. Цыганова. М.: Логос, 1999. С. 241.

⁵⁴ См.: *Южанов И.А.* Основные проблемы конкурентной политики // *Конкурентная Россия. Метаморфозы конкуренции. Конкурентная политика. Экономический рост.* М.: Изд-во МГУ, 2004. С. 88.

В сферу применения Закона о естественных монополиях включены общественные отношения на товарных рынках, находящихся в состоянии естественной монополии, в частности, отношения, в которых участвуют субъекты естественных монополий и потребители, органы государственной власти (федеральные и субъектов Российской Федерации) и органы местного самоуправления.

Закон о естественных монополиях является базовым законом в сфере указанных отношений. Однако некоторые общественные отношения, в которых участвуют субъекты естественных монополий, входят в сферу применения Закона о защите конкуренции и урегулированы им в достаточном объеме, даже если бы отсутствовал такой базовый закон. Необходимым является лишь законодательное установление понятий субъекта естественной монополии, рынка, находящегося в условиях естественной монополии, а также видов работ и услуг, отнесенных к естественно-монопольным. Для отношений в сфере защиты конкуренции регулирование деятельности субъектов естественной монополии могло бы быть включено в сферу Закона о защите конкуренции. При этом отдельные отношения, скажем, связанные с установлением тарифов субъектов естественных монополий, можно было бы урегулировать специальным законом (например, законом о тарифах)⁵⁵.

Необходимо отметить, что на начальном этапе действия Закона о естественных монополиях отдельные субъекты естественных монополий пытались оспаривать, в том числе в судебном порядке, правомочность применения к ним норм антимонопольного законодательства⁵⁶.

В настоящее время правовое регулирование в сфере деятельности субъектов естественных монополий осуществляется Законом о естественных монополиях, Законом о защите конкуренции, правовыми актами Правительства Российской Федерации, а также отраслевым федеральным законодательством.

Кроме того, закупочная деятельность субъектов естественных монополий, влияющая и на конкуренцию на рынках, где закупается продукция субъектами естественных монополий, и на величину издержек, а следовательно, и тарифов субъектов естественных монополий, регламентируется Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О за-

⁵⁵ См., например: *Попондопуло В.Ф., Макарова О.А.* Комментарий главы 1 Федерального закона «О защите конкуренции» (статьи 1–9) (Конкурентное право. 2012. № 3), где указывается на целесообразность включения в Закон о защите конкуренции нормы Закона о естественных монополиях, поскольку деятельность субъектов естественных монополий попадает в сферу регулирования Закона о защите конкуренции (кроме регулирования ценообразования и ценоприменения).

⁵⁶ См.: *Голомолзин А.Н., Цыганов А.Г.* Указ. соч. С. 243.

купках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»⁵⁷. Введение открытых процедур закупок субъектами естественных монополий в целях сокращения их издержек осуществлено по предложениям ФАС России⁵⁸.

Кроме того, регулирование вопросов, связанных с деятельностью субъектов естественных монополий, может осуществляться субъектами Российской Федерации, так как на них возложены функции по тарифному регулированию, например, в сферах водоснабжения, водоотведения, розничных рынков электроэнергии, теплоснабжения. На данный момент тарифное регулирование субъектов естественных монополий органами местного самоуправления не осуществляется. Однако в соответствии со ст. 50 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 06.10.2003 № 131-ФЗ в собственности поселений может находиться имущество, предназначенное для электро-, тепло-, газо- и водоснабжения населения, водоотведения, снабжения населения топливом, для освещения улиц населенных пунктов поселения. В процессе владения, пользования и распоряжения муниципальной собственностью органы местного самоуправления могут принимать решения, влияющие на регулирование деятельности субъектов естественных монополий в указанных сферах, например в ходе передачи имущества в пользование, утверждении программ развития, принятии решений о продаже имущества и др. К полномочиям органов местного самоуправления отнесены, к примеру, полномочия по согласованию инвестиционных программ организаций, осуществляющих регулируемые виды деятельности в сфере теплоснабжения⁵⁹.

В Законе о естественных монополиях такие термины и понятия, как товар, товарный рынок, группа лиц, хозяйствующий субъект, используются в значениях, указанных в Законе о защите конкуренции. При этом термины, характеризующие производственную деятельность субъектов естественных монополий, применяются в том значении, которым они наделены в отраслевом законодательстве. Например, определение понятия услуги по передаче тепловой энергии, отнесенной ст. 4 Закона о естественных монополиях к сфере деятельности субъектов естественных монополий, а также всех понятий, применяемых в сфере передачи

⁵⁷ СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571.

⁵⁸ См.: Битва за конкуренцию / под ред. И.Ю. Артемьева; сост. И.В. Кашунина. М.: ООО «ТМ-Менеджмент», 2009. С. 47.

⁵⁹ См.: ст. 5 Федерального закона от 07.07.2010 № 190-ФЗ «О теплоснабжении» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4159.

тепловой энергии, дано в Федеральном законе от 07.07.2010 № 190-ФЗ «О теплоснабжении».

Закон о естественных монополиях регулирует широкий спектр как материальных, так и процессуальных отношений в сфере деятельности субъектов естественных монополий. В частности, это процессуальные отношения, связанные с проведением проверок, введением, изменением или прекращением регулирования деятельности, рассмотрением дел о нарушениях закона, исполнением решений (предписаний) органов регулирования, обжалованием их решений.

Субъектами естественной монополии являются хозяйствующие субъекты, занятые производством (реализацией) товара в условиях естественной монополии. Закон закрепляет обязанности субъектов естественных монополий, корреспондирующие с правами потребителей их услуг (товаров, работ). Обязанности субъектов естественных монополий обеспечивают недопустимость отказа от заключения договоров, предоставление потребителям необходимой информации, доступ на товарные рынки, недискриминационный доступ к товарам и услугам, а также соблюдение прав потребителей и государственных органов (например, обязанность по ведению раздельного учета по видам деятельности).

Субъекты естественных монополий действуют только на товарных рынках — на финансовых рынках их по определению не может быть.

Законом о естественных монополиях к сферам деятельности естественных монополий отнесены:

- транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам;
- транспортировка газа по трубопроводам;
- железнодорожные перевозки;
- услуги в транспортных терминалах, портах и аэропортах;
- услуги общедоступной электросвязи и общедоступной почтовой связи;
- услуги по передаче электрической энергии;
- услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике;
- услуги по передаче тепловой энергии;
- услуги по использованию инфраструктуры внутренних водных путей;
- захоронение радиоактивных отходов;
- водоснабжение и водоотведение с использованием централизованных системы, систем коммунальной инфраструктуры.

Сферы деятельности субъектов естественных монополий не являются неизменными, а постоянно изменяются (дополняются). Долгое

время отсутствие в числе естественных монополий услуг в сфере ЖКХ подвергалось критике, и высказывалось мнение о необходимости распространить на эти услуги соответствующее регулирование⁶⁰. Например, лишь недавно отнесены к естественной монополии услуги по водоснабжению и водоотведению, при этом в условиях и характере деятельности субъектов в указанной области ничего не изменилось⁶¹.

Кроме того, дополнение естественно-монопольных сфер деятельности может осуществляться за счет судебной практики с применением системного расширительного толкования. Так, рядом судебных актов к отдельной естественно-монопольной сфере были отнесены услуги по технологическому присоединению к электрическим сетям. Однако постановлением Президиума ВАС РФ от 08.09.2009 № 6057/09 признана ошибочной точка зрения некоторых судов о том, что существует самостоятельный товарный рынок услуг по технологическому присоединению к электрическим сетям, отдельный от рынка услуг по передаче электрической энергии по этим сетям.

Закон о естественных монополиях не содержит критериев принятия решения о введении, изменении и прекращении регулирования. В качестве основания принятия подобных решений, скорее всего, должен выступать результат анализа состояния конкуренции на соответствующем товарном рынке⁶².

Таким образом, для характеристики естественно-монопольного вида деятельности необходимым является указание на рынок, находящийся в условиях естественной монополии, а также на вид работ, услуг, которые производятся, оказываются на таком рынке.

Сфера применения Закона о естественных монополиях охватывает отношения, связанные с выполнением важной задачи по демонополизации рынков. Так, в настоящее время по решению Правительства Российской Федерации в рамках реализации программы демонополизации рынка железнодорожных перевозок осуществляется переход от регулирования деятельности субъектов естественных монополий в сфере железнодорожных перевозок к регулированию деятельности субъектов естественных монополий в сфере предоставления услуг по использо-

⁶⁰ См.: Голомолзин А.Н., Цыганов А.Г. Указ. соч. С. 243; Писенко К.А., Цинделиани И.А., Бадмаев Б.Г. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации: курс лекций / под ред. С.В. Запольского. 2-е изд. М.: Статут, 2011.

⁶¹ Соответствующий пункт введен Федеральным законом от 06.12.2011 № 401-ФЗ // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7343.

⁶² См.: Голомолзин А.Н. Естественные монополии: что делать? // Научно-практический электронный журнал «Российское конкурентное право и экономика». 2012. № 3 (6).

ванию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования⁶³. При этом Закон о естественных монополиях устанавливает специальный запрет на сдерживание экономически оправданного перехода сфер естественных монополий из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка.

Закон о естественных монополиях содержит перечень методов регулирования субъектов естественных монополий, а также определяет органы, которые осуществляют государственный контроль за деятельностью этих субъектов. Так, контроль ценовыми методами за деятельностью субъектов естественных монополий осуществляют федеральный тарифный орган, региональные тарифные органы, а неценовыми методами — антимонопольные органы⁶⁴. К методам регулирования субъектов естественных монополий, кроме того, отдельно относят определение потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию, и (или) установление минимального уровня их обеспечения товарами, производимыми субъектами естественных монополий⁶⁵.

Сфера применения Закона о естественных монополиях распространяется на действия субъектов естественных монополий, которые могут привести к нарушению прав потребителей услуг субъектов естественных монополий, в том числе при осуществлении сделок по приобретению основных средств и акций (долей). В связи с этим Закон о естественных монополиях устанавливает контроль за сделками с основными средствами и акциями (долями) субъектов естественных монополий.

Так, в соответствии с ч. 12 ст. 10 Закона о теплоснабжении к долгосрочным параметрам государственного регулирования цен (тарифов) в сфере теплоснабжения относятся уровень надежности теплоснабжения, соответствующий долгосрочным инвестиционным программам организаций, осуществляющих регулируемые виды деятельности в сфере теплоснабжения, динамика изменения расходов, связанных с поставками соответствующих товаров, услуг, размер инвестированного капитала, норма доходности, сроки возврата инвестированного капитала, показатели энергосбережения и энергетической эффективности, реализация программ в области энергосбережения и повышения энергетической эффективности, разработанных в соответствии с законо-

⁶³ См. ч. 2 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

⁶⁴ См.: постановления Правительства РФ от 30.06.2004 № 331 «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе» и № 332 «Об утверждении Положения о Федеральной службе по тарифам».

⁶⁵ См.: *Паращук С.А.* // Предпринимательское право Российской Федерации: учебник / отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. С. 463.

дательством об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности, и иные долгосрочные параметры такого регулирования. Совершение сделок, изменяющих данные параметры, может приводить к изменению тарифов, что, в свою очередь, влияет на права потребителей услуг естественных монополий.

В сферу применения Закона о естественных монополиях включены отношения, связанные с применением института раскрытия информации о деятельности естественных монополий, содержащего стандарты раскрытия такой информации⁶⁶.

Данный институт обеспечивает необходимые условия для эффективной деятельности потребителей: доступность раскрываемой информации для неограниченного круга лиц; прозрачность деятельности субъектов естественных монополий; открытость регулирования деятельности субъектов естественных монополий; публичность условий реализации регулируемых товаров (работ, услуг) для потребителей (цена, качество, доступность, надежность); неограниченность доступа потребителей к регулируемым товарам (работам, услугам); публичность при разработке, согласовании, принятии и реализации инвестиционных программ (проектов инвестиционных программ). Институт раскрытия информации о деятельности естественных монополий является также необходимым условием для развития конкуренции среди потребителей.

В сферу применения Закона о естественных монополиях включены отношения по формированию и ведению реестра субъектов естественных монополий. Реестр задумывался как важный инструмент обеспечения регулирования субъектов естественных монополий. Однако он применялся лишь для ценовых методов регулирования.

По мнению В.С. Белых, для приобретения хозяйствующим субъектом правоспособности естественного монополиста необходим сложный юридический состав, включающий следующие элементы: а) отнесение вида деятельности к естественно-монопольному; б) фактическое осуществление лицом такого вида деятельности; в) легальность (правомочность) осуществления деятельности. На завершающей стадии формирования субъекта естественной монополии происходит его регистрация специальным уполномоченным органом посредством включения субъекта в соответствующий Реестр субъектов естественных монополий определенных видов деятельности⁶⁷.

⁶⁶ См.: постановление Правительства РФ от 21.01.2004 № 24 «Об утверждении стандартов раскрытия информации субъектами оптового и розничных рынков электрической энергии».

⁶⁷ *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2010 // СПС «Гарант».

Следует отметить, что для целей антимонопольного регулирования в настоящее время указанный реестр не является необходимым, носит избыточный характер, не отражает состояния рынков, так как ведется он неоперативно и в нем отсутствует большое количество сведений.

Кроме того, ввиду презумпции доминирования на товарном рынке субъекта естественной монополии для отношений в сфере защиты конкуренции, необходимость в таком реестре отсутствует⁶⁸.

Основные понятия

- *Антимонопольное законодательство*
- *Состав антимонопольного законодательства*
- *Сфера применения Закона о защите конкуренции*
- *Сфера применения Закона о естественных монополиях*

Вопросы для обсуждения

1. Какие нормативные акты можно отнести к антимонопольному законодательству?
2. Какова роль судебной практики в применении антимонопольного законодательства?

⁶⁸ Такая презумпция была подтверждена в постановлении Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

Основные понятия антимонопольного законодательства

В антимонопольном законодательстве используются специфические термины и понятия. Их содержание раскрывается непосредственно в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) — в ст. 4 «Основные понятия» и в ст. 5–9, посвященных отдельным понятиям. Этим российское антимонопольное законодательство отличается от зарубежного, где значение терминов зачастую устанавливается в прецедентных судебных решениях и подзаконных актах¹.

В соответствии со ст. 22 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган выполняет следующие основные функции:

а) контролирует соблюдение антимонопольного законодательства; выявляет нарушения в этой сфере и принимает меры по их прекращению, привлекает к ответственности. К числу нарушений относятся:

- *монополистическая деятельность* (А), а именно (п. 10 ст. 4 Закона):
 - злоупотребление *доминирующим положением* (Б);
 - запрещенные *соглашения, согласованные действия* (В);
- *недобросовестная конкуренция* (Г);

б) осуществляет государственный контроль за *экономической концентрацией* (Д).

Принимая соответствующие решения, антимонопольный орган руководствуется главным критерием (ст. 10, 11, 17; п. 1, 5 ч. 2 ст. 33 Закона) — доказан ли факт недопущения, устранения или ограничения *конкуренции* (Е). Под конкуренцией (п. 7 ст. 4 Закона) понимается такое соперничество *хозяйствующих субъектов* (Ж), при котором самостоятельные действия каждого из них исключают или ограничивают возмож-

¹ Такое раскрытие терминологии на уровне судебных решений или подзаконных актов приводит к тому, что в некоторых случаях за рубежом не обеспечивается ее единство для всей рассматриваемой отрасли законодательства. Например, в Европейском Союзе существуют судебные решения, определяющие понятие «хозяйствующий субъект» только для отдельных видов нарушений. Или: установленное в подзаконном акте понятие «группа лиц» применяется только для целей контроля экономической концентрации.

ность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем *товарном рынке* (3).

Рассмотрим указанные ключевые понятия (А—З)². Для более полного их раскрытия сравним их с аналогичными понятиями европейского и американского законодательств³, а также проанализируем развитие базовой терминологии в российском антимонопольном законодательстве 1991–2011 гг.

§ 1. Хозяйствующий субъект и группа лиц

Хозяйствующий субъект — индивидуальный предприниматель, коммерческая организация, а также некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход (п. 5 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

В предыдущей редакции Закона использовалась практически такая же формулировка, за исключением двух моментов: во-первых, особо подчеркивалось, что в число хозяйствующих субъектов включаются как российские, так и иностранные организации, а во-вторых, для некоммерческих организаций вместо критерия получения дохода использовался критерий осуществления предпринимательской деятельности.

В гражданском законодательстве предпринимательская деятельность определяется через получение прибыли⁴. Поэтому в судебной практике вопрос о том, на какие именно виды деятельности распространяется антимонопольное законодательство, обычно решался на основе двух критериев: извлекает ли некоммерческая организация доход и рассматривается ли он в соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации как прибыль, с которой взимается соответствующий налог⁵. В настоящее

² В ст. 4 Закона раскрывается более 20 понятий, однако большая часть из них имеет не концептуальный, а технический характер.

³ См.: Glossary of Terms Used in EU Competition Policy. Antitrust and Control of Concentrations // Directorate-General for Competition. European Commission, Brussels, 2002; Экономика предприятия. Конкурентное право и политика поощрения конкуренции: толковый словарь / сост. Р.С. Хеймани, Д.М. Шапиро; Организация экономического сотрудничества и развития. М.: Весь мир, 1997; ABA Section of Antitrust Law “Antitrust Law Developments”. 6th ed. American Bar Association, 2007; Jones A., Sufrin B. EC Competition. Law: Text, Cases and Materials. 3rd ed. Oxford University Press, 2008.

⁴ Согласно 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». В то же время Конституция (ч. 1 ст. 34) подчеркивает, что существует экономическая деятельность, отличающаяся от предпринимательской.

⁵ См., например: постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 18.03.2003 № КА-А40/1103-03-П.

время в антимонопольном законодательстве закреплена другая норма: в качестве основного критерия указан факт извлечения дохода, но сам он уже не определяется как прибыль.

Действительно, хозяйственная деятельность включает в себя предпринимательство, но не сводится к нему. В силу этого определение хозяйствующего субъекта, основанное на широком понимании хозяйственной деятельности, более точно совпадает с пониманием категории хозяйствующего субъекта в зарубежном конкурентном праве.

В Европейском Союзе понятие «хозяйствующий субъект» и вовсе не закреплено законодательно: его определение формировалось на основе судебных прецедентов. Доктрина конкурентного права за рубежом определяет понятие «хозяйствующий субъект» исключительно на функциональной основе.

Европейские законодатели признают «хозяйствующими субъектами» любых субъектов (вне зависимости от их правового статуса), вовлеченных в хозяйственную деятельность: лиц свободных профессий, торговые ассоциации, саморегулируемые организации, спортивные федерации, публичные образования. Исключение составляют только наемные рабочие и служащие. В решениях Европейского суда особо подчеркивается, что часть деятельности организации может подпадать под действие конкурентного права, а часть — нет.

Российское законодательство, в отличие от европейского, не игнорирует полностью правовой статус рассматриваемых субъектов. В результате возникают определенные проблемы, например, когда законодательство трактует какую-либо форму деятельности отдельных лиц как квазигосударственную. Так, Закон «О нотариате»⁶ особо подчеркивает, что деятельность частных нотариусов не является предпринимательской. По мнению отдельных исследователей, данное утверждение означает, что антимонопольное законодательство к нотариусам не должно применяться. Чтобы устранить такое толкование, законодатель внес в этот вопрос большую определенность в начале 2012 г.: 6 января 2012 г. вступил в силу Федеральный закон № 401-ФЗ, который отнес к хозяйствующим субъектам также «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». Такое определение хозяйствующего субъекта позволяет утверж-

⁶ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11.02.1993 № 4462-1 // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1993. № 10. Ст. 357.

дать, что в сферу применения российского антимонопольного законодательства включены и частные нотариусы.

Хотя в целом понятие «хозяйствующий субъект» в российском законодательстве соответствует существующему в доктрине европейского конкурентного права понятию *undertaking*, в одном аспекте они существенно отличаются друг от друга. В российском законодательстве отсутствует концепция единого экономического субъекта (*single economic entity*), или единого экономического интереса.

В доктрине европейского конкурентного права считается, что дочерние и родительские компании, которые являются самостоятельными юридическими лицами, следует рассматривать в качестве единого экономического субъекта, если дочерние компании не ведут себя независимо и не имеют реальной свободы в определении своего рыночного поведения. В этом случае меры государственного антимонопольного регулирования могут применяться не только к отдельным юридическим лицам, но и ко всем таким компаниям, действующим в едином экономическом интересе и составляющим «единый экономический субъект». Таким образом в конкурентном праве возникает понимание группы лиц как самостоятельного субъекта рынка.

Российское антимонопольное законодательство разделяет такое понимание. В прежнем российском законе о конкуренции однозначно указывалось, что *«положения настоящего Закона, относящиеся к хозяйствующим субъектам, распространяются на группу лиц»*⁷. Таким образом, как бы ставился знак равенства между «хозяйствующим субъектом» и «группой лиц». В действующем законодательстве эта формула звучит иначе: *«запреты на действия (бездействие) хозяйствующего субъекта, хозяйствующих субъектов распространяются на действия (бездействие) группы лиц»* (ч. 2 ст. 9 Закона о защите конкуренции). С одной стороны, речь здесь идет исключительно о запретах, с другой — по тексту Закона, там где говорится о требованиях, практически везде используется формула *«хозяйствующий субъект (группа лиц)»*, т.е. понятие «хозяйствующий субъект» дополняется понятием «группа лиц». Поэтому в российском антимонопольном законодательстве группа лиц фактически рассматривается точно так же, как и отдельный хозяйствующий субъект.

Понятие *«группа лиц»* подробно раскрывается в ст. 9 Закона о защите конкуренции. Сделано это на основе закрытого перечня формальных признаков (критериев) распорядительного, управленческого, организационно-правового, родственного, а также смешанного характера, ко-

⁷ Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-І «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

торым должны удовлетворять отношения между лицами, чтобы их совокупность признавалась группой лиц.

В отличие от зарубежной практики качественное определение понятия «группа лиц» при этом отсутствует, а требование о едином экономическом интересе или контроле не сформулировано. Закрепленные же критерии таковы, что сформированная в соответствии с ними группа лиц может иметь несколько контролирующих центров. По сути, российский законодатель исходит из определения группы лиц как устойчивого формирования, способного вести скоординированную политику на определенном рынке, а не контролируемого из единого центра структурного образования.

В исследованиях, посвященных сравнительному анализу российского и европейского конкурентного права также отмечается, что «принятый в российском антимонопольном законодательстве перечень критериев квалификации группы лиц обладает специфическими свойствами; в чем-то он предполагает более широкую, а в чем-то — более узкую трактовку критерия принадлежности к группе. В европейской практике не принято выделять критерии для включения в группу лиц, связанные с контролем, основанным на “личной унии”»⁸.

Критерии формирования группы лиц, закрепленные в настоящее время в Законе о защите конкуренции, приведены в таблице 3.1.

Таблица 3.1

Критерии формирования группы лиц

Пункты ч. 1 ст. 9	Критерий	Содержание
1	Распорядительный характер	Хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо имеет в силу своего участия в этом хозяйственном обществе (товариществе, хозяйственном партнерстве) либо в соответствии с полномочиями, полученными, в том числе на основании письменного соглашения, от других лиц, более чем пятьдесят процентов общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства)

⁸ Авдашева С.Б., Шаститко А.Е. Экономический анализ конструкции «группа лиц» в контексте антимонопольного регулирования / Российско-европейский центр экономической политики. М., 2005.

Пункты ч. 1 ст. 9	Критерий	Содержание
2	Управленческий характер	Хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо осуществляет функции единоличного исполнительного органа этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства)
3		Хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо на основании учредительных документов этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства) или заключенного с этим хозяйственным обществом (товариществом, хозяйственным партнерством) договора вправе давать этому хозяйственному обществу (товариществу, хозяйственному партнерству) обязательные для исполнения указания
4		Хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство), в котором более чем пятьдесят процентов количественного состава коллегиального исполнительного органа и (или) совета директоров (наблюдательного совета, совета фонда) составляют одни и те же физические лица
5		Хозяйственное общество (хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица назначен или избран единоличный исполнительный орган этого хозяйственного общества (хозяйственного партнерства)
6		Хозяйственное общество и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица избрано более чем пятьдесят процентов количественного состава коллегиального исполнительного органа либо совета директоров (наблюдательного совета) этого хозяйственного общества
7	Родственный характер	Физическое лицо, его супруг(а), родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры
8	Смешанный характер	Лица, каждое из которых по какому-либо из указанных в п. 1–7 настоящей части признаков входит в группу с одним и тем же лицом, а также другие лица, входящие с любым из таких лиц в группу по какому-либо из указанных в п. 1–13 настоящей части признаков

Пункты ч. 1 ст. 9	Критерий	Содержание
9	Смешанный характер	Хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство), физические лица и (или) юридические лица, которые по какому-либо из указанных в п. 1–8 настоящей части признаков входят в группу лиц, если такие лица в силу своего совместного участия в этом хозяйственном обществе (товариществе, хозяйственном партнерстве) или в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, имеют более чем пятьдесят процентов общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства)

Смысл критерия, отраженного в п. 9 ч. 1. ст. 9, заключается в том, чтобы даже в случае распыления контроля между несколькими дочерними компаниями можно было признать факт установления контроля со стороны компании *A* над компанией *F* (рис. 3.1).

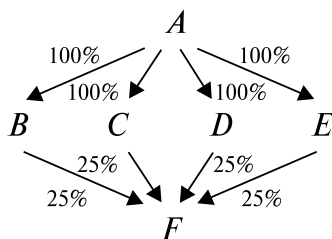


Рис. 3.1

Смысл критерия, установленного в п. 8, заключается в том, что если компания *A* контролирует компанию *B*, а компания *B* контролирует компанию *C*, это значит, что компании *A*, *B* и *C* входят в одну группу лиц. В настоящее время в определении термина «группа лиц» в ст. 9 Закона не используется понятие контроля (экономического интереса), однако критерий п. 8 позволяет устанавливать группы связанных между собой лиц, которые имеют общие интересы, и при этом — несколько центров контроля (рис. 3.2).

В примере 1 компания *B* является дочерней компанией *A*, компания *D* — дочерней компанией *C*. Компания *E* исполняет функции единоличного исполнительного органа в компаниях *B* и *D*. В соответствии с нормами Закона о защите конкуренции все эти пять компаний будут призна-

ны одной группой лиц, несмотря на то что компании *A* и *C* друг от друга независимы. Это пример группы с несколькими центрами контроля.

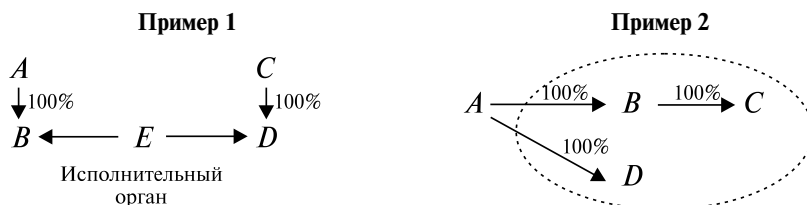


Рис. 3.2

В примере 2 компании *B*, *C* и *D* входят в одну группу лиц, хотя компании *B* и *C* не оказывают влияния на компанию *D*. В данном случае налицо единый центр контроля — компания *A*.

В первоначальном проекте закона «О защите конкуренции» (он был разработан ФАС России в 2004–2005 гг., широко обсуждался научной и предпринимательской общественностью и вносился на рассмотрение Правительства Российской Федерации) группа лиц была определена как «группа юридических и (или) физических лиц, действующих на товарном рынке в едином экономическом интересе». Далее шло перечисление условий, при выполнении которых считается, что лица объединены единым экономическим интересом. Однако в ходе рассмотрения и принятия закона в него вносили поправки, и из проекта эта формула была исключена.

Важной задачей совершенствования антимонопольного законодательства является сокращение числа и уточнение критериев, на основании которых устанавливается факт образования группы лиц.

Вступивший в силу 6 января 2012 г. Федеральный закон № 401-ФЗ ввел в антимонопольное законодательство понятие контроля одного хозяйствующего субъекта над другим. Закон о защите конкуренции понимает под **контролем** наличие у физического или юридического лица возможности прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

- 1) распоряжения более чем 50% общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;
- 2) осуществления функций исполнительного органа юридического лица.

Российское антимонопольное законодательство использует понятие контроля лишь для вычленения круга соглашений, на которые

не распространяются запреты, установленные в ст. 11 Закона о защите конкуренции.

В определении группы лиц (критерий п. 1) также следует обратить внимание на то, что раньше (до вступления в силу Закона о защите конкуренции в 2006 г.) понятие «группа лиц» не ограничивалось правом распоряжения акциями или долями только хозяйственных обществ или товариществ. Контроль мог распространяться на любое юридическое лицо вне зависимости от того, является ли оно обществом, товариществом или компанией. Существующая норма Закона такова, что включение в группы лиц иностранных компаний, не соответствующих закреплённому в ГК РФ понятию «хозяйственное общество (товарищество)», может вызывать проблемы.

§ 2. Товар и товарный рынок

Товарный рынок — 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 (п. 4 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Для того чтобы это понятие стало более ясным, конкретизируется, что:

товар — объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (п. 1 ст. 4);

взаимозаменяемые товары — товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях) (п. 3 ст. 4).

За всей этой громоздкой конструкцией скрывается простая идея: товар — это то, что потребитель признает товаром и не готов заменить на иную продукцию. Если потребитель готов заменить одну продукцию на другую, кардинально отличающуюся от нее по характеристикам (например, молоко на чай), то эти виды продукции составляют группу взаимозаменяемых товаров и определяют так называемые *продуктовые границы рынка*. Если покупатель не готов заменить товар на аналогич-

ный (например, кефир на йогурт), то эти товары признаются обращающимися на различных рынках. Таким образом, в центре определения «товарный рынок» находится субъективное мнение потребителя, выявить которое — задача антимонопольного органа.

Формулировка, касающаяся *«экономической, технической и иной»* возможности либо целесообразности приобретения товара призвана решить проблему исключения ситуаций, когда экономическая возможность (продавец, доступная цена) имеется, а техническая (наличие транспорта, соответствие товара утвержденным спецификациям) — отсутствует. Либо наоборот, техническая возможность приобретения имеется, а экономическая — отсутствует. На наш взгляд, достаточно было бы указать только «экономическую целесообразность» (приобретать товар, не имея возможности его использовать, априори невыгодно), но законодатель счел более эффективным на уровне введения основных понятий оговорить случай с отсутствием технической возможности.

Приведенное выше определение не только устанавливает диктат потребителя, но и, что очень важно, вводит понятие *географических границ рынка*, т.е. указывает, что рынок локализован в пространстве. Таким образом, молоко, продаваемое в одном районе, и молоко, продаваемое в другом районе, могут рассматриваться покупателем как разные товары.

Определения «товарный рынок» и «товар», которые дает Закон о защите конкуренции, существенным образом отличаются от общепринятых значений этих терминов. Так, компании зачастую называют «рынком» тот географический район, в котором они продают свою продукцию, или — в более широком смысле — отрасль или сектор, к которым они относятся. В рамках экономической науки под рынком понимается область «единой цены», где выравнены спрос и предложение. С точки зрения антимонопольного же законодательства на товарном рынке может существовать определенный разброс цен. Вместе с тем такое юридическое определение не снимает главную проблему: как выявить мнение покупателя (потребителя)? Кроме того, как правило, существует группа покупателей (потребителей), предпочтения которых отличаются от выбора большинства. Какое решение должен принять антимонопольный орган, если часть покупателей готова заменить первый товар вторым, а другая — нет? Как быть, если часть покупателей готова покупать товар за пределами рассматриваемой географической зоны, а другая — нет?

Здесь на первое место выходит *процедура определения границ товарного рынка* антимонопольным органом. В Европейском Союзе она установлена в ненормативном правовом акте — Уведомлении Комиссии Европей-

ского сообщества об определении соответствующего рынка для целей законодательства Сообщества о конкуренции (97/С 372/03), в США — в Руководстве по горизонтальному слиянию компаний (Horizontal Merger Guidelines), утвержденном совместно Министерством юстиции США и Федеральной торговой комиссией США. В Российской Федерации в настоящее время действует приказ Федеральной антимонопольной службы от 28.04.2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».

Закрепленное в Законе о защите конкуренции определение товарного рынка на основе взаимозаменяемости по спросу полностью соответствует европейскому законодательству и европейской судебной практике. Прецедентные решения Европейского суда по делу *United Brands*, а также по делу *Michelin* установили, что при определении границ рынка в основе решения должно лежать именно мнение покупателя. Этот подход несколько отличается от американского, где при определении товарного рынка следует также учитывать взаимозаменяемость предложения и потенциальную конкуренцию.

Обращает на себя внимание, что Уведомление Комиссии Европейского сообщества об определении соответствующего рынка, следуя нормам американского антимонопольного законодательства, вводит в Европейском Союзе процедуру определения товарного рынка, частично противоречащую трактовке этого понятия Европейским судом. Уведомление Комиссии Европейского сообщества устанавливает следующее:

«Определение рынка является средством выявления и установления границ конкуренции между фирмами... Задачей определения рынка является систематическое установление факторов, сдерживающих конкуренцию... выявление... конкурентов участвующих в конкуренции предприятий, которые способны затруднить поведение таких предприятий и не позволить им вести себя независимо... Фирмы находятся под воздействием трех главных источников ограничения: заменяемость спроса, заменяемость предложения и потенциальная конкуренция. ...Заменяемость спроса представляет собой... возможность легко переключиться на доступные заменители ее товара или на поставщиков, которые расположены в другом месте. Заменяемость предложения... означает, что поставщики способны переключить производство на соответствующие товары и продать их за короткий срок без существенных дополнительных затрат или рисков... Когда заменяемость предложения предполагает необходимость существенной корректировки материальных и нематериальных активов, дополнительных капиталовложений, стратегических решений или отсрочек по времени, она не рассматривается на этапе определения рынка. Третий источник ограничения — потен-

циальная конкуренция — ...анализируется только на одном из последующих этапов, как правило, когда положение компаний, осуществляющих деятельность на соответствующем рынке, уже установлено, и когда это положение вызывает беспокойство с точки зрения конкуренции»⁹.

Таким образом, помимо заменяемости по спросу, что рассматривается и в российском законодательстве, в европейском праве при определении границ рынка учитывается также заменяемость по производству, так как задачей определения границ рынка является установление факторов, сдерживающих конкуренцию.

Российское антимонопольное законодательство не содержит понятий «конкурентные ограничения» (competitive constraints), а именно «взаимозаменяемость по производству» и «потенциальная конкуренция», таким образом, анализ одного и того же рынка, скорее всего, даст результаты, отличающиеся от зарубежных.

Отметим, что в европейском законодательстве (Уведомление) подчеркивается, что анализы рынка, цель которых — установить факт экономической концентрации либо факт нарушения антимонопольного законодательства, могут различаться: «Методология, однако, может привести к различным результатам в зависимости от характера исследуемого вопроса конкуренции. Например, размеры географического рынка могут быть разными при анализе концентрации, если анализ носит перспективный характер, и при анализе поведения в прошлом. Различные временные аспекты, рассматриваемые в каждом из случаев, могут привести к тому, что разные географические рынки будут определены для одних и тех же товаров в зависимости от того, изучается ли Комиссией изменение в структуре поставок (например, концентрация или кооперативное совместное предприятие) или изучаются вопросы, связанные с поведением в прошлом»¹⁰.

§ 3. Конкуренция и признаки ее ограничения

***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 (п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции).*

⁹ Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law. 97/C 372/03. Para 2, 13, 20, 24.

¹⁰ Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law. 97/C 372/03. Para 12.

Очевидно, что в основе этого юридического определения лежит экономическая концепция **совершенной конкуренции** — такой формы организации рынка, при которой ни продавцы, ни покупатели не могут оказать влияние на цену. Причины — большое количество участников рынка и их малый размер (объемы спроса и предложения даже наиболее крупных покупателей и продавцов ничтожно малы относительно масштабов рынка), однородная продукция, свобода входа в отрасль (на рынок) и выхода из нее (ухода с рынка), наличие у всех участников рынка полной информации о его характеристиках.

К сожалению, таких «идеальных» рынков в реальном мире не существует. Поэтому в Законе не случайно говорится, что возможность воздействовать на общие условия обращения товаров не просто исключается, но ограничивается.

К сожалению, определение такого важного понятия, как общие условия обращения товаров, в Законе отсутствует.

Часть 1 ст. 129 ГК РФ «Оборотоспособность объектов гражданских прав» утверждает, что *«объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) либо иным способом, если они не изъяты из оборота или не ограничены в обороте»*. Таким образом, в понимании конкурентного права оборот — это товарообмен, т.е. отношения, связанные с переходом от одних лиц к другим материальных и иных благ, имеющих экономическую форму товара.

Представляется, что важнейшим общим условием обращения (оборота) товаров является свобода совершения сделок по их продаже и приобретению, в том числе свобода установления цены. Цена товара в соответствии с п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции признается одним из общих условий обращения товара на товарном рынке.

Существенное правовое значение имеют также следующие **элементы определения понятия конкуренции**:

- **конкуренция** — это **соперничество**, т.е. приобретение субъектами предпринимательства преимуществ в своей деятельности (как правило, это получение прибыли посредством привлечения спроса покупателей и удовлетворения их потребностей);

- **конкуренция** — это **совершение самостоятельных действий**, так как достаточно большое число участников рынка не исключает возможность координации своих действий или воздействия каких-либо внешних обстоятельств;

- **конкуренция** — это **действия**, т.е. связанные с волей участников оборота поступки, порождающие гражданско-правовые последствия.

Конкурентные действия как методы осуществления предпринимательской деятельности подразделяются на **ценовые** (снижение цен для привлечения покупателей) и **неценовые** (улучшение качества и потребительских свойств товаров, реклама).

Несмотря на то что сформулированное определение стремится к понятию «совершенная конкуренция», оно имеет конкретную правовую интерпретацию: в условиях конкуренции на рынке отсутствуют хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение. Цена товара (а также иные общие условия его обращения) на таком рынке не может быть установлена кем-либо из участников рынка на монопольно высоком или монопольно низком уровне, поскольку в этом случае продавцы и покупатели легко переключаются на других контрагентов, а хозяйствующий субъект, попытавшийся установить такую цену, понесет убытки.

Отметим, что такое жесткое и достаточно идеализированное понимание конкуренции в российском антимонопольном законодательстве существенно отличается от американского и европейского подходов. В США, когда принимались Акт Шермана¹¹ и Акт Клейтона¹², речь шла о ликвидации монополий и ограничений в торговле. В Европейском Союзе ст. 102 (ранее — ст. 82) Договора об учреждении ЕС содержит конкретные запреты для компаний, занимающих доминирующее положение, а ст. 101 (ранее — ст. 81) прямо запрещает «...все соглашения между предприятиями, решения ассоциаций предприятий или согласованные действия, которые могут повлиять на торговлю между государствами-участниками и которые имеют своей целью предотвращение, ограничение или искажение конкуренции на общем рынке».

В деле *Metro*¹³ Европейский суд определил: неискаженная (свободная) конкуренция, предусмотренная договором, предполагает, что на рынке существует «работающая» конкуренция (*workable competition*). Иначе говоря, уровень конкуренции таков, что обеспечивает соблюдение базовых принципов и целей договора, в частности, создание на общеевропейском рынке условий не хуже, чем на национальном.

Важное значение этого определения заключается в том, что суд признал возможность существования рынков, на которых степень и уровень конкуренции могут варьироваться. Это соответствует экономической концепции **эффективной конкуренции**, предполагающей, что такая конкуренция возникает тогда, когда покупатели и продавцы действуют

¹¹ Sherman Act. 1890. Ch. 647, 26 Stat. 209; 15 U.S.C. § 1–7.

¹² Clayton Act. 1914. Pub. L. 63–212, 38 Stat. 730; 15 U.S.C. § 12–27.

¹³ ECJ. *Metro v. Commission* [1977] ECR 1875 (1905). Para 20.

независимо, даже при условии, что их мало (т.е. рынок не является совершенно конкурентным), и результат их взаимодействия совпадает с тем, который был бы на конкурентном рынке. До сих пор идут дискуссии о том, является или не является это уникальное решение Европейского суда интеграцией экономической концепции «эффективной конкуренции» в конкурентное право ЕС. Однако Европейский суд в других своих решениях многократно подчеркивал роль независимого принятия решений фирмами на рынке как достаточного условия существования конкуренции.

Понятие «эффективная конкуренция» в европейском конкурентном праве, кстати, используется также в *Регламенте ЕС о слияниях*¹⁴. Этот документ запрещает экономическую концентрацию, создающую или усиливающую доминирующее положение, в результате которого значительно ухудшится эффективная конкуренция.

Российское законодательство не содержит качественных признаков конкуренции. Более того, законодатель еще больше формализовал понятие конкуренции и ввел термин ***признаки ограничения конкуренции***.

В качестве таковых в п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции названы:

- *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 от самостоятельных действий* на товарном рынке хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц;
- *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.

Федеральным законом от 06.12.2011 № 401-ФЗ перечень признаков ограничения конкуренции пополнился следующим:

¹⁴ Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings (the EC Merger Regulation) // OJ. L 24/1. 29 January 2004.

- *«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».*

Поскольку, как уже говорилось, в основе понятия «конкуренция» в Законе лежит идеалистическая концепция «совершенной конкуренции», неудивительно, что этот список открывается структурным признаком — сокращением числа хозяйствующих субъектов, действующих на рынке. Такой признак, кстати, формально дает право антимонопольному органу запретить любую сделку по слиянию и поглощению, так как она априори будет вести к уменьшению числа независимых хозяйствующих субъектов.

Российское законодательство тяготеет к пониманию конкуренции времен разукрупнения монополий, когда структура рынка по типу «совершенной конкуренции» считалась эффективной. Современная же экономическая наука отдает приоритет модели олигополии, когда новой задачей антимонопольной политики становится поддержание надлежащего уровня конкуренции между крупными компаниями.

§ 4. Монополистическая деятельность и недобросовестная конкуренция

В соответствии с установленными законодательством функциями антимонопольный орган выявляет и привлекает к ответственности за два основных типа нарушений: монополистическую деятельность и недобросовестную конкуренцию.

Недобросовестная конкуренция — *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. 10 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Недобросовестная конкуренция не воздействует на товарный рынок в целом, она является односторонним незаконным поведением отдельных компаний с целью причинить вред конкурентам. Содержание понятия «недобросовестная конкуренция» раскрывается в ст. 14 Закона — это распространение ложных сведений, введение в заблуждение в

отношении товара, некорректное сравнение товаров, введение в оборот товара с незаконным использованием средств индивидуализации, незаконное использование коммерческой тайны и т.д.

Монополистическая деятельность — злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью (п. 10 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Таким образом, российское антимонопольное законодательство включает в содержание монополистической деятельности как собственно монополизацию, одностороннее запрещенное поведение занимающей доминирующее положение компании (монополии), так и антиконкурентные соглашения между соперничающими хозяйствующими субъектами. Более того, под данное определение подпадают и соглашения хозяйствующих субъектов с органами власти.

В доктрине конкурентного права эти два вида нарушений, как правило, рассматриваются абсолютно самостоятельно и независимо друг от друга. И точно так же, как модифицируется из-за развития олигополистических структур в экономике понятие конкуренции (от «совершенной» к «эффективной»), изменяются базовые понятия «доминирующее положение» и «антиконкурентные соглашения». В настоящее время активно развиваются концепции коллективного доминирования и согласованных действий, в основе которых лежит современное экономическое понимание олигополии.

1. Злоупотребление доминирующим положением¹⁵

Доминирующее положение — положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким 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 (ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции). Ст. 5 содержит не только определение доми-

¹⁵ Подробнее о злоупотреблении доминирующим положением см. в гл. 5 настоящего учебника.

нирующего положения, но и перечень структурных признаков рынка (доли компаний на рынке, возможности доступа на рынок), при которых положение хозяйствующего субъекта признается доминирующим. Вместе с тем хозяйствующий субъект (ч. 4 ст. 10 Закона) имеет право представлять в антимонопольный орган или в суд доказательства того, что его положение на товарном рынке не может быть признано доминирующим. П. 1 ч. 1 ст. 10 Закона говорит о том, что даже положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара превышает 50%, может быть признано недоминирующим. Таким образом, *решающим фактором в определении доминирующего положения является именно возможность хозяйствующего субъекта влиять на общие условия обращения товара.*

Данный подход соответствует доктрине американского антitrustовского законодательства. В США точка зрения судов, по сути, сводится к следующему: если компания осуществляла незаконные действия — препятствовала выходу конкурентов на рынок, устанавливала монопольно высокие или монопольно низкие цены — значит, она имела доминирующее положение. Если доказательств таких действий нет, учитывается доля рынка и наличие барьеров. В Европейском Союзе ситуация иная. В ставшем прецедентным деле *Hoffmann — La Roche*¹⁶ суд высказался следующим образом:

«Доминирующее положение основывается на положении экономической силы хозяйствующего субъекта, которое позволяет предотвращать эффективную конкуренцию на рассматриваемом товарном рынке, что дает ему власть вести себя независимо от конкурентов, покупателей и потребителей.

Такое положение не исключает определенной конкуренции, которая существует при монополии или квазимонополии, но позволяет хозяйствующему субъекту, пользующемуся таким положением, если не определять, то, по крайней мере, оказывать существенное влияние на условия развития конкуренции и в любом случае действовать в основном без ее учета, пока такое поведение не начинает приносить ущерб».

Таким образом, в европейском конкурентном праве мы видим очевидную параллель с концепцией «эффективной конкуренции» и явное указание: вместо того чтобы доказывать факт влияния компании на другие хозяйствующие субъекты, достаточно показать независимость ее действий от действий конкурентов и покупателей.

¹⁶ Case 85/76. *Hoffmann — La Roche & Co AG v. Commission* [1979]. ECR 461. [1979] 3 CMLR 211.

Хотя в Законе о защите конкуренции соответствующий самостоятельный термин отсутствует, Закон инкорпорировал важную новацию европейского антимонопольного законодательства — концепцию коллективного доминирования (*от англ. collective dominance*). В зарубежной литературе его также иногда называют олигополистическим доминированием (*oligopolistic dominance*), или совместным доминированием (*joint dominance*). **Коллективное доминирование** — это ситуация, когда доминирующее положение на рынке имеют совместно две или более независимые компании. Европейское законодательство изначально содержало запрет на злоупотребление доминирующим положением, которое занимает один или несколько хозяйствующих субъектов. Традиционно это трактовалось как злоупотребление доминирующим положением группой лиц, однако в 1990-е годы европейские суды согласились, что это положение договора о создании Европейского Союза можно интерпретировать как возможность для нескольких независимых хозяйствующих субъектов занять доминирующее положение.

В Европе нет четкого законодательного закрепления того, что признается коллективным доминирующим положением. Это определяется в каждом конкретном случае в индивидуальном порядке. Однако по данному вопросу существует уже достаточно большое количество решений как антимонопольных органов, так и судов. В таких решениях сформирован корпус критериев (признаков), позволяющих выделить рынки, для которых характерно коллективное доминирование.

В американской практике понятию коллективного доминирования соответствует понятие совместной монополии (*shared monopoly*). Однако суды традиционно не соглашались с такой концепцией и предпочитали расширительно трактовать понятие картеля (соглашений и согласованных действий).

В России смысл термина «злоупотребление доминирующим положением» раскрывает ст. 10 Закона о защите конкуренции. Она запрещает действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц. В статье также указаны конкретные запрещенные действия, а именно: установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара; изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара; создание дискриминационных условий; создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам.

2. Антиконтентные соглашения и согласованные действия¹⁷

Соглашение — договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (п. 18 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Различаются соглашения письменные и устные, тайные и явные, вертикальные и горизонтальные.

Вертикальное соглашение — соглашение между хозяйствующими субъектами, которые не конкурируют между собой, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом (п. 19 ст. 4). Соответственно **горизонтальное соглашение** — это соглашение между конкурирующими друг с другом хозяйствующими субъектами (хотя такой термин в самом Законе отсутствует).

Согласованные действия — действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий: 1) результат таких действий соответствует интересам каждого из хозяйствующих субъектов; 2) действия заранее известны каждому из них в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий; 3) действия каждого из хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке (ч. 1 ст. 8). Закон приводит примеры таких обстоятельств: изменение регулируемых тарифов, цен на сырье, цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса. Ч. 2 ст. 8 указывает: «совершение хозяйствующими субъектами действий по соглашению не относится к согласованным действиям», — разграничивая тем самым согласованные действия и соглашения.

До 2006 г. российское законодательство не содержало понятия согласованных действий, что вызывало противоречия в судебной практике.

В отличие от соглашений, ограничивающих конкуренцию, согласованные действия не предполагают наличия каких-либо предварительных договоренностей между их участниками. Закон допускает, что сам характер таких действий (необоснованное повышение цены, установление ценовых зон, дискриминация отдельных групп потребителей и т.п.) предполагает предоставление иным хозяйствующим субъектам информации достаточной, для принятия решения о возможности (успешности) согласованных действий.

¹⁷ Подробнее об антиконтентных соглашениях и согласованных действиях см. в гл. 6 настоящего учебника.

Здесь российское законодательство, как и в случае с коллективным доминированием, инкорпорировало концепцию европейского конкурентного права, оправдывающую антимонопольное регулирование олигополистических рынков.

Законодательство о создании Европейского Союза запрещает «согласованные действия» (concerted practices), отличающиеся от соглашений как таковых. Данный термин не был изначально определен в Римском договоре — его правовое содержание определялось в решениях судов. В основе этих решений лежала экономическая концепция **тайного или «молчаливого» сговора (tacit collusion)**. В экономической науке под **«молчаливым» сговором** понимается *такая рыночная ситуация, когда участники олигополии, не вступая в сговор, одинаково принимают, ориентируясь друг на друга, свои решения таким образом, что рыночная цена оказывается более высокой, чем в условиях конкуренции*. Высокой настолько, как если бы на рынке существовал картель. Вместе с тем Европейский суд подчеркивал, что одинаковые (параллельные) действия сами по себе не являются запрещенными согласованными действиями, а в качестве обстоятельств, доказывающих совершение компаниями антиконкурентных согласованных действий, указывал на наличие информационного взаимодействия (дело *Dyestuffs*) и отсутствие других причин для объяснения (дело *Wood Pulp*).

Как соотносятся понятия согласованных действий, параллельных действий (parallel behavior) и «молчаливого» сговора, использующиеся в европейском конкурентном праве показано на рис. 3.3.

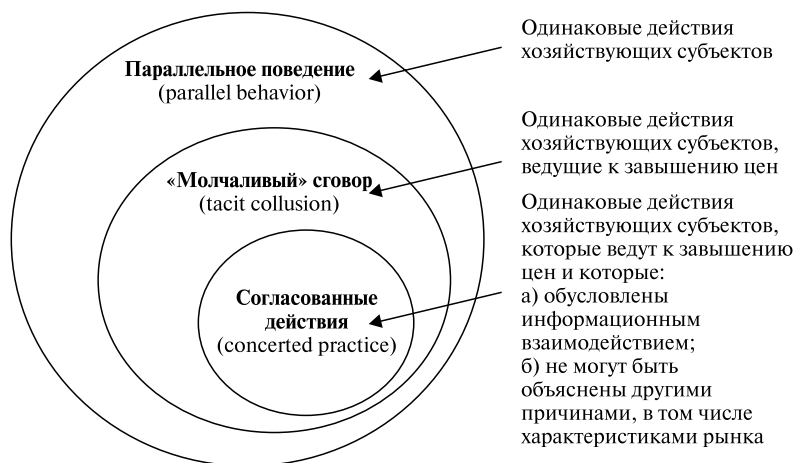


Рис. 3.3

Очевидно, что в российском антимонопольном законодательстве есть лакуна: не урегулировано понятие *параллельное поведение*. Эту проблему частично решил Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, который указал, что «о согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин» (курсив мой. — Д. А.)¹⁸.

Запрещенные (антиконкурентные) соглашения и согласованные действия перечислены в ст. 11 Закона «Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов».

В частности, запрещены соглашения и согласованные действия, которые приводят или могут привести к установлению или поддержанию цен, разделу товарного рынка по территориальному принципу, отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями, навязыванию контрагенту невыгодных условий договора, необоснованному установлению различных цен на один и тот же товар, созданию препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам. Этот перечень прямо запрещенных действий практически полностью совпадает с перечнем действий, являющихся составом для злоупотребления доминирующим положением.

§ 5. Экономическая концентрация

Экономическая концентрация — сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции (п. 21 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Очевидно, что это понятие очень широкое. По большому счету, все сделки и действия компаний так или иначе влияют на рыночную ситуацию. Но такой термин важен для контроля за экономической концентрацией — когда антимонопольный орган рассматривает и одобряет сделки (и действия) компаний. Данное определение экономической концентрации было бы невозможно применить на практике, если бы Закон не содержал перечня конкретных сделок, являющихся объектом контроля.

Таким образом, в российском законодательстве в очередной раз используется терминология европейского конкурентного права (в амери-

¹⁸ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». П. 2.

канском антитрестовском законодательстве термин «экономическая концентрация» отсутствует, речь идет исключительно о «слияниях»). Однако по своему содержанию российский термин «экономическая концентрация» оказывается ближе к американским, а не к европейским аналогам.

В Европейском Союзе термин «концентрация» определен в ст. 3 Регламента ЕС о слияниях. Под концентрацией здесь понимается изменение контроля на долгосрочной основе, обусловленное: (а) слиянием двух или более ранее независимых хозяйствующих субъектов или их подразделений; либо (б) установлением одним или несколькими лицами, уже контролирующими один или несколько хозяйствующих субъектов, прямого или косвенного контроля над хозяйствующим субъектом (хозяйствующими субъектами) или его частью путем приобретения ценных бумаг, активов, на договорной или любой другой основе. Здесь центральным понятием концентрации является именно *переход контроля*.

К важным элементам этого определения относится также условие *долгосрочной основы осуществления контроля*. В связи с этим особо оговаривается, что приобретение ценных бумаг кредитными или финансовыми организациями с целью перепродажи, а также передача полномочий по управлению компанией ликвидаторам в связи с процедурой банкротства концентрацией не являются¹⁹.

В американском законодательстве термин «экономическая концентрация» отсутствует. В подзаконных актах (Руководство по горизонтальному слиянию²⁰) используется термин «рыночная концентрация» (market concentration). В действующем Руководстве он как понятие не раскрывается, но в предшествующем акте под рыночной концентрацией понималась зависимость от «*числа фирм на рынке и их относительных долей рынка*».

*Акт Харта — Скотта — Родино*²¹, которым внесены изменения в Акт Клейтона, говорит о контроле слияний (mergers), когда лицо прямо или косвенно приобретает ценные бумаги с правом голоса или активы. В российском законодательстве «слияние» — это присоединение одного юридического лица к другому юридическому лицу в соответствии с передаточным актом. Законодательство США трактует понятие merger более широко: зачастую оно обозначает одновременно и «слияние» и

¹⁹ Международная конкурентная сеть, Рабочая группа по слияниям — Подгруппа по уведомлению и процедуре. VI Ежегодная конференция МКС «Определение сделок по слиянию компаний в целях антимонопольного контроля слияний». Москва. Май-июнь 2007 г.

²⁰ U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. Issued: 19 August 2010.

²¹ The Hart — Scott — Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 // Public Law. 94—435.

«приобретение». Видимо, именно поэтому российский законодатель стал использовать термин «экономическая концентрация» в качестве родового понятия.

В зависимости от характера конкуренции между объединяющимися компаниями «слияния» в американском (а вслед за ним и в европейском) праве принято разделять на три категории: горизонтальные, вертикальные и конгломератные (см. американское *Руководство по негоризонтальному слиянию*²², европейское *Руководство по оценке негоризонтальных слияний компаний*²³).

Горизонтальное слияние (horizontal merger) происходит, когда объединяются два конкурента. Вертикальное слияние (vertical mergers) — это объединение компаний, имеющих взаимоотношения покупателя и продавца в цепочке создания стоимости. Конгломератное слияние (conglomerate merger) происходит, когда компании не являются конкурентами и не находятся в отношениях покупателя и продавца. Отметим, что границы между конгломератными и горизонтальными, а также между конгломератными и вертикальными соглашениями очень зыбкие. Сложность представляют, в частности, слияния компаний, производящих ограниченно взаимозаменяемые товары. Это относится и к случаям, когда покупатель совместно использует (допустим, в производстве) товары *A* и *B*, выпускаемые разными компаниями. И если компания, поставляющая ему товар *A*, будет сама закупать товар *B* и продавать комплект *A + B*, то отношения компаний-производителей *A* и *B* будут уже не конгломератными, а вертикальными.

В экономической науке выделяют:

- чистые конгломератные слияния — когда компании не имеют ничего общего между собой;
- слияния с расширением продуктовой линейки (product line extension mergers) — объединения компаний, имеющих похожие процессы производства товаров и сходные каналы сбыта;
- слияния с расширением рынка (market extension mergers) — приобретение компанией дополнительных каналов сбыта, например, магазинов в географических районах, в которых ранее продукция не продавалась;
- вертикальные слияния с прямой интеграцией (forward integration) — когда компания-поставщик покупает компанию-потребителя;

²² NonHorizontal Merger Guidelines. Originally Issued as Part of “U.S. Department of Justice Merger Guidelines”. 14 June 1984.

²³ Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings. 2008/C 265/07.

- вертикальные слияния с обратной интеграцией (**backward integration**) — когда компания-потребитель покупает компанию-поставщика.

Слияния способны ухудшить условия конкуренции. Объединение компаний-конкурентов может привести к тому, что единая компания займет на рынке доминирующее положение, а из-за устранения конкуренции между ними снизится общий уровень соперничества на рынке. Кроме того, сокращение числа действующих на рынке компаний увеличивает вероятность возникновения тайных сговоров (способствует осуществлению согласованных действий), а также облегчает установление коллективного доминирующего положения. Вертикальные слияния способны лишить независимые компании рынков сбыта. Такие слияния меняют рыночное поведение компаний: они начинают ориентироваться на действия друг друга. В результате их конкурентам может быть ограничен доступ к источникам поставок или к покупателям. Конгломератные слияния могут приводить к двум негативным последствиям. Во-первых, фирма-покупатель утратит самостоятельный выход на рынок приобретенной компании. Во-вторых, объединившаяся компания легко превратится в доминирующую, если в результате слияния ее положение на рынке усилится.

Российское законодательство не содержит соответствующей классификации слияний (горизонтальных, вертикальных и конгломератных). В то же время ст. 27–30 Закона о защите конкуренции, описывая подлежащие контролю сделки и действия, предусматривают контроль следующих видов экономической концентрации:

- слияния коммерческих организаций;
- присоединения коммерческой организации;
- создания коммерческой организации, если ее уставный капитал оплачивается акциями (долями) и (или) имуществом другой коммерческой организации;
- приобретения лицом (группой лиц) голосующих акций акционерного общества;
- приобретения лицом (группой лиц) долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью;
- получения в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом (группой лиц) основных производственных средств и (или) нематериальных активов другого хозяйствующего субъекта;
- приобретения лицом (группой лиц) активов финансовой организации в результате одной или нескольких сделок;

• приобретения лицом (группой лиц) в результате одной или нескольких сделок (в том числе на основании договора доверительного управления имуществом, договора о совместной деятельности или договора поручения) прав, позволяющих определять условия осуществления хозяйствующим субъектом (за исключением финансовой организации) предпринимательской деятельности или осуществлять функции его исполнительного органа.

Основные понятия

- *Хозяйствующий субъект (undertaking)*
- *Группа лиц (group of the undertaking)*
- *Единый экономический интерес (single economic entity)*
- *Товар (good)*
- *Товарный рынок (relevant market)*
- *Взаимозаменяемые товары (по спросу) (substitutes, substitute goods)*
- *Взаимозаменяемость по производству (supply-side substitutability)*
- *Потенциальная конкуренция (potential competition)*
- *Конкуренция (competition)*
- *Совершенная конкуренция (perfect competition)*
- *Эффективная конкуренция (effective/workable competition)*
- *Недобросовестная конкуренция (unfair competition)*
- *Доминирующее положение (dominance, dominant position)*
- *Коллективное доминирование (collective dominance)*
- *Соглашение (agreement)*
- *Сговор (collusion)*
- *«Молчаливый» сговор (tacit collusion)*
- *Согласованные действия (concerted practice)*
- *Экономическая концентрация (concentration)*

Вопросы для обсуждения

1. Какие организации и участники оборота не охватываются термином «хозяйствующие субъекты»?
2. Предложите свою трактовку сильных и слабых сторон определения термина «группа лиц», принятого в российском антимонопольном

законодательстве. Известны ли вам примеры иных терминов из российского законодательства, которые обозначают реальную экономическую (организационную) общность хозяйствующих субъектов?

3. Чем «эффективная конкуренция» отличается от «совершенной конкуренции»?

4. Укажите основные признаки ограничения конкуренции. Оцените полноту и адекватность обозначаемому предмету легального определения этого термина.

5. По каким критериям можно однозначно разграничить согласованные действия и коллективное доминирование?

Определение границ товарного рынка и анализ состояния конкуренции

Применение антимонопольного законодательства невозможно без точной «привязки» к определенному товарному рынку. Ни одно решение антимонопольного органа не может быть принято, если не определен рынок, на котором произошло нарушение или была ограничена конкуренция. Исключение составляют только прямо указанные в законе запреты на совершение хозяйствующими субъектами определенных действий. Однако большая часть таких запретов введена для хозяйствующих субъектов, доминирующих на рынке, а для установления факта их доминирующего положения необходимо провести анализ рынка.

Антимонопольные органы всех стран мира работают в соответствии с нормативными (а также имеющими методический характер ненормативными) актами, которые определяют, как именно следует проводить анализ рынка, устанавливать его границы, определять доминирующее положение хозяйствующих субъектов.

Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) наделяет антимонопольный орган полномочиями *утверждать порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции* (п. 3 ч. 2 ст. 23).

В рамках таких полномочий издан *приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке»* (далее — Порядок 2010 г.). Именно этот документ устанавливает процедуру, в соответствии с которой антимонопольный орган определяет товарный рынок. В нем (как следует из полномочий антимонопольного органа) также затронуты вопросы, связанные с установлением доминирующего положения и выявлением ограничения конкуренции.

Кроме того, продолжает действовать разд. 8 «Рыночный потенциал хозяйствующего субъекта» Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках, утвержденного приказом Министерства Российской Федерации по антимонопольной политике

и поддержке предпринимательства (далее — МАП России) от 20.12.1996 № 169¹. В данном разделе определяется порядок установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Рассмотрим, какие задачи должен решать антимонопольный орган, анализируя состояние конкуренции, и что устанавливает упомянутый выше Порядок 2010 г., учитывая, что конечная цель проведения анализа конкурентной среды — это выявление фактов недопущения, ограничения или устранения конкуренции.

§ 1. Задачи анализа состояния конкуренции

Для принятия решения по сделке при проведении контроля экономической концентрации необходимо определить, будет или не будет ограничиваться конкуренция в результате сделки.

Часть 2 ст. 33 Закона о защите конкуренции устанавливает: «Антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении ходатайства, если сделка, иное действие, заявленные в ходатайстве, не приведут к ограничению конкуренции (п. 1); ...об отказе в удовлетворении ходатайства, если сделка, иное действие, заявленные в ходатайстве, приведут к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения заявителя, а также доминирующего положения лица, которое будет создано в результате осуществления заявленных в ходатайстве сделки, иного действия» (п. 5).

Таким образом, при рассмотрении сделок и действий в рамках контроля экономической концентрации антимонопольный орган должен оценить перспективы ограничения конкуренции, в том числе изменение доминирующего положения (рис. 4.1).

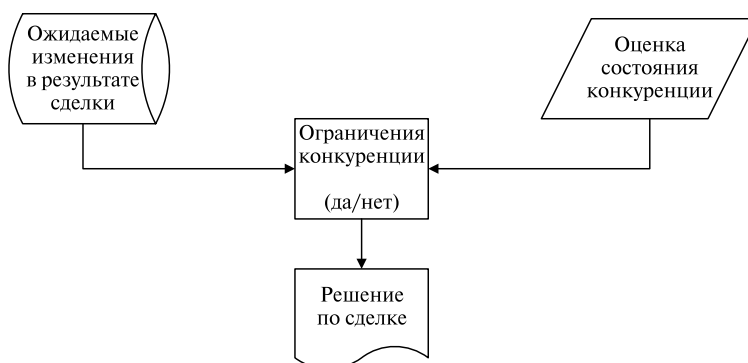


Рис. 4.1

¹ Краткую историю соответствующих подзаконных актов российского антимонопольного органа см. в приложении 1 к гл. 4.

По делу о нарушении антимонопольного законодательства также, как правило, необходимо установить, произошло или нет ограничение конкуренции на товарном рынке. Здесь следует оговориться, что в отношении ряда действий доказывать факт ограничения конкуренции не требуется, поскольку в соответствии с законодательством они ведут к ограничению конкуренции либо на них наложены запреты *per se*.

Основные виды монополистической деятельности — это злоупотребление доминирующим положением и заключение антиконкурентных соглашений.

Часть 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции запрещает действия (бездействие) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, результатом которых *являются или могут являться* недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц. Статья содержит открытый (введен через формулировку «в том числе») перечень конкретных запрещенных действий, например, установление монопольно высоких цен и т.п. В отношении действий, прямо перечисленных в Законе, как раз и презюмируется, что они приводят к ограничению конкуренции. Как определил Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, «в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом»².

Таким образом, антимонопольный орган, рассматривая дела о злоупотреблении доминирующим положением, должен доказывать факт ограничения конкуренции, наличие или угрозу наступления соответствующих последствий путем сравнения ситуации на рынке до и после совершения рассматриваемых действий, только если монополист совершает «нестандартные» действия (см. рис. 4.2).

Что касается соглашений и согласованных действий, то Закон содержит перечень прямых запретов, и доказывать факт ограничения конкуренции при рассмотрении соответствующих нарушений не требуется.

Важным элементом доказательства ограничения конкуренции является установление наличия или перспективы возникновения доминирующего положения. Выше упоминалось, что Закон содержит перечень признаков ограничения конкуренции, один из которых — наличие доминирующего положения. В соответствии с п. 17 ст. 4 Закона призна-

² Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». Абз. 4 п. 4.

ком ограничения конкуренции считаются обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта занимать доминирующее положение (см. рис. 4.3).

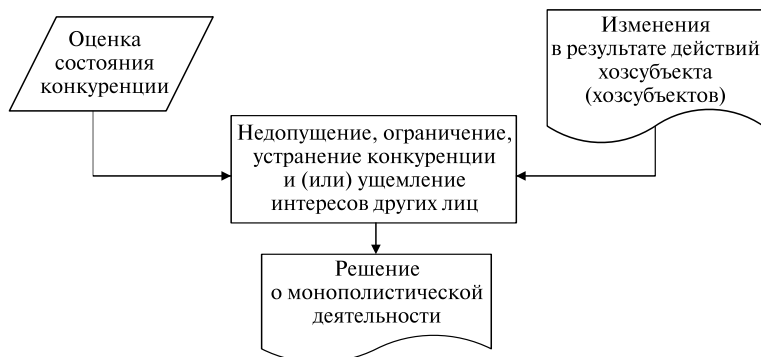


Рис. 4.2

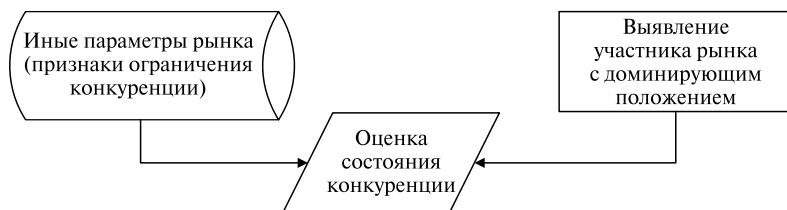


Рис. 4.3

При установлении доминирующего положения, если не учитывать его качественное определение, ключевой на практике становится норма, закрепленная в п. 1, 2 ч. 1 ст. 5 Закона:

«Доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта...

- 1) доля которого на рынке определенного товара превышает 50%
- 2) доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем 50%, ...исходя из

неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке,

относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам,

возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо из иных критериев, характеризующих товарный рынок».

Таким образом, **антимонопольный орган должен определить долю хозяйствующего субъекта на товарном рынке, а также (если она меньше**

50%) проанализировать иные критерии, в первую очередь динамику долей хозяйствующих субъектов на рынке, их относительные размеры и препятствующие доступу на рынок барьеры.

Когда антимонопольный орган устанавливает факт коллективного доминирующего положения (т.е. доминирующего положения нескольких хозяйствующих субъектов одновременно), в дополнение к указанным выше критериям³ должны выполняться три следующих условия (п. 3 ч. 3 ст. 5 Закона):

1) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях);

2) рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар;

3) информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Это означает, что помимо доли хозяйствующего субъекта на определенном рынке антимонопольный орган при установлении доминирующего положения может рассматривать еще ряд критериев, причем их перечень в Законе не закрыт. П. 2 ч. 1 ст. 5 Закона говорит о том, что существуют «иные критерии, характеризующие товарный рынок», но при их рассмотрении, очевидно, придется доказывать, что именно они дают возможность хозяйствующему субъекту влиять на общие условия обращения товара. Что же касается прямо указанных в Законе критериев, для них такая возможность презюмируется, если не доказано обратное (см. рис. 4.4).



Рис. 4.4

Необходимость определить (рассчитать) долю на рынке может возникнуть и при рассмотрении соглашений, согласованных действий.

Во-первых, если перечень прямо запрещенных горизонтальных соглашений в Законе содержится, то для вертикальных соглашений сде-

³ На размер доли на рынке здесь наложены другие ограничения.

лана оговорка (ч. 2 ст. 12): «Допускаются вертикальные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением вертикальных соглашений между финансовыми организациями), доля каждого из которых на любом товарном рынке не превышает 20%». Таким образом, чтобы доказать факт незаконного вертикального соглашения, следует определить долю хозяйствующих субъектов на рынке, т.е. провести его анализ. Во-вторых, изменения, которые ФАС России предлагает внести в Закон о защите конкуренции, предполагают, что запрет на ограничивающие конкуренцию согласованные действия хозяйствующих субъектов должны быть вынесены в отдельную статью. При этом планируется ввести норму, согласно которой запрет на антиконкурентные согласованные действия не будет распространяться на согласованные действия хозяйствующих субъектов, совокупная доля которых на товарном рынке не превышает 20%. Если предложения ФАС России будут приняты, антимонопольный орган будет обязан определять совокупную долю рынка участников при рассмотрении их согласованных действий.

Первая и основная задача антимонопольного органа как при контроле за экономической концентрацией, так и при рассмотрении дел о нарушениях антимонопольного законодательства состоит в том, чтобы определить, была ли ограничена конкуренция или нет. Одним из признаков ограничения конкуренции является возникновение или усиление доминирующего положения (точнее, обстоятельства, создающие возможность занимать такое положение). Соответственно выявление факта доминирующего положения — это вторая важная задача при проведении анализа конкурентной среды. Важнейшим признаком наличия доминирующего положения является доля рынка, которой обладает хозяйствующий субъект. И ее определение — третья важная задача антимонопольного органа в рамках проведения анализа рынка.

В таблице 4.1 отражены ситуации, в которых антимонопольный орган в соответствии с Законом решает перечисленные задачи анализа конкуренции (выявление случаев ее недопущения, ограничения или устранения; установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта; определение доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке).

Из таблицы становится видно, что базовой задачей антимонопольного органа является определение доли хозяйствующего субъекта на рынке и самого рынка. Определение этой доли может иметь и самостоятельное значение, независимо от выяснения того, произошло (произойдет) или нет ограничение конкуренции. Например, для целей ведения реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю рынка более 35%, или для выявления наличия запретов на согласованные действия

хозяйствующих субъектов (после вступления в силу третьего антимонопольного пакета).

Таблица 4.1

Задачи анализа конкуренции и сфера их решения

Задачи анализа конкуренции	Контроль за экономической концентрацией	Злоупотребление доминирующим положением		Антиконкурентные соглашения	
		нестандартная монополистическая практика	действия, указанные в Законе	вертикальные	горизонтальные
Определение доли на рынке	Да	Да	Да	Да*	
Установление доминирующего положения	Да	Да	Да		
Выявление ограничения конкуренции	Да	Да			

* Бремя доказывания возложено на хозяйствующие субъекты (ч. 4 ст. 11 Закона).

Определить долю хозяйствующего субъекта на товарном рынке, не установив границы соответствующего товарного рынка, невозможно. Поэтому ключевым вопросом анализа становится вопрос о границах рынка. Остальные параметры, критерии и характеристики рынка анализируются только в зависимости от особенностей данного рынка и рассматриваемого дела или ходатайства.

Напомним, что в соответствии с российским законодательством основой для определения границ рынка является мнение покупателя (приобретателя) о готовности заменить товар в процессе потребления (см. рис. 4.5).

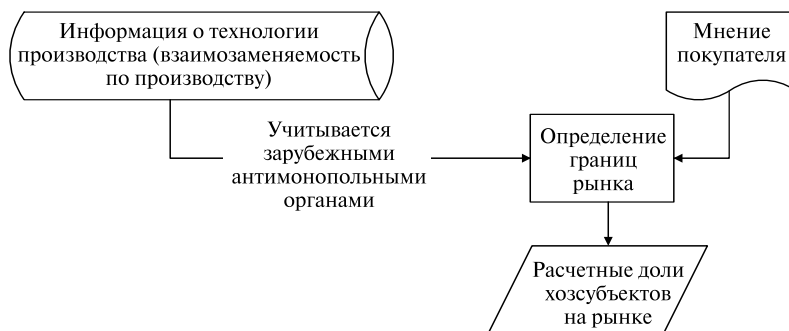


Рис. 4.5

Таким образом, к уже рассмотренным трем задачам (выявление факта ограничения конкуренции; установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта; определение доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке) необходимо добавить четвертую — определение границ товарного рынка. Общий же ход анализа состояния конкуренции представлен на рис. 4.6, объединяющем рассмотренные выше схемы.

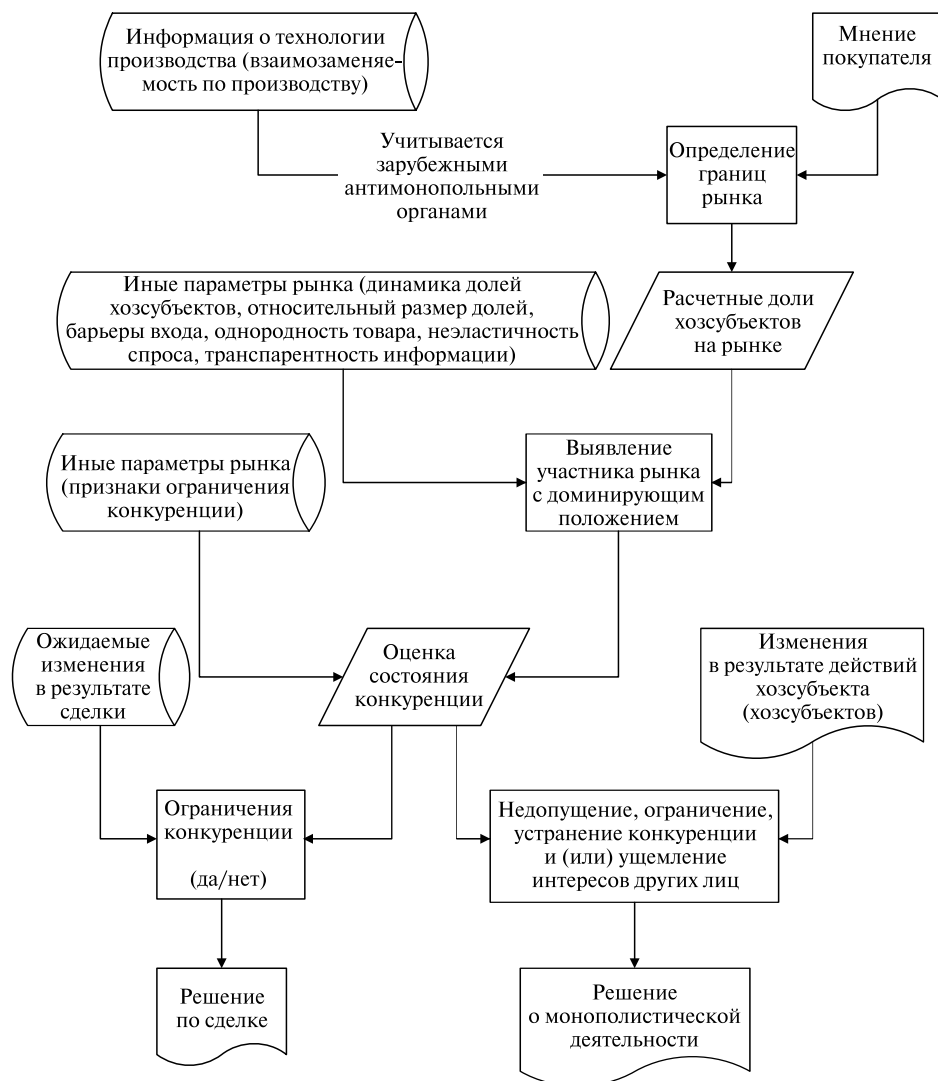


Рис. 4.6. Схема проведения анализа товарного рынка антимонопольным органом

Как уже было сказано, Порядок 2010 г. был издан для реализации полномочий антимонопольного органа «утверждать порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции». Можно было бы предположить, что в этом документе подробно описано, как следует выявлять ограничения конкуренции и устанавливать доминирующее положение (как минимум, конкретизированы критерии установления доминирующего положения).

Напомним, что антимонопольный орган уполномочен еще и устанавливать «доминирующее положение хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией» (п. 10 ч. 1 ст. 23 Закона). Поэтому можно было бы также предположить, что Порядок 2010 г. отражает особенности процедуры анализа, проводимого при контроле за экономической концентрацией и при принятии решений по делам о нарушении антимонопольного законодательства.

Однако в акте, изданном ФАС России, речь обо всем этом не идет. В Порядке 2010 г. детально описана процедура определения границ рынка и расчета доли хозяйствующего субъекта. Разобраны два (из шести установленных Законом) дополнительных критерия доминирующего положения. Кроме того, по аналогии с зарубежным законодательством введены индексы концентрации рынка, однако обязательность их использования при принятии решений об ограничении конкуренции не установлена.

Рассмотрим, какие нормы в Порядке 2010 г. касаются разобранных задач анализа состояния конкуренции.

§ 2. Определение продуктовых и географических границ рынка

Исходя из содержания термина «товарный рынок», определение которого приведено в § 2 гл. 3 настоящего учебника, установление границ рынка следует понимать как процедуру выявления его продуктовых границ (товарной группы, состоящей из товаров-заменителей, рынки которых оцениваются как один товарный рынок) и географических границ (территории, на которой у покупателя существует экономическая целесообразность приобретения товаров). В основе указанной процедуры лежит мнение покупателей (физических и юридических лиц)

о взаимозаменяемости товаров и экономической эффективности их приобретения. Это мнение определяется путем сплошного или выборочного опроса покупателей, подкрепляется данными товароведческой экспертизы, экономической статистики, наблюдениями за поведением покупателей в ситуации изменения цен, а также сведениями компаний-производителей.

Предусмотренная приказом ФАС России № 220 процедура выявления товара, не имеющего заменителя, или взаимозаменяемых товаров (п. 3.1 Порядка 2010 г.) и определения географических границ рынка (п. 4.1 Порядка 2010 г.) включает следующие стадии:

- предварительное определение границ рынка (п. 3.4, 4.2 Порядка 2010 г.);
- определение возможной альтернативы (ограничений, препятствующих переходу к альтернативе) (п. 3.5, 3.6 и 4.3 Порядка 2010 г.);
- окончательное определение границ рынка (п. 3.8, 4.5 Порядка 2010 г.).

На каждой стадии антимонопольный орган использует различную информацию для принятия итогового решения. Так, предварительное определение товара может основываться на его наименовании в контрактах или регулирующих соответствующий рынок нормативных актах, официально утвержденных стандартах и классификаторах (п. 3.4 Порядка 2010 г.). Территория, предварительно рассматриваемая в качестве сферы обращения товара, может быть определена по таким параметрам, как: территория, где хозяйствующий субъект продает свой товар; очевидно отличающиеся зоны ценообразования; структура товаропотоков (п. 4.2 Порядка 2010 г.).

Очевидно, что если большая часть производимого на какой-либо территории товара с нее вывозится, то границы рынка должны включать соответствующую зону продаж. Справедливо и обратное утверждение: если товар производится за пределами рассматриваемой зоны и ввозится в нее, то соответствующая территория должна включать и зону производства (см. табл. 4.2).

Сходство потребительских свойств товара и его заменителей устанавливается в результате сопоставления физических, технических, эксплуатационных, ценовых характеристик товара и его предполагаемых альтернатив.

Однако, поскольку основой для определения границ рынка является мнение покупателя, представляется противоречивым (и это общепризнано) устанавливать факт наличия или отсутствия взаимозаменяемости только на основе физических свойств (при выявленных отдельных фактах замены) или цен товара. Порядок анализа состояния конкурен-

ции устанавливает, что на основании анализа свойств товара определяются предварительные продуктовые границы рынка, а затем уже с учетом фактической или гипотетической ценовой динамики делается окончательный вывод о его границах. Необходима четкая оценка ситуации, когда потребитель делает выбор между товарами. У любых двух товаров можно найти целый перечень отличий, но будет ли их значение определяющим — этот вопрос необходимо решать с помощью эмпирических наблюдений.

Таблица 4.2

Источники информации для определения границ товарного рынка

Стадии определения	Продуктовые границы	Географические границы
1. Предварительное определение	Договоры Классификаторы Нормативные акты	Район деятельности Место нарушения Товаропотоки
2. Определение альтернативы	Экспертные оценки Соседи по классификатору Анализ свойств Мнение хозяйствующих субъектов	Федеральный/региональный/местный уровень Близлежащие регионы
3. Окончательное определение	Процедура SSNIP-теста (ТГМ) Анализ ценообразования Расчет эластичностей Районы продаж	

При установлении взаимозаменяемости может возникнуть ряд проблем.

1. Следует разграничить узкую и широкую потребности покупателей, например, правильно определить рынок: «продукты питания», «фрукты» или «бананы».

2. Необходимо разграничить технические спецификации на однородную продукцию: например, «шины» и «шины для конкретной марки автомобиля».

3. Если товар имеет различные целевые назначения, надо установить, обращается ли он на одном рынке или на нескольких конкурирующих. Разные группы потребителей со своими системами предпочтений будут занимать разные доли на рынке и представлять разную значимость для продавца, принимающего решение повысить или понизить цену.

4. Рынок может иметь временное измерение: так, на транспортных рынках существуют «часы пик», на рынках сельскохозяйственной продукции ярко выражена сезонность. Поэтому границы товарного рынка могут изменяться во времени.

5. Мнение покупателей может отличаться в зависимости от способа их участия в обороте товара (оптовый, мелкооптовый или розничный покупатель).

В большинстве случаев хозяйствующие субъекты склонны воспринимать рынки в более широких границах (например, все напитки, а не только лимонады). Чем шире рынок, тем сложнее обнаружить доминирующее положение.

Важным элементом в принятии решения о разграничении узких и широких рынков является учет каналов сбыта, системы товародвижения. В Порядке 2010 г. указано:

«Рассматриваемый товар может обращаться на одной и той же территории на разных товарных рынках. Такие товарные рынки следует анализировать обособленно. В частности, товар может обращаться на оптовых рынках, на которых продаются партии товара преимущественно для целей последующей перепродажи или профессионального использования, и на розничных рынках, на которых осуществляется продажа единичного количества товара преимущественно для личного использования».

В зарубежной практике, в системе прецедентного права, существуют решения Европейского суда (например, дело *Michelin*), которые говорят о том, что для перепродавцов различия между разными видами товара не жизненно важны, так как они должны удовлетворять спрос потребителей на любые виды товара. К тому же при отсутствии у дилеров специализации различие в видах и размерах партии товара не является решающим фактором при оценке положения фирмы на рынке, так как с точки зрения сходства и дополнения друг друга на техническом уровне условия конкуренции на рынке одинаковы для всех видов товара⁴.

На основании анализа физических свойств, экспертных оценок, предоставляемых хозяйствующими субъектами сведений определяются альтернативные гипотезы. Как правило, сравниваются две гипотезы: товарный рынок в широких границах и в узких границах. Так, например, в рамках дел, которые вела ФАС России против нефтяных компаний в 2009–2010 гг.⁵ сначала предполагалось, что оптовый рынок нефтепродуктов является федеральным, и доказывалось, что ни одна область не должна быть из него исключена; затем — что рынок предварительно соответствует территории продаж нефтяной компании, но в итоге должен быть расширен до границ Российской Федерации.

⁴ В России аналогичную по сути позицию занял Президиум ВАС РФ по делу ТНК-ВР, согласившись с решением антимонопольного органа. См.: постановление Президиума ВАС РФ от 25.05.2010 № 16678/09.

⁵ Материалы дел и информация о них содержатся на сайтах ФАС России и ВАС РФ.

При определении географических границ рынка в первую очередь следует установить, является ли он локальным, региональным или местным, а затем в качестве альтернатив рассматривать соответствующие близлежащие регионы: муниципальные районы или территории субъектов Федерации.

Важным отличием Закона о защите конкуренции образца 2006 г. от своего предшественника является отсутствие в определении товарного рынка фразы «*обращение на территории Российской Федерации*». Тем самым подчеркивается, что географические границы товарного рынка могут быть шире и охватывать часть мирового рынка.

Вместе с тем любая часть территории Российской Федерации может быть признана товарным рынком с точки зрения его географических границ. Географические границы рынка могут быть сколь угодно малы. Например, при оказании жилищно-коммунальных услуг существует множество предприятий, чьи сети (тепловые, электрические и проч.) подключены к жилым домам и являются единственно возможными способами поставки тепла, электричества, т.е. занимают доминирующее положение на рынке услуг теплоснабжения в географических границах одной улицы. В общественном масштабе не менее значимы злоупотребления таких локальных монополий, чем предприятий, доминирующих на федеральном рынке.

Сделать окончательный выбор между широкими и узкими границами рынка позволяет ряд методов, установленных Порядком 2010 г., а именно:

- тест гипотетического монополиста;
- анализ ценообразования;
- расчет показателей эластичности.

Для определения географических границ рынка также используется метод установления фактических районов продаж.

Основным, эталонным методом определения границ рынка является тест гипотетического монополиста, или SSNIP-тест (от англ. Small but Significant Non-Transitory Increase in Price).

Этот тест позволяет выяснить, сможет ли небольшой, но существенный для покупателей (small but significant) подъем цены товара (например, товара *A*) побудить покупателей приобретать взамен него другой товар (товар *B*). Заметим, в такой ситуации повышение цены гипотетическим монополистом (если вся отрасль как бы монополизирована) не приведет для него к выигрышу, оправдывающему повышение цены и сокращение спроса на товар *A*. И если ответ на этот вопрос положительный

(т.е. небольшой рост цены настолько сокращает спрос на товар *A* за счет переключения потребителей на товар *B*, что делает невыгодным увеличение цены товара *A* гипотетическим монополистом), тест показывает, что товары *A* и *B* формируют части одного и того же товарного рынка.

Очевидно, что если такое повышение цены будет лишь краткосрочным, а затем она снизится, то потребители, скорее всего, не переключатся на другой товар. Поэтому в названии теста и присутствует условие долгосрочности и стабильности во времени (*non-transitory*). Как правило, рассматривается период в один год. Однако существуют рынки, действующие в краткосрочном периоде, поэтому акты антимонопольных органов некоторых стран (США, Великобритании) говорят о «предвидимом будущем» (*foreseeable future*) при проведении этого теста.

Начиная с 1981 г., формализованная процедура такого теста была закреплена в конкурентном законодательстве сначала США, а затем и других стран. В этой процедуре само понятие рынка привязано к гипотетической возможности осуществления рыночной власти. Фактически теперь та зона, где можно осуществить рыночную власть, и признается рынком для целей антимонопольного регулирования. Таким образом, злоупотребление доминирующим положением косвенно подтверждает правильность выводов о границах рынка. Оценка позиции предприятия на рынке оказывается связанной с определением границ последнего.

Тест гипотетического монополиста как метод определения продуктовых и географических границ рынка заключается в следующей итеративной процедуре.

1. Рассматривается группа взаимозаменяемых товаров, обращающихся на определенной территории.

2. Предполагается, что происходит монополизация этих продаж и увеличение цены на 5–10%.

3. Если такой рост цен оказывается для гипотетического монополиста выгодным (т.е. потребители не переключаются на другие товары, в том числе обращающиеся на других территориях), то считается, что границы товарного рынка определены.

Если же такое повышение цен для «гипотетического монополиста» невыгодно, то наиболее близкие товары-заменители и близлежащие территории включаются в состав продуктовых и географических границ товарного рынка и процедура повторяется.

Очень важно, чтобы при проведении теста гипотетического монополиста в качестве продуктовых границ товарного рынка был рассмотрен наименьший набор товаров, цены на которые могут быть повышены, а

в качестве географических границ — границы наименьшей территории, на которой продавец может повысить цену товара, не теряя при этом своей выгоды от его продажи.

Главной проблемой применения теста является так называемая целлофановая ошибка (*cellophane fallacy*), которая впервые проявилась в деле по целлофану в США. Она возникает, когда рынок определен неправильно, поскольку предполагаемый (очень высокий, выше цены конкурентного рынка) уровень цен уже достигнут, т.е. цена *уже* монопольно высока и влияет на предпочтения покупателей.

Тест гипотетического монополиста — единственный метод выявления границ товарного рынка, официально утвержденный антимонопольными органами США, и один из основных — в странах Европейского Союза. Однако анализ решений Европейской комиссии по слияниям указывает, что в первую очередь применяются анализ торговых потоков, сравнение уровней цен и анализ коэффициентов корреляции цен (оценок эластичностей). Тест гипотетического монополиста, хотя и является «эталонным», применяется реже других (см. табл. 4.3).

Таблица 4.3

Статистика применения различных методов определения границ рынка Европейской комиссией (в решениях по слияниям 1990–2001 гг.)

Методология	Географические границы, %	Продуктовые границы, %
Анализ торговых потоков	41	—
Сравнение уровней цен	30	33
SSNIP-тест	4	11
Корреляции цен и эластичности цен	2–3	15–20

Составлено по: Copenhagen Economics. The Internal Market and the Relevant Geographical Market. The Impact of the Completion of the Single Market Programme on the Definition of the Geographical Market. European Commission DG Enterprise. 3 February 2003.

Аналогичные методы предусматривает и российский Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Метод сравнения уровней цен фиксирует, что товары, цены на которые существенно различаются, обращаются на разных рынках. В Порядке 2010 г. закреплена следующая норма:

«Если цена товара, поставляемого с каких-либо территорий (от продавцов, расположенных на каких-либо территориях), оказывается более чем на 10 процентов выше средневзвешенной цены товара, до-

ступного приобретателю (приобретателям) в пределах предварительно определенных географических границ рассматриваемого товарного рынка, то такие территории (продавцы) должны относиться к другим товарным рынкам» (п. 4.4).

Аналогичная логика расчетов применима и к определению продуктовых границ рынка. Очевидно, что при росте цен на 10% покупателю невыгодно переключаться на товар-заменитель, который дороже более чем на 10%. Такой учет разрывов цен следует из теста гипотетического монополиста, но является более операциональным и эффективным.

Вместе с тем из равенства цен на возможные товары-альтернативы вовсе не следует, что эти товары обращаются на одном рынке. Кроме того, даже при небольших различиях цен покупатель может нести такие издержки переключения на новый товар, что рынки будут находиться в разных границах. Поэтому Порядок 2010 г. предусматривает:

«Товары не относятся к взаимозаменяемым, если для замены товара другим товаром в процессе потребления требуется более года или в связи с заменой приобретатель товара несет значительные издержки (превышающие, как правило, 10 процентов от цены товара) и если при этом антимонопольный орган не располагает информацией о том, что такая замена имела или имеет место» (п. 3.7).

Метод расчета эластичностей, закрепленный в зарубежных нормативных актах, предполагает, что одним из критериев взаимозаменяемости по потреблению является перекрестная эластичность спроса по цене. Она исчисляется как отношение изменения объема реализации товара X (в процентах) к изменению цены товара Y (в процентах) за определенный период. Спрос на товар X при увеличении цены на товар Y может и возрастать, и убывать в зависимости от отношения покупателя к совместному использованию того и другого товара. Таким образом, перекрестная эластичность может быть и положительной, и отрицательной. В первом случае товары X и Y являются взаимозаменяемыми, и чем выше коэффициент, тем больше степень взаимозаменяемости. Нулевой коэффициент свидетельствует о незаменимости товаров. Отрицательная перекрестная эластичность характерна для взаимодополняющих товаров (например, рост цены бензина теоретически должен снижать спрос на автомобили).

Порядок 2010 г. не конкретизирует процесс расчета эластичностей, но устанавливает:

«Мерой взаимозаменяемости товаров является показатель перекрестной эластичности спроса по цене, исчисляемый как отношение выраженного в процентах изменения объема спроса на один товар к

выраженному в процентах изменению цены другого товара за определенный период.

О взаимозаменяемости рассматриваемых товаров свидетельствуют устойчивые значения показателя перекрестной эластичности, превышающие единицу» (п. 3.10).

Нормативное закрепление такого метода позволяет ввести в практику антимонопольного анализа рынков богатый арсенал средств и методов, который накоплен прикладной статистикой и эконометрикой.

Действительно, расчет перекрестных эластичностей предполагает наличие следующей картины причин и следствий:

рост цен на товар А → рост спроса на товар В → рост цен на товар В.

Оценка перекрестных эластичностей связана с возможностью определять изменение спроса на товар *В* в зависимости от изменения цены товара *А*. Однако взаимозависимость между рынками товара *А* и товара *В* можно изучать и непосредственно, анализируя взаимозависимость между соответствующими ценами (анализ корреляций цен на товар *А* и товар *В*), а также действующие на рынки факторы. Под *А* и *В* здесь допустимо понимать разные товары или один товар, обращающийся на разных территориях.

По сравнению с тестом гипотетического монополиста метод анализа эластичностей/корреляции цен (равно как и анализ разрывов уровней цен) несколько завышает границы рынка и эффективен при отсутствии корреляции (наличии разрывов): если корреляции нет, то рынки разные, а если есть — она может объясняться неучтенными факторами.

Метод анализа торговых потоков исходит из того, что если в одном регионе продают свои товары производители, расположенные как в самом регионе, так и за его пределами, то эти производители конкурируют друг с другом и находятся в границах одного рынка. Для данного метода тоже официально не установлено пороговое значение соотношения ввоза товара в регион и вывоза из региона (производства товаров в регионе). Но самое главное, что даже в условиях отсутствия торговых потоков в регион при росте цен существует угроза поставок от производителей, находящихся за его границами и оказывающих конкурентное давление. Следует также учитывать, что торговые потоки могут существовать и при значительных разрывах в уровнях цен, не обусловленных транспортными издержками (т.е. при наличии двух разных рынков).

Метод анализа поставок по сравнению со SSNIP-тестом занижает границы рынка (если поставок нет сейчас, это не значит, что их не может быть в будущем) и эффективен при наличии потоков (если они

есть, то рынки едины). Отсюда становится понятной роль теста гипотетического монополиста и причины его нечастого использования: он наиболее сложен и трудоемок, для него необходимо проводить широкие опросы участников рынка.

Между всеми рассмотренными методами существует определенная асимметрия: более простые методы в некоторых ситуациях по сравнению с тестом гипотетического монополиста завышают или занижают границы рынка. Однако при определенных условиях их оказывается достаточно, чтобы принять решение о границах рынка для целей антимонопольного регулирования. Правильнее всего будет использовать эти методы в контексте антимонопольного анализа следующим образом (табл. 4.4). Если сравниваются две гипотезы — более узкие и более широкие границы рынка, то анализ поставок (при их наличии) позволяет отказаться от более узких границ, а анализ корреляции или разрывов цен (при отсутствии корреляции или наличии разрывов) — от более широких. Например, когда необходимо установить, является ли рынок региональным, национальным или мировым, наличие межрегиональных поставок и отсутствие корреляции между национальными и мировыми ценами (слишком большие разрывы между ними) будут говорить о том, что рынок относится к национальным.

Таблица 4.4

**Выбор между узкими и широкими границами рынка
(асимметричность методов)**

Гипотеза	Метод позволяет принять решение	Метод не позволяет принять решение
H_1 : рынок A	1. Есть разрыв по ценам между A и B 2. Между ценами A и B нет корреляции	1. Разрыва по ценам нет, но есть другие препятствия переключения 2. Корреляция есть, но она может объясняться неучтенными факторами
H_2 : рынок $A + B$	Есть поставки $A \leftrightarrow B$ (замещение $A \leftrightarrow B$)	Поставок (замещения) сейчас нет, но они могут быть при изменении цен

Применение SSNIP-теста (который можно считать эталонным методом) позволяет решить проблему расхождения результатов при применении разных методов, так как именно для него установлено пороговое значение (10%), позволяющее разграничить рынки. Полученные с его помощью результаты всегда можно сравнить с результатами других методов.

Существование этого порогового значения, его нормативное установление обусловлено заключительной частью дефиниции товарного рынка, данной в Законе о защите конкуренции: «экономическая возможность, либо целесообразность». На практике это означает, что при определении продуктовых и географических границ рынка условная готовность покупателя платить в настоящий момент признается существующей при цене, превышающей действующую на 5–10%. В реальной практике антимонопольный орган учитывает максимальное значение — 10%, т.е. действует, исходя из более широких нормативно закреплённых границ рынка. Таким образом, вся взаимозаменяемая продукция при цене выше исходной не более чем на 10% включается в товарный рынок. В него также включается и дополнительная территория реализации товара, если стоимость проезда на эту территорию увеличит цену покупки не более чем на 10%.

§ 3. Определение состава участников рынка, расчет объема рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке

Расчет объема рынка является основой для определения долей хозяйствующих субъектов, поскольку дает товарному рынку количественную оценку. После установления географических и продуктовых границ рынка его объем можно определить как сумму находящегося в обороте (в данных границах) рассматриваемого товара (выявленной группы взаимозаменяемых товаров).

Объем рынка можно исчислять в стоимостных и натуральных показателях. При прочих равных условиях исчисление в натуральных показателях или в базовых (сопоставимых) ценах предпочтительнее, так как позволяет устранить ценовые эффекты. Безусловно, при оценке объема рынка услуг (и других неоднородных товаров) всегда применяются стоимостные показатели. Объем рынка имеет не только пространственную, но и временную определенность: он рассчитывается за определенный период времени.

Следует различать фактически сложившийся объем рынка и его потенциальную емкость — возможный объем реализации товара при данном уровне и соотношении различных цен, характеризующийся размерами спроса населения, определяющийся личными и общественными потребностями (в маркетинге используется также термин «потенциал рынка»). Потенциальная емкость означает максимально возможный объем продаж в рыночной ситуации, когда все потенциальные клиенты приобретают товары исходя из максимального уровня их потребления.

Оценить потенциальную емкость рынка можно косвенным образом, используя данные о нормах расходования товара, нормах потребления товара в странах-лидерах, об объемах рынка товаров-заменителей. Расхождение между объемом и емкостью рынка показывает, насколько удовлетворяется спрос существующим предложением.

Определить объем рынка можно несколькими способами, в зависимости от наличия информации:

1) *как суммы объемов продаж* (реализации) данного товара всеми хозяйствующими субъектами (продавцами), действующими на рассматриваемом товарном рынке:

$$V = \sum_{i=1}^N V_i,$$

где:

V — объем рынка;

V_i — объем реализации (поставки) i -м продавцом товара;

N — число продавцов, действующих в географических границах.

Порядок 2010 г. особо оговаривает, что при таком расчете не допускается повторный учет одного и того же товара, поскольку включение в такой расчет цепочек перепродавцов приведет к двойному счету и искусственному завышению объемов рынка;

2) *по балансовой схеме* — как сумму объемов производства данного товара в географических границах рассматриваемого рынка за вычетом объемов вывоза (экспорта) товара с данной территории и с добавлением объемов ввоза (импорта) товара на данную территорию (см. рис. 4.7):

$$V = V_p + V_{Im} - V_{Ex},$$

где:

V — объем рынка;

V_p — объем внутреннего производства;

V_{Im} — объем импорта (ввоза на территорию рынка);

V_{Ex} — объем экспорта (вывоза за территорию рынка).

При таком расчете возможно завышение объема рынка на величину производственного потребления рассматриваемого товара. Поэтому Порядок 2010 г. прямо предписывает, что объем определяется за вычетом потребления рассматриваемого товара в процессе его производства и объема запасов. При балансовых расчетах следует учитывать движение запасов: добавить запасы на начало периода и вычесть запасы на конец периода;

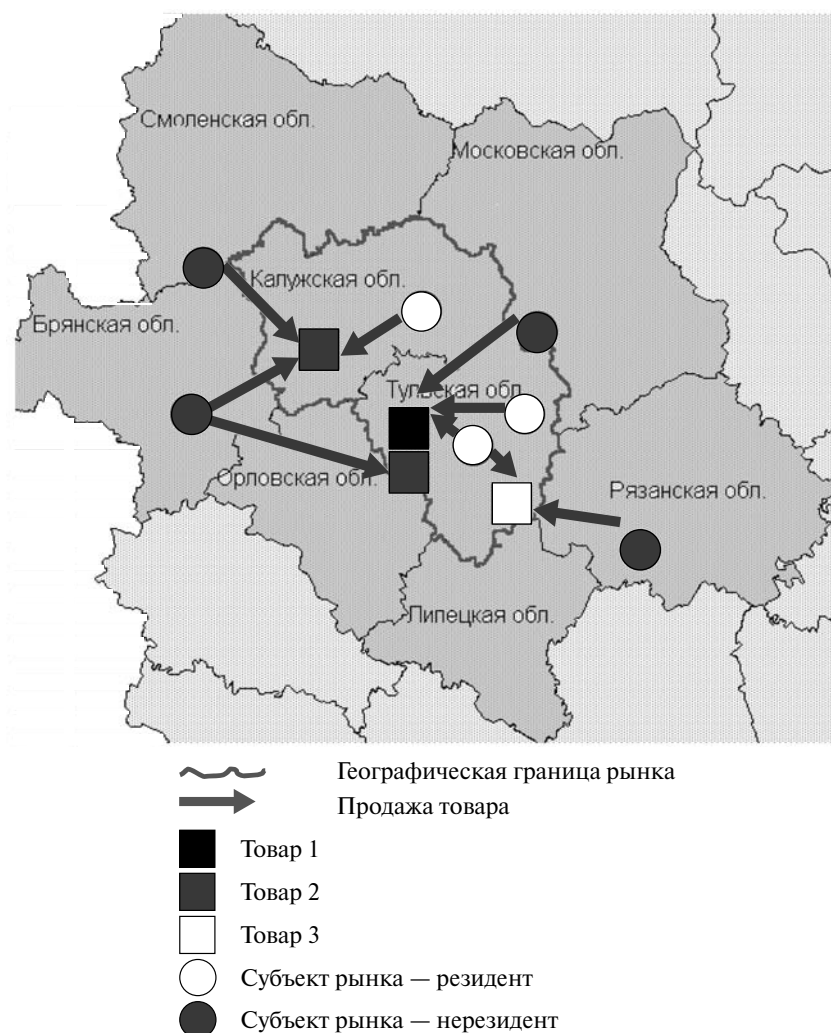


Рис. 4.7. Схема товарного рынка на примере продаж на рынке Тульской и Калужской областей товара, включающего три товара-заменителя

Источник: Ренне И.И. К вопросу о применении информационных технологий в анализе товарных рынков // Анализ товарных рынков в антимонопольном регулировании. М.: Маркет ДС, 2007. С. 63.

3) как сумму объема покупок, ориентируясь на данные не продавцов, а покупателей.

Порядок 2010 г. устанавливает, что такая сумма может определяться в том числе:

— как скорректированный на величину средней торговой наценки объем розничного товарооборота (для оптовых рынков);

— как произведение обоснованных норм потребления товара на численность приобретателей или на душу населения (например, для розничных товарных рынков с большим количеством приобретателей) при необходимости с корректировкой на фактическую степень достижения норм потребления.

Изучение розничных рынков — процесс весьма трудоемкий. Правильнее опрашивать продавцов, поскольку их меньше, чем покупателей: исследование продавцов можно провести быстрее и с меньшими расходами, чем исследование потребителей. Однако неизбежно возникают вопросы: насколько точной окажется предоставленная производителями или продавцами информация и насколько опрошенная выборка продавцов будет репрезентативна всей массе действующих на рынке торговых точек?

Чтобы исключить сомнения в точности полученной информации, дополнительно исследуются либо затраты потребителей на данный товар за определенный период времени, либо частота и объемы покупок, а также средняя розничная цена продаж, либо нормы расхода данного товара.

Здесь возникает другой вопрос: насколько верно и правдиво покупатели воспроизведут данные о своем потреблении? Как показывает опыт, одной из наиболее часто встречающихся ошибок становится несоблюдение репрезентативности выборки.

При определении состава участников рынка, расчете объема рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке некоторые аспекты имеют важное правовое значение.

Прежде всего это *учет потенциальной конкуренции*. Как уже отмечалось, в российском законодательстве понятие взаимозаменяемости по производству отсутствует. Однако очевидно, что в случае технически однородных товаров производитель соответствующей продукции (классические примеры взаимозаменяемых в производстве товаров — рынок металлической штамповки или производство бумаги разной плотности) легко может выйти на близкий рынок, что является препятствием для монополистической деятельности.

Чтобы учесть данный эффект, Порядок 2010 г. (вслед за европейским и американским законодательством) устанавливает:

«В состав хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом рынке, могут быть также включены физические и юридические лица, которые в течение краткосрочного периода (не более года) могут

при обычных условиях оборота и без дополнительных издержек (издержки окупаются в течение года при уровне цен, отличающемся не более чем на 10 процентов от сложившейся средневзвешенной рыночной цены) войти на данный товарный рынок (далее — потенциальные продавцы)» (п. 5.1).

Понятие «потенциальный продавец» в российском антимонопольном законе также отсутствует, однако среди подготовленных ФАС России поправок в Закон о защите конкуренции (третий антимонопольный пакет) есть предложение включить в Закон термин «потенциальный конкурент». Ст. 4 должна быть дополнена п. 25 следующего содержания:

«Потенциальный конкурент — хозяйствующий субъект, который в течение краткосрочного периода (не более года) может при обычных условиях оборота и без дополнительных издержек (издержки окупаются в течение года при существующем уровне цен) войти на товарный рынок».

Это дополнение позволит не включать взаимозаменяемую по производству продукцию в состав продуктовых границ товарного рынка, но учитывать ее при определении долей хозяйствующих субъектов на товарном рынке.

В таком понимании потенциальной конкуренции российское законодательство следует американскому подходу. В США при определении границ товарного рынка рассматривается только взаимозаменяемость со стороны спроса. Однако потенциальная конкуренция появляется на этапе расчета долей рынка и, таким образом, оказывается в той или иной степени учтенной. Хотя в принципе результат уже не будет идентичен полученному в том случае, если бы она рассматривалась на стадии определения границ рынка.

Второй важный аспект — ***показатель, на основании которого рассчитывается объем рынка***. Существует ошибочная точка зрения, что поскольку рынок — это сфера обращения, а оборот может трактоваться как сделки купли-продажи, то под объемом рынка следует понимать объем реализации.

Отмененная норма приказа № 169 МАП России утверждала, что:

«количественной характеристикой объема товарных ресурсов рынка является общий объем реализации (поставки) товара в географических границах рынка выделенной группе покупателей в стоимостных и (или) натуральных показателях» (п. 5.1).

Это порождало проблемы учета при определении объема рынка потенциальной продукции, производства для нужд собственного потребления, давальческих и бартерных схем; противоречило общемировой

практике определения объема рынка для целей антимонопольного регулирования. Порядок 2010 г., точно так же как европейские и американские акты, устанавливает:

«Расчет общего объема товарной массы в обороте за определенный период времени в продуктовых и географических границах рассматриваемого рынка (далее — объем товарного рынка) и долей хозяйствующих субъектов на рынке осуществляется на основании одного из следующих показателей:

- объем продаж;
- объем поставок (отгрузок);
- объем выручки;
- объем перевозок;
- объем производства;
- объем производственных мощностей;
- объем запасов ресурсов;
- объем товара в соответствии с заключенными договорами.

Основным показателем для расчета объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке является объем продаж (поставок) на рассматриваемом товарном рынке. Иные показатели используются в тех случаях, когда из-за отраслевых особенностей они позволяют более точно охарактеризовать положение хозяйствующих субъектов на рассматриваемом товарном рынке с точки зрения конкуренции.

Указанные выше показатели могут использоваться в натуральном или стоимостном выражении, а также в условных расчетных единицах, обеспечивающих сопоставимость данных по различным товарам из группы взаимозаменяемых товаров, сопоставимость данных по различным продавцам и приобретателям» (п. 6.1).

Стоимостные показатели обычно используют для анализа дифференцированной продукции (сложные промышленные товары, услуги), так как натуральные показатели не обеспечат сопоставимости этих товаров или услуг. На рынках добычи природных ископаемых зачастую вместо показателя объема текущей добычи применяется показатель объема запасов: именно он показывает настоящее место компании на рынке в долгосрочном периоде.

Компании-нарушители, правда, теперь обжалуют решения антимонопольного органа, ссылаясь на недоказанность факта, что выбранный показатель точнее других характеризует положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке с точки зрения конкуренции. Однако в соответствии с Порядком 2010 г. выбор соответствующего показателя — это дискреционное решение антимонопольного органа, и обосновывать свой выбор он не должен.

Третий важный аспект — *особенности учета оборота группы лиц на товарном рынке*. Порядок 2010 г. гласит:

«Доля группы лиц на соответствующем товарном рынке определяется как сумма долей хозяйствующих субъектов, действующих на одном товарном рынке и составляющих группу лиц в соответствии с частью 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции» (п. 6.4).

В 2008–2009 гг. рассматривался комплекс дел о нарушении нефтяными компаниями антимонопольного законодательства на федеральном рынке нефтепродуктов. Указанные компании обжаловали в суде, в частности, что ФАС России включила в объем рынка сделки купли-продажи между дочерними и материнскими компаниями. По мнению истцов, не следует включать в объем рынка торговлю внутри группы лиц. Однако такая позиция противоречит тому, что при расчете объема рынка могут учитываться потенциальные продавцы, которые пока вообще не осуществляют торговлю (кроме того, расчет рынка может основываться на объемах производства, а соответственно, включать и собственное потребление произведенного товара производителем). Не случайно поэтому в прецедентном решении по делу компании «ТНК-ВР» Президиум ВАС РФ высказался следующим образом:

«Факт оптовой реализации автомобильных бензинов и авиационного керосина внутри группы лиц не означает, что входящие в эту группу хозяйствующие субъекты утрачивают самостоятельность в гражданско-правовых отношениях, и не может являться основанием для вывода об отсутствии рынка. Расчет доли в объеме рынка должен осуществляться, исходя из общего количества реализованного первому покупателю произведенных НПЗ нефтепродуктов, вне зависимости от того, относится ли такой покупатель к группе лиц доминирующего хозяйствующего субъекта»⁶.

§ 4. Экономические критерии доминирующего положения⁷

Основной критерий установления доминирующего положения — доля рынка. Если она превышает 50%, то хозяйствующий субъект признается занимающим доминирующее положение, если он не докажет обратное. Если же доля рынка составляет менее 50%, то антимонопольный орган

⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 25.05.2010 № 16678/09.

⁷ Подробнее экономические и правовые аспекты доминирующего положения хозяйствующего субъекта анализируются в гл. 5 настоящего учебника.

должен уже учитывать стабильность долей хозяйствующих субъектов на рынке, их относительные размеры и препятствующие доступу на рынок барьеры либо исходить из иных критериев, характеризующих товарный рынок (п. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции).

Указанные в Законе критерии имеют важный экономический смысл. Ведь если на рынок легко могут выйти новые игроки (барьеры входа отсутствуют), то действующим компаниям будет невыгодно повышать цены или другим образом ущемлять интересы покупателей — те смогут переключиться на продукцию потенциальных конкурентов. Важно учитывать и относительные размеры компаний: если одна компания занимает 35% рынка, а с ней конкурируют 65 компаний с долей рынка в 1% каждая, то первая компания будет лидером рынка. Кроме того, процессы изменения долей компаний на рынке свидетельствуют о конкуренции, например, когда доля компании-лидера сокращается или две крупные компании поочередно вырываются вперед. Речь идет, естественно, не о сезонных колебаниях на рынке или особенностях статистического учета нерегулярных производственных циклов, а об устойчивых процессах, свидетельствующих о реальной конкуренции.

Если устанавливается факт коллективного доминирования хозяйствующих субъектов, то в соответствии с Законом (ч. 3 ст. 5), помимо установленных требований к их совокупной доле, наличия барьеров входа на рынок и стабильности долей, антимонопольный орган также должен изучить однородность товара, неэластичность спроса и транспарентность рынка (доступность информации).

Как уже говорилось, Порядок 2010 г. детально описывает процедуру определения границ рынка и расчета доли хозяйствующего субъекта. Однако прочие критерии установления доминирующего положения (за исключением барьеров доступа на рынок и стабильности долей) конкретизированы в нем недостаточно подробно.

Это, по-видимому, объясняется желанием антимонопольного органа реализовывать полномочие, предусмотренное п. 10 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции (установление доминирующего положения), не связывая себя жесткой процедурой.

Отчасти такое желание обусловлено тем, что российские судебные органы стремятся не оценить по существу доказательства наличия или отсутствия доминирующего положения, а дать формальную оценку соблюдению процедуры установления доминирующего положения. Такая ситуация отражена, например, в письме ВАС РФ от 30.03.1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства»:

«При несогласии организации с признанием ее положения доминирующим на товарном рынке арбитражный суд оценивает соблюдение антимонопольным органом правил установления данного факта. ...Определение границ рынка и расчет доли, занимаемой на нем хозяйствующим субъектом, должны производиться антимонопольным органом по правилам, изложенным в Методических рекомендациях по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке, утвержденных приказом ГАК России от 03.06.1994 № 67, и Порядке проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках, утвержденном приказом ГАК РФ от 20.12.1996 № 169 (далее — Порядок 1996 г. — *Д. А.*)... Поскольку оценка границ товарного рынка и доли на нем хозяйствующего субъекта была проведена антимонопольным органом с нарушением установленных требований, основанное на такой оценке решение о доминировании организации-заявителя на этом рынке правомерно признано судом недействительным» (п. 10).

В то же время и в европейском, и в американском законодательствах в аналогичных нормативных актах, регулирующих процедуру исследования рынка, подчеркивается (и эта концепция подтверждается судебной практикой):

«Данное Руководство описывает принципиальную аналитическую технику и основные типы доказательств, на которые обычно опираются антимонопольные органы при оценке, произойдет ли в результате слияния существенное ухудшение условий конкуренции. Оно не говорит об оценке органом других случаев. Руководство направлено на помощь бизнес-сообществу и практикующим юристам путем увеличения прозрачности аналитических процедур, на которые опирается орган в своих решениях. Оно также может быть полезно судам в развитии соответствующих рамок для интерпретации и применения антимонопольного законодательства в контексте слияний. Руководство должно использоваться с осознанием того, что анализ слияний не заключается в однотипном применении единой методологии. Это специфический, зависящий от фактов процесс, при котором антимонопольные органы, руководствуясь своим опытом, применяют широкий спектр аналитических инструментов к доступной и достоверной информации, чтобы за ограниченный период времени дать оценку наличию угроз для конкуренции.

Данное Руководство не описывает, как антимонопольные органы рассматривают дела. Несмотря на то, что Руководство может использоваться при рассмотрении дел, оно не предписывает и не дает исклю-

чительного перечня доказательств, которые антимонопольные органы могут рассматривать в ходе рассмотрения дела»⁸.

Из всех критериев наличия доминирующего положения (помимо доли), в Порядке 2010 г. детально разобраны только барьеры входа на рынок и стабильность долей. Кроме того, в разд. 8 Порядка 1996 г. сформулирован ряд «иных критериев» установления доминирующего положения, упомянутых в Законе.

1. Стабильность доли рынка и рыночный потенциал

При определении доминирующего положения хозяйствующего субъекта (группы лиц) *доля, занимаемая хозяйствующим субъектом (группой лиц) на товарном рынке, считается неизменной или стабильной, если выполняется хотя бы одно из следующих условий:*

— в течение длительного периода (как правило, одного года, а в случае если срок существования товарного рынка составляет менее одного года, то в течение срока существования товарного рынка) доля, занимаемая хозяйствующим субъектом на рынке определенного товара, не изменяется более чем на 10%;

— в течение временного интервала исследования сохраняется порядок ранжирования крупнейших хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке. Ранжирование хозяйствующих субъектов производится по доле, которую каждый из них занимает на товарном рынке (п. 6.6 Порядка 2010 г.).

Такая формулировка позволяет уйти от оценочной характеристики «малозначительности», фигурирующей в Законе (положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем 50%, признается доминирующим, исходя из неизменной или подверженной *малозначительным* изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке).

В настоящее время продолжает действовать разд. 8 отмененного в остальной части «старого» нормативного акта — Порядка 1996 г. Этот раздел называется «Рыночный потенциал хозяйствующего субъекта». Данный термин в нем определен как «*возможность хозяйствующего субъекта оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) затруднять доступ на рынок другим хозяйствующим субъектам, не связанная напрямую с долей*

⁸ U.S. Department of Justice. Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. Issued 19 August 2010.

хозяйствующего субъекта на товарном рынке» (п. 8.2 Порядка 1996 г.). Иными словами, это доминирующее положение, которое определяется не долей рынка, а иными критериями.

В качестве таких критериев предлагается, в частности, рассматривать:

- анализ эффективности деятельности хозяйствующих субъектов: отклонения прибыли, рентабельности от их среднеотраслевых значений, а также факторы, обусловившие отклонения, при условии длительного сохранения максимальных размеров показателей эффективности (не менее одного года);

- исчисление эластичности спроса по цене: чем больше неэластичность спроса на продукцию данного продавца, тем больше его потенциал на рынке;

- установление цен на уровне выше конкурентного и длительность их поддержания на этом уровне (в том числе с использованием метода исчисления остаточного спроса) (п. 8.4 Порядка 1996 г.).

Свидетельством рыночного потенциала могут также являться:

- уровень торговых издержек, превышающий экономически обоснованный;

- чрезмерные представительские расходы;

- опережающий уровень технологического прогресса; условия использования прав на промышленную собственность;

- нарушения антимонопольного законодательства: ценовая дискриминация, сокращение выпуска, заключение антиконкурентных соглашений (п. 8.6 Порядка 1996 г.).

2. Возможность доступа на рынок новых конкурентов

Барьеры входа на рынок — это любые факторы и обстоятельства правового, организационного, технологического, экономического, финансового характера, препятствующие новым хозяйствующим субъектам вступить на данный товарный рынок и на равных конкурировать с уже действующими на нем хозяйствующими субъектами.

Несмотря на то что изучению барьеров входа на рынок посвящено огромное количество экономических исследований, правовая оценка этого явления остается, пожалуй, одним из наименее проработанных аспектов в конкурентном праве⁹. В российской судебной практике вопрос о том, правильно ли определяет антимонопольный орган наличие или отсутствие барьеров входа на рынок, практически не решался.

⁹ См.: Harbord D., Hoehn T. Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy // International Review of Law and Economics. 1994. No. 14. P. 411–435.

Барьеры входа могут изучаться на двух стадиях анализа состояния конкуренции. Во-первых, при установлении границ рынка. Если закон требует, чтобы в соответствующие рынки были включены потенциальные участники, то анализ барьеров входа необходим для определения этих границ. Во-вторых, анализ барьеров как самостоятельный этап обычно проводится уже после определения границ рынка.

Любой анализ барьеров входа включает в себя определение круга возможных участников (фирмы той же отрасли, того же района, поставщики или потребители продукции и т.д.), которые могут сталкиваться с различными барьерами. Входом в отрасль считается создание нового производства, а не приобретение уже существующего: во втором случае это просто переход контроля, а не изменение объема предлагаемого товара на рынке в результате появления нового продавца. Ключевой вопрос при определении барьеров входа: будет ли монопольно высокая цена привлекать новые фирмы настолько, чтобы цена опустилась до конкурентного уровня? Если ответ отрицательный, то барьеры входа существуют.

Детальный перечень примеров возможных барьеров приведен в п. 8.2 Порядка 2010 г. И этот перечень не закрыт. Порядок подразделяет барьеры на четыре группы:

- 1) экономические ограничения;
- 2) административные ограничения;
- 3) стратегия поведения действующих на рынке хозяйствующих субъектов;
- 4) вертикальная интеграция.

1. **Экономические (структурные) ограничения** — это барьеры, обусловленные особенностями отрасли (технологией производства, стартовыми и текущими затратами), а также особенностями рынка (его зрелостью, развитостью инфраструктуры).

Барьеры, связанные с эффектом масштаба. Экономия на масштабе, или относительное преимущество в издержках, возникает за счет возрастающей отдачи от масштаба — свойства объема производства расти быстрее, чем растет объем используемых ресурсов. Источником экономии на масштабе производства может служить наличие постоянных издержек, размер которых на единицу продукции убывает по мере роста выпуска. Входящий на рынок потенциальный конкурент будет нести довольно большие издержки, пока не достигнет уровня производства уже присутствующих игроков. В свою очередь, совокупная экономия на масштабах предприятия обуславливает минимально эффективный размер предприятия на данном товарном рынке и минимально допусти-

мые требования к размеру капитала потенциального конкурента. Чем они выше, тем больше финансовых ресурсов требуется потенциальному конкуренту для финансирования входа на рынок.

В экономической науке наряду с барьерами входа рассматриваются также *барьеры выхода с рынка*. Основными барьерами выхода с рынка является низкая ликвидность активов в отрасли в целом либо активов данного предприятия. Барьеры выхода с рынка представляют дополнительное препятствие для входа новых фирм на рынок. Рассматриваются так называемые невозвратные (омерщвленные) затраты (sunk costs) — издержки, которые нельзя вернуть после выхода. Чем они выше, тем больше ожидаемые потери в случае ухода компании с рынка и тем меньше ее стремление войти на него.

Степень развитости рыночной инфраструктуры. Отсутствие на рынке необходимых средств транспорта, сервисных компаний, компаний, оказывающих информационные, консалтинговые, лизинговые услуги и т.п., сдерживает вход фирм в отрасль.

Барьеры, основанные на абсолютном превосходстве в уровне затрат. Эти барьеры возникают, если компании, впервые выходящие на рынок, сталкиваются с существенно более высокими издержками, чем действующие производители и продавцы. Такие различия в издержках могут объясняться полученным лучшим доступом к ресурсам, технологическим превосходством, накопленным опытом.

Барьером также может являться *ограниченная доступность финансовых ресурсов* и более высокие издержки привлечения финансирования для потенциальных участников, чем для хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом рынке.

Необходимость осуществления значительных первоначальных капитальных вложений при длительных сроках окупаемости этих вложений также является барьером. Возможность входа на рынок определяется объемом затрат на освоение выпуска данного товара потенциальными поставщиками, стоимостью нового строительства или реконструкции и технического перевооружения действующих мощностей, расходами на НИОКР, подготовкой и наймом персонала, организацией сбытовой сети.

2. Административные ограничения — это ограничения деятельности, создаваемые органами власти и управления всех уровней. К их числу относятся:

- лицензирование отдельных видов деятельности;
- квотирование;
- препятствия в отведении земельных участков;

- требования в обязательном порядке удовлетворять определенный спрос, поддерживать мобилизационные мощности, сохранять рабочие места и социальную инфраструктуру;
- предоставление льгот отдельным хозяйствующим субъектам;
- условия конкурсного отбора поставщиков товара для государственных и муниципальных нужд;
- экологические ограничения, в том числе запрещение строительства производственных мощностей и объектов транспортной инфраструктуры;
- стандарты и предъявляемые к качеству требования.

3. Стратегия поведения действующих на рынке хозяйствующих субъектов. Стратегические барьеры появляются в результате целенаправленной деятельности фирм, их стратегического поведения, препятствующего проникновению новых компаний на данный рынок. К таким барьерам можно отнести:

- инвестирование в избыточные производственные мощности;
- увеличение для покупателя издержек, связанных со сменой продавца;
- проведение интенсивных рекламных кампаний.

Создание и поддержание *избыточных мощностей* позволяет действующей крупной компании в случае выхода на рынок новичка резко увеличить выпуск до запретительного, с тем чтобы он понес невозвратные издержки. Это также облегчает расширение фирмы и занятие новых сегментов рынка, позволяет легче подстраиваться под рыночную конъюнктуру. Если все компании на рынке придерживаются стратегии поддержания резервных мощностей, то это ведет и к увеличению совокупных издержек.

Стратегические барьеры могут также создаваться путем *увеличения для покупателя издержек, связанных со сменой продавца*, например, за счет предоставления скидок постоянным покупателям, заключения долгосрочных контрактов или выпуска взаимодополняющих товаров, не являющихся взаимозаменяемыми с продукцией других хозяйствующих субъектов. К росту таких издержек ведет и предоставление покупателям льгот при оплате, послепродажного сервиса, формирование с покупателями неформальных отношений.

Реклама может служить барьером для входа новых компаний на рынок: с одной стороны, потому, что потенциальным конкурентам придется преодолевать уже сложившиеся под ее воздействием предпочтения и привычки потребителей, а с другой — потому, что интенсивное маркетинговое соперничество действующих на рынке компаний увеличивает издержки и затрудняет вход.

4. Наличие среди действующих на рынке хозяйствующих субъектов вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов приводит к созданию барьеров входа на рынок. Это объясняется тем, что такие хозяйствующие субъекты, чья деятельность охватывает ряд последовательных стадий в цепочке создания стоимости (производство сырья, его переработка, создание конечной продукции, транспортировка, дистрибуция) используют преимущества внутрикорпоративных связей и сдерживают потенциальных конкурентов. Создание барьеров входа на рынок для новичков в первую очередь связано с ограничением для них доступа к ресурсам и каналам сбыта со стороны вертикально-интегрированных компаний. Вход на такой рынок, как правило, требует от компаний участия в вертикальной интеграции, т.е. одновременного входа на предшествующие и последующие рынки, что увеличивает издержки.

§ 5. Определение уровня концентрации и оценка состояния конкуренции на товарном рынке

Основной сферой применения Порядка 2010 г. в части установления факта ограничения конкуренции и оценки состояния конкурентной среды является исполнение антимонопольным органом функции контроля за экономической концентрацией.

Порядок 2010 г., в частности, предусматривает *«оценку перспективы изменения конкуренции на рассматриваемом товарном рынке (в случаях, предусмотренных подпунктами “б” и “в” пункта 1.1 настоящего Порядка)»* (пп. «б» п. 9.1 Порядка 2010 г.), а именно:

«при принятии решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией, согласно главе 7 Закона о защите конкуренции, за исключением рассмотрения сделок и иных действий, которые осуществляются внутри группы лиц» (пп. «б» п. 1.1 Порядка);

«при решении вопросов о принудительном разделении (выделении) коммерческих и некоммерческих организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность, в соответствии со статьей 38 Закона о защите конкуренции» (пп. «в» п. 1.1 Порядка).

Это означает, что при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства положения Порядка 2010 г. об оценке состояния конкурентной среды практически не используются.

Правовое значение для оценки состояния конкуренции в настоящее время имеет лишь п. 9.5 Порядка 2010 г. Он устанавливает, что к числу факторов, способствующих ограничению конкуренции на рассматриваемом товарном рынке, могут относиться:

- наличие барьеров для распространения информации о товарах-заменителях;
- значительная доля вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов;
- снижение в течение временного интервала исследования доли хозяйствующих субъектов, не являющихся вертикально-интегрированными;
- доминирующее положение вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке, на одном из смежных товарных рынков, на которых обращаются товары, используемые в производстве данного товара, или на которые данный товар последовательно поступает в процессе своего физического перемещения от производителя к потребителю;
- высокий уровень концентрации предшествующих (вышестоящих) смежных товарных рынков, на которых хозяйствующий субъект, действующий на рассматриваемом товарном рынке (последующем или нижестоящем) в качестве продавца, выступает или готов выступить в качестве приобретателя.

С одной стороны, данный пункт уточняет, какие именно «иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке»¹⁰, может учитывать антимонопольный орган. С другой — он вводит в антимонопольное законодательство термин «предшествующие и последующие рынки» (в приказе МАП России № 169 — «вышестоящие и нижестоящие рынки»), а также понятие вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов. Последнее раскрывается в п. 10.1 документа следующим образом:

«Хозяйствующие субъекты (в том числе группы лиц), деятельность которых охватывает ряд последовательных стадий процесса производства (обработки, переработки) и обращения, продукция каждой из которых может рассматриваться в качестве товара на соответствующем товарном рынке (далее — вертикально-интегрированные хозяйствующие субъекты)».

Других норм, касающихся ограничения конкуренции, Порядок 2010 г. не содержит.

Вместе с тем пп. «а» п. 9.1 гласит: *«Оценка состояния конкуренции на товарном рынке включает заключение о том, к какому виду рынков относится рассматриваемый товарный рынок: к рынку с развитой кон-*

¹⁰ Пункт 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

курением, к рынку с недостаточно развитой конкуренцией или к рынку с неразвитой конкуренцией... Заключение о том, к какому виду рынков относится рассматриваемый товарный рынок, дается на основании показателей уровня концентрации товарного рынка... (п. 9.2 Порядка 2010 г.), а также иных факторов. В соответствии с различными значениями коэффициента рыночной концентрации и индекса рыночной концентрации Герфиндаля—Гиршмана выделяются следующие уровни концентрации товарного рынка:

- высокий...;
- умеренный...;
- низкий...». (п. 7.2 Порядка 2010 г.).

Документ также устанавливает показатели, которые используются для определения уровня концентрации товарного рынка: коэффициент рыночной концентрации (CR) и индекс рыночной концентрации Герфиндаля — Гиршмана (HNI).

Коэффициент рыночной концентрации (CR) — это сумма долей на товарном рынке (выраженных в процентах) определенного числа (n) крупнейших хозяйствующих субъектов, действующих на данном рынке:

$$CR_n = \sum_{i=1}^n D_i,$$

где D_i — выраженная в процентах доля i -го крупнейшего хозяйствующего субъекта, действующего на товарном рынке; n — число рассматриваемых крупнейших хозяйствующих субъектов, действующих на данном товарном рынке.

Индекс рыночной концентрации Герфиндаля — Гиршмана (HNI) — сумма квадратов долей (выраженных в процентах) на товарном рынке всех хозяйствующих субъектов, действующих на данном рынке:

$$HNI = \sum_{i=1}^N D_i^2,$$

где D_i — выраженная в процентах доля i -го хозяйствующего субъекта, действующего на товарном рынке;

N — общее количество хозяйствующих субъектов, действующих на данном товарном рынке.

Очевидно, что максимальное значение, которое может принимать индекс, равно 10 000.

Закон о защите конкуренции однозначно устанавливает критерии принятия решения при контроле экономической концентрации: *отказ в удовлетворении ходатайства, если сделка, иное действие, заявлен-*

*ные в ходатайстве, приведут к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения и др.*¹¹

Возникают закономерные вопросы: для чего антимонопольному органу нужны индексы экономической концентрации и классификация рынков по уровню концентрации? Для чего введена классификация рынков по уровню развития конкуренции — тем более что помимо уровня концентрации учитываются и барьеры входа на товарный рынок, поведение хозяйствующих субъектов на товарном рынке и результаты их хозяйственной деятельности?

Ответ надо искать в отмененном приказе № 169 МАП России. В противоречие действующему законодательству и по аналогии с зарубежными актами по вопросу анализа рынков¹² он устанавливал:

«9.3. В зависимости от различного уровня концентрации товарных рынков дифференцируются действия антимонопольных органов по отношению к различным рынкам и действующим на них хозяйствующим субъектам.

<...>

9.3.1. Для высококонцентрированных рынков: ...запреты на слияния хозяйствующих субъектов и создание объединений юридических лиц;

<...>

9.3.2. Для умеренно концентрированных рынков: ...слияние хозяйствующих субъектов и создание объединений юридических лиц допускается, но при условии, что рыночный потенциал не увеличится».

Действительно, американское Horizontal Merger Guidelines, в котором также установлена рассматриваемая аналитическая процедура, делает алгоритм действий антимонопольного органа зависящим от значения индекса Герфиндаля — Гиршмана после сделки и величины его изменения (табл. 4.5).

¹¹ Однако даже если сделка ограничивает конкуренцию (но не полностью ее устраняет), она может быть одобрена антимонопольным органом при выполнении определенных условий (условия допустимости). Так, сделки, иные действия, предусмотренные ст. 27–30 Закона о защите конкуренции, могут быть признаны допустимыми, если: «не создается возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей таких... сделок, иных действий, а также если их результатом является или может являться:

1) совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке;

2) получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), согласенных и согласованных действий, сделок» (ч. 1 ст. 13 Закона).

¹² В частности, в данном нормативном акте (!) указывалось, что приложения составлены с использованием материалов специалистов Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

Таблица 4.5

Концентрация рынка и действия антимонопольного органа в США

<i>ННН</i> после слияния	<i>ΔННН</i>		
	менее 100	100–200	200 и более
Низкоконцентрированные рынки 0–1500			
Среднеконцентрированные рынки 1500–2500		Подлежат изучению	Подлежат изучению
Высококонцентрированные рынки 2500–10 000		Подлежат изучению	Презюмируется рост рыночной власти

На высококонцентрированном рынке сделка, в результате которой индекс *ННН* возрастает более чем на 200 пунктов, будет запрещена. Сделки на низкоконцентрированных рынках и сделки, ведущие к росту индекса *ННН* менее чем на 100 пунктов, будут одобрены без дополнительных исследований. В остальных случаях антимонопольный орган будет рассматривать дополнительные факторы, способствующие и препятствующие конкуренции.

Среди факторов, способствующих конкуренции (после сделки), американское Horizontal Merger Guidelines выделяет увеличение эффективности и конкурентоспособности, а также отмечает, что приобретение фирмы, находящейся на грани банкротства (уходящей с рынка), не ведет к ограничению конкуренции.

Факторами, препятствующими конкуренции (после сделки), Horizontal Merger Guidelines считает:

- производство компаниями конкурирующих друг с другом дифференцированных продуктов;
- конкуренцию объединяющихся фирм на торгах и аукционах;
- поддержание избыточной мощности;
- склонность фирм к отказу от инноваций;
- вероятность возникновения координации¹³;
- наличие общих крупных потребителей.

Данное Руководство (Guidelines) приводит следующие примеры действия препятствующих конкуренции факторов, когда сделка будет поставлена под сомнение.

1. Производство дифференцированных товаров. Объединенная фирма будет контролировать выпуск товаров *А* и *В* и увеличит на них цены на

¹³ Имеются в виду коллективное доминирование или согласованные действия.

10%. До слияния при росте цен на товар *A* на 10% на товар *B* переключалось до 30% спроса.

2. Устранение конкурента, служащего ограничителем цен (при поддержании избыточной мощности). Фирма *A* — лидер рынка — объединяется с фирмой *B*, которая выпускает свой товар с более высокими издержками. Объединенная компания снизит объем выпуска на фабриках с высокими издержками, но увеличит цену продаж на оставшихся. Такая сделка повредит потребителям.

3. Склонность к отказу от инноваций и товарного разнообразия. Фирма *A* продает высококачественный товар по высокой премиальной цене, фирма *B* — товар среднего качества по низкой цене чувствительным к цене покупателям. Остальные фирмы выпускают низкокачественный товар. Фирма *A* планирует купить *B* и прекратить выпуск ее товара, не поднимая цены на свой товар. В этом случае покупатели также пострадают.

4. Крупный покупатель *C* мог до объединения фирм *A* и *B* выторговать у *A* более низкие цены, угрожая переключиться с продукции *A* на продукцию *B*. Других поставщиков, способных удовлетворить потребности *C*, нет. Слияние повредит покупателю *C* (данная ситуация, однако, может также отражать дискриминацию по ценам и быть нарушением антимонопольного законодательства).

Кроме того, американское Merger Guidelines¹⁴ содержит указания на то, какие негоризонтальные слияния могут ограничить конкуренцию. Во-первых, это слияния, устраняющие потенциальных конкурентов (с долей рынка более 20%). Во-вторых — вертикальные слияния, которые создают барьеры входа, облегчают сговор на рынке (в том числе приобретение ключевого покупателя, вхождение в розничный рынок), а также сделки естественных монополий по приобретению своих поставщиков.

Аналогичных подходов придерживаются и европейские антимонопольные органы. Европейская комиссия в своем Руководстве по оценке горизонтальных слияний компаний¹⁵ говорит о том, что помимо *HHI* (пороговые значения индекса в Европе отличаются от американских) одновременно используется и критерий доли рынка (сделки с суммарной долей объединяющихся компаний менее 25% рынка Комиссия не признает ведущими к ограничению конкуренции). При оценке влияния сделки на конкуренцию Европейская комиссия учитывает те же

¹⁴ Неотмененный раздел 4 U.S. Department of Justice Merger Guidelines. 14 June 1984.

¹⁵ Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings. 2004/C 31/03.

факторы, что и американские антимонопольные органы. Отдельно рассматриваются слияния с потенциальным конкурентом и сделки, увеличивающие силу покупателя (объединенной компании) на предшествующем рынке.

Факторы, препятствующие конкуренции после совершения сделки, Комиссия делит на две группы: связанные и не связанные с координацией. Не связаны с координацией такие факторы, как высокая степень конкуренции между объединяющимися компаниями, ограниченные возможности покупателей сменить поставщика, большая доля рынка объединяющихся компаний, неэластичность предложения конкурентов, возможность объединенной фирмы препятствовать развитию конкурентов. Связанные с координацией факторы — это условия, при которых становятся возможными согласованные действия или коллективное доминирование. Европейская комиссия относит к таким факторам условия для координации (общее видение у компаний, устойчивая экономическая среда, однородность продукции, четкая идентификация покупателей); высокую транспарентность рынка; наличие механизмов «возмездия».

В пользу одобрения сделки будут говорить наличие рыночной власти у покупателей, отсутствие барьеров входа, рост эффективности. В особых случаях Комиссия будет рассматривать выполнение условий защиты обанкротившейся фирмы.

В Руководстве по оценке негоризонтальных слияний компаний¹⁶ (далее — Руководство) Комиссия утверждает: сделки, в которых совокупная доля рынка объединившихся компаний на любом (как на предшествующем, так и на последующем) рынке менее 30%, а индекс *HHI* после сделки не превышает 2000, не создают угрозы для конкуренции. Так же как и при горизонтальных слияниях, выделяются связанные и не связанные с координацией эффекты.

Для нас особый интерес представляет европейский опыт оценки влияния на конкуренцию эффектов, не связанных с координацией.

Для конгломератных слияний Руководство делает особый акцент на продаже объединяющимися компаниями связанных товаров и товаров в наборах (*tying & bundling*). Под продажей связанных товаров (*tying*) понимаются ситуации, когда покупатели, купившие товар *A*, вынуждены также приобретать товар *B* (как правило, это комплектующие или расходные материалы к товару *A*). Под продажей набора товаров понимаются ситуации, когда товары продают исключительно вместе в фик-

¹⁶ Guidelines on the Assessment of NonHorizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings. 2008/C 265/07.

сированной пропорции (*pure bundling*), а также когда по отдельности они доступны по более высоким ценам, чем в наборе (*mixed bundling*).

Для вертикальных слияний Руководство рассматривает случай исключения (устранения) с рынка в результате слияния поставщика ресурсов, а также случай исключения (устранения) с рынка покупателя (потребителя). В первом случае сужается доступ к ресурсам: объединившаяся компания ограничивает реализацию товаров, которые иначе (без сделки) продавались бы на предшествующем рынке, и увеличивает тем самым издержки своих конкурентов на последующем рынке. Это позволяет ей самой поднять цены на последующем рынке. Но поскольку сделка может увеличить эффективность производства и соответственно снизить цены, для ее оценки надо сравнивать эти два эффекта (рис. 4.8).

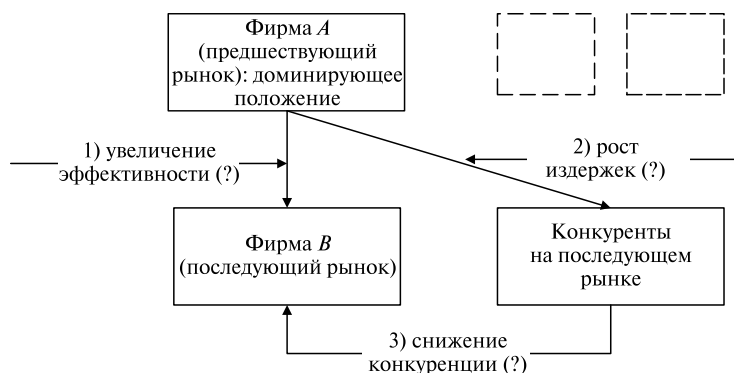


Рис. 4.8

Во втором случае сужается доступ конкурентов фирмы на предшествующем рынке к клиентской базе. Поставщик приобретает крупного покупателя на последующем рынке и ограничивает доступ к нему своим конкурентам. Те вынуждены будут повысить издержки и цены на предшествующем и последующем рынках. Это позволит объединившейся фирме повысить цены на последующем рынке (рис. 4.9).

В настоящее время нормы Порядка 2010 г., касающиеся вопросов оценки конкуренции при контроле за экономической концентрацией, не полностью отражают практику рассмотрения ходатайств и уведомлений и не учитывают современный зарубежный опыт. Поэтому можно ожидать, что российский антимонопольный орган внесет в Порядок изменения и дополнения, которые позволят интерпретировать используемый в Законе термин «усиление доминирующего положения» через изменение показателей концентрации, а также конкретизирует список рассматриваемых факторов, способствующих ограничению конкуренции.

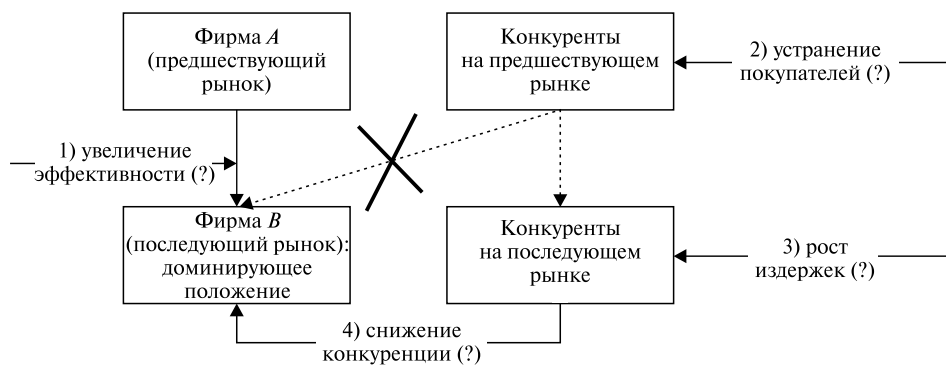


Рис. 4.9

Основные понятия

- Предшествующие рынки (*upstream market*)
- Последующие рынки (*downstream market*)
- Оптовые рынки (*wholesale markets*)
- Розничные рынки (*retail markets*)
- Тест гипотетического монополиста (*hypothetical monopolist test*)
- Целлофановая ошибка (*cellophane fallacy*)
- Эластичность спроса (*demand elasticity*)
- Коэффициент рыночной концентрации (*concentration ratio*)
- Коэффициент Герфиндаля — Гиршмана (*Herfindahl-Hirschmann index*)
- Потенциальный конкурент (*potential competitor*)
- Барьеры для входа (*entry barriers*)
- Невозвратные (омерщвленные) издержки (*sunk costs*)
- Эффект масштаба (*economies of scale*)
- Доля рынка (*market share*)
- Власть покупателя (*buyer power*)
- Рыночный потенциал (*market power*)
- Сопутствующие товары (*tying products*)
- Продажа товаров в наборах (*bundling*)
- Транспарентность рынка (*market transparency*)

Вопросы для обсуждения

1. Почему определение товарного рынка является исходной точкой для применения конкурентного права?

2. Какие задачи должен решить антимонопольный орган, изучая товарный рынок?

3. Какие этапы предусматривает процедура определения антимонопольным органом продуктовых и географических границ рынка?

4. Что такое «тест гипотетического монополиста»? Почему его называют также SSNIP-тестом?

5. Каковы основные способы определения границ рынка? В чем заключается их асимметричность?

6. В чем заинтересован субъект рынка, представляющий свое место на рынке в диалоге с антимонопольными органами: в расширении или сужении границ рынка?

7. Какими способами можно рассчитать объем товарного рынка?

8. Должна ли учитываться сделка внутри группы лиц при расчете объема товарного рынка?

9. Каковы основные барьеры входа на рынок?

10. Какие факторы, ограничивающие конкуренцию, изучают антимонопольные органы, рассматривая горизонтальные слияния?

11. Как могут ограничить конкуренцию негоризонтальные слияния?

Приложения

1. Нормативные акты российского антимонопольного органа по вопросу исследования рынков

В 1990 г. был образован *Государственный комитет РСФСР по анти-монопольной политике и поддержке новых экономических структур (ГКАП России)*. В 1992 г. утверждено соответствующее Положение. В марте 1997 г. этот орган преобразован в *Государственный антимонопольный комитет Российской Федерации (ГАС России)*. 22 сентября 1998 г. Указом Президента Российской Федерации ряд комитетов и служб были объединены в *Министерство Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства (МАП России)*. 9 марта 2004 г. Министерство упразднено, а его полномочия переданы другим ведомствам. Принадлежавшие МАП России функции федерального антимонопольного органа, контроля над деятельностью естественных монополий и над соблюдением законодательства о рекламе перешли к вновь образованной *Федеральной антимонопольной службе (ФАС России)*, являющейся сегодня антимонопольным органом страны.

1 июля 1992 г. ГКАП России издал приказ № 144 «О временных методических рекомендациях по анализу состояния товарных рынков». Приказом от 26.10.1993 № 112 они были отменены, а утверждены Методические рекомендации по определению границ и объемов товарных рынков. Данный документ утратил силу 6 декабря 2001 г. в связи с изданием приказа МАП России № 1263 «О признании утратившими силу некоторых приказов ГКАП России с 1991 по 1994 год», однако фактически он не применялся с 1996 г.

21 апреля 1994 г. ГКАП России выпустил *Временные методические рекомендации по выявлению монопольных цен* (письмо № ВБ/2053) и приказом от 03.06.1994 № 67 утвердил *Методические рекомендации по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке*.

Согласно п. 6 постановления Правительства Российской Федерации от 08.05.1992 № 305 «О государственной регистрации ведомственных нормативных актов» и п. 2 Положения о порядке государственной регистрации ведомственных нормативных актов, утвержденного этим постановлением, которое действовало на момент издания вышеназванных рекомендаций, нормативные акты министерств и ведомств Российской Федерации подлежали государственной регистрации в Министерстве юстиции Российской Федерации (далее — Минюст России) и опубликованию в Бюллетене нормативных актов, ведомственных изданиях. Указанные акты регистрацию в Минюсте России не проходили.

20 декабря 1996 г. происходит важное событие: ГКАП России издает приказ № 169 «Об утверждении *Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках*». 10 января 1997 г. Порядок зарегистрирован в Минюсте России за № 1229. В данном нормативном акте нормы, посвященные оценке объема рынка, были дополнены нормами, связанными с установлением доминирующего положения и оценкой состояния конкуренции.

23 июня 1999 г. вышел новый Федеральный закон № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг». С этого момента начинается развиваться *нормативная база по анализу конкуренции на финансовых рынках*.

Во-первых, был принят ненормативный правовой акт *Методические рекомендации по порядку проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на рынке финансовых услуг*. Рекомендации утверждены приказом МАП России от 31.03.2003 № 86 и формально действуют до сих пор.

Во-вторых, были приняты нормативные правовые акты, которые прошли регистрацию в Минюсте России:

- *Об утверждении порядка определения доминирующего положения негосударственных пенсионных фондов* (приказ МАП России от 06.05.2000 № 337а);
- *Об утверждении порядка определения доминирующего положения участников рынка страховых услуг* (приказ МАП России от 06.05.2000 № 340а);
- *Об утверждении порядка определения доминирующего положения лизинговых организаций на рынке лизинговых услуг* (приказ МАП России от 06.05.2000 № 342);
- *Об утверждении порядка определения доминирующего положения финансовых организаций на рынке банковских услуг* (приказ МАП России от 28.10.2003 № 374);
- *Об утверждении порядка определения доминирующего положения финансовой организации по управлению ценными бумагами* (приказ МАП России от 21.06.2000 № 466).

Все данные акты были отменены с принятием аналогичных актов ФАС России (соответственно от 17.05.2006 № 129, от 10.03.2005 № 36, от 23.09.2005 № 213, от 25.10.2005 № 247, от 23.09.2005 № 212), которые, в свою очередь, были отменены в 2010 г. с принятием нового Порядка 2010 г.

25 апреля 2006 г. издан приказ ФАС России № 108, зарегистрированный в Минюсте России 27.07.2006 за № 8121. Любопытно, что этот документ проходил регистрацию более четырех месяцев и был зарегистрирован фактически на следующий день после принятия Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Данный

приказ отменил действие приказа МАП России (ГКАП России) № 169, за исключением разд. 8, посвященного рыночному потенциалу.

В приказе № 108 не было существенных противоречий с новым законодательством, поэтому он просуществовал без серьезных изменений около четырех лет, пока 28 апреля 2010 г. ФАС России не издала приказ № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке». В начальном проекте приказа содержались нормы по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта, которые должны были прийти на смену устаревшим. Однако впоследствии концепция документа поменялась.

Аналогичные нормативные акты существуют и у зарубежных антимонопольных органов. В США это *Руководство по горизонтальному слиянию компаний* (Horizontal Merger Guidelines), утвержденное совместно Министерством юстиции США и Федеральной торговой комиссией США в 1997 г., а также *Руководство по негоризонтальному слиянию* (Non-Horizontal Merger Guidelines), утвержденное Министерством юстиции США (бывший раздел 4 Руководства по слияниям редакции 1984 г.). В странах Европейского Союза это *Уведомление Комиссии Европейского сообщества об определении соответствующего рынка для целей законодательства Сообщества о конкуренции* (Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law. 97/C 372/03), а также частично принятое в 2004 г. *Руководство по оценке горизонтальных слияний компаний* (Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings 2004/C 31/03) и *Руководство по оценке негоризонтальных слияний компаний* (Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings. 2008/C 265/07).

2. Пример анкеты

АНКЕТА

Общие сведения об организации

1. Какими показателями характеризуется Ваша организация:

- продукция (товар), реализуемая Вашей организацией;
- оборот;
- регион, в котором осуществляется хозяйственная деятельность.

2. Целевое назначение товара:

- для каких целей (сфер) используется товар.

3. Как Вы принимаете решение о выборе сырья:
 - самостоятельно;
 - полагаясь на мнение специалиста (технолога ...);
 - исходя из требований нормативов и стандартов;
 - другое.
4. Какое сырье (материал) Вы используете?
5. Влияет ли на Ваш выбор изменение цены?
6. Играют ли роль нормативы и стандарты при использовании товара А?
7. Являются ли товары А и В взаимозаменяемыми? Если являются, то в какой мере?
8. Имеются ли региональные особенности использования товара А? Если имеются, то какие? Перечислите соответствующие регионы.
9. Вы покупаете товар у производителя или у посредника? Если у посредника, то указываете ли Вы конкретного производителя?

Взаимозаменяемость по спросу

А. Являются ли товары А и В взаимозаменяемыми?

1. Являются ли товары А и В взаимозаменяемыми? Если являются, то укажите, по каким параметрам (например, функциональное назначение, применение, качественные и технические характеристики, цена и др.).

2. Проранжируйте товары по указанным параметрам (ранжирование следует осуществлять по пятибалльной шкале: если товары в наибольшей степени взаимозаменяемые — 1 балл, если в меньшей степени — то 2 балла и т.д.). Результаты отобразите в таблице:

	Товар А	Товар В	
Параметр 1	Баллы	Баллы	...
Параметр 2	Баллы	Баллы	

3. Проранжируйте параметры по значимости для потребителя.

Б. Являются ли товары взаимозаменяемыми по цели использования?

4. Существуют ли ограничения, препятствующие использованию товара А, товара В? Перечислите эти ограничения.

5. Укажите основные направления (сферы) использования товара А, товара В. Результаты отобразите в таблице:

	Товар А	Товар В	...
Направление (сфера) 1			
Направление (сфера) 2			

В. Являются ли товары взаимозаменяемыми с точки зрения покупательских предпочтений?

6. Проранжируйте товары по покупательским предпочтениям (ранжирование следует осуществлять по пятибалльной шкале: если товар в наибольшей степени взаимозаменяемый — 1 балл, если в меньшей степени — 2 балла и т.д.). Результаты отобразите в таблице:

	Товар А	Товар В	...
Предпочтение 1			
Предпочтение 2			

7. Отдают ли потребители (указать группы потребителей) предпочтение одному из товаров?

8. Покупатели приобретают товар А с учетом (нужное подчеркнуть): его внешнего вида; его упаковки; удобства и комфорта при его использовании; стоимости товара; его качества; доступности технического обслуживания и ремонта; продолжительности гарантийного срока службы; его экологических свойств; долговечности и надежности товара; моды на него или рекламы (производителя, товара); известности (производителя, товара).

Г. Являются ли товары взаимозаменяемыми по цене?

9. Укажите среднюю за месяц цену продажи товара А и товара В (за единицу). Если средняя цена товара В отличается от средней цены товара А более чем на 10%, укажите причины такого отличия.

Зависимость от изменения цены

- 1. Если цена товара А увеличится на 10%, то какая доля покупателей переключится на другие товары?*
- 2. Какая доля от объема продаж каждого из товаров будет потеряна?*
- 3. Если Вы считаете, что определенные группы покупателей не сократят свои покупки в случае такого увеличения цен, укажите, какие группы.*
- 4. Пришлите ежедневные данные об объемах продаж каждого товара.*

Учет реальной конъюнктуры

- 1. Если проводились рекламные акции с установлением рекламной среды, укажите объем продаж/цен во время таких акций.*
- 2. Как изменился объем продаж товара В, когда на рынке появился товар А?*
- 3. Объясните динамику цен на товар В, указав цены за три года до появления товара А и после этого.*

Структура рынка

А. Каков объем роста продаж рассматриваемого товара (каждого из группы товаров)?

- 1. Дайте оценку динамики роста продаж (в процентах за три года).*

Б. Производится ли вся группа товаров одним и тем же хозяйствующим субъектом или есть хозяйствующие субъекты, специализирующиеся на одном товаре из группы товаров?

- 2. Укажите объем продаж в стоимости и объеме товара А и товара В за последние три года.*
- 3. Укажите долю, занимаемую Вашими конкурентами на рынке товара А? На рынке товара В?*
- 4. Какие хозяйствующие субъекты являются Вашими основными конкурентами на рынке товара А? На рынке товара В?*

Система товародвижения

1. Укажите долю продаж каждого из группы товаров через соответствующий канал сбыта:

	<i>Товар А</i>	<i>Товар В</i>	<i>...</i>
<i>Канал 1</i>			
<i>Канал 2</i>			

2. Конкурируют ли товары за место на полке магазина, и если да, то каковы платежи за него? Различаются ли, на какой основе определяются?

3. Укажите каналы сбыта, через которые Ваша организация продает взаимозаменяемый товар:

- а) супермаркеты;
- б) фирменные магазины;
- в) обычные магазины;
- г) распродажи;
- д) потребительская кооперация;
- е) автоматы.

4. Для каждого из регионов продаж укажите:

- а) общий объем продаж товара по каждому каналу сбыта;
- б) общий объем продаж Вашей организацией взаимозаменяемого товара;

5. Отдельно для каждого Вашего завода укажите:

- а) расположение каждого центра продаж;
- б) число обслуживаемых точек продаж;
- в) наибольшее расстояние, на которое товар транспортируется от завода к покупателю, а также объем продаж и доход, получаемый заводом от этого покупателя;
- г) процент продаж взаимозаменяемого товара внутри 100-километровой зоны, 150-километровой зоны, 200-километровой зоны от общих продаж взаимозаменяемого товара;
- д) наибольшее расстояние, на которое Ваша компания поставяет взаимозаменяемый товар с данного завода (в километрах).

Взаимозаменяемость по предложению

1. Используется ли одно и то же оборудование для производства товаров А и В? Если нет, укажите, какие модификации Вам необходимо сделать.

2. Укажите объем инвестиций, состав оборудования, издержки и необходимое для такой модификации время.

Фактическая и потенциальная конкуренция

1. Укажите, планирует ли Ваша компания войти на рынок товара А. Если да, то укажите, на какой стадии Вы находитесь (идея; поиск производителя; тестирование продукции) и когда планируется вход.

2. Укажите:

а) какие шаги (этапы) необходимо предпринять, чтобы войти на рынок товара;

б) время, необходимое для каждого этапа;

в) издержки каждого этапа;

г) основные трудности (определить вкусы потребителей, организовать производство, каналы сбыта, приобрести деловую репутацию и т.д.).

3. Укажите по каждому из взаимозаменяемых товаров (обозначьте товар и марку) производственные мощности, которые их производят или будут в ближайшие годы производить. Укажите также взаимозаменяемый товар, который не производится, но может производиться на мощностях.

3. Тест гипотетического монополиста в ЕС

Пример 1. Определение Европейской комиссией продуктовых границ рынка вискозных волокон

В 2001 г. Европейская комиссия принимала решение по слиянию CVC/Lenzing¹⁷. В процессе анализа сделки заводам — потребителям штапельного вискозного волокна и древесного волокна были заданы следующие вопросы (с разбивкой для роста цен на 5 и 10%).

1. Если цена на штапельное вискозное волокно вырастет на 5–10%, то:

А. Что Вы предпримете для выпуска товаров, производимых из него:

а) будете использовать другой тип волокон;

б) снизите долю вискозы в смеси;

в) откажетесь от выпуска данных товаров;

г) не измените ничего.

¹⁷ The Commission of the European Communities // Commission Decision. 17 October 2001. Case No. COMP/M. 2187 CVC/Lenzing.

Б. Насколько снизится потребление Вашей компанией этого волокна?

В. Насколько вырастут цены на товары, производимые Вашей компанией из данного волокна, если Вы не измените состав смеси, не будете использовать другие волокна и не свернете производство?

2. Аналогичные вопросы для древесного волокна.

3. При росте цен на 5–10% перейдете ли Вы (полностью или частично) с потребления вискозного волокна и (или) древесного волокна на другой тип волокон и насколько такое переключение снизит объем Вашего потребления вискозных и древесных волокон?

Проанализировав данные опроса, Комиссия пришла к выводу, что рынки вискозного и древесного волокна необходимо разграничить.

Пример 2. Определение антимонопольным ведомством Германии продуктовых границ рынка транспортировки насыпных массовых (навалочных) грузов

Немецкий Bundeskartellamt в 2005 г. рассматривал вопрос приобретения железнодорожной компанией Railion AG другой транспортной компании — RAG Bahn und Hafen GmbH, действующей на рынке транспортировки насыпных массовых (навалочных) грузов. В решении по этому делу указано, что для определения продуктовых границ с точки зрения взаимозаменяемости перевозок железнодорожным, речным и грузовым автомобильным транспортом был применен SSNIP-тест¹⁸.

Представители сливающихся компаний утверждали, что необходимо проводить учет грузовых автомобильных перевозок. Bundeskartellamt распространил среди потребителей (отправителей) продукции анкету, задав, в частности, следующие вопросы.

1. При каком уровне повышения цены на перевозки Вы готовы переключиться на перевозки грузовым автотранспортом:

а) 2%; б) 5%; в) 10%; г) более 10%; д) ни при каком.

2. Каковы Ваши транспортные потребности?

3. Укажите в приведенной системе координат «объем груза в тоннах/расстояние перевозки в километрах» комбинации, при которых отдельный вид транспорта имеет абсолютные преимущества.

Несмотря на то что 55% перевозчиков заявили, что могут переключиться на грузовой автотранспорт при росте цены на 10% и менее, это были перевозчики с малым объемом грузооборота, перевозящие грузы на небольшие расстояния. При увеличении объема груза замена оказалась невозможной: использование автотранспорта привело бы к

¹⁸ Bundeskartellamt, Beschluss. Gesch. & Z. B9–50/05 Railion AG / RAG Bahn und Hafen GmbH.

значительному росту издержек как на прием груза, так и на выплату заработной платы при транспортировке. Грузовой автотранспорт был конкурентоспособен только при перевозках небольших объемов грузов на близкие расстояния.

Антимонопольное ведомство Германии пришло к выводу, что грузовой автомобильный транспорт не может стать заменителем для перевозок массовых (навалочных) грузов железнодорожным и речным транспортом.

Пример 3. Определение Комиссией по конкуренции Великобритании географических границ рынка гофрокартона

Слияние компаний DS Smith и Linpac затрагивало несколько рынков целлюлозно-бумажной промышленности, в том числе рынок гофрокартона.

Потребителям картонных листов были заданы следующие вопросы¹⁹.

1. Укажите максимальное расстояние:
 - а) до основного поставщика;
 - б) любого фактического поставщика;
 - в) экономически доступного поставщика.
2. Изменялись ли в 2004 г. цены и каким образом (снизились на 15% и более; на 10–15%; на 5–10%; на 0–5%; остались без изменений; возросли на 0–5%; на 5–10%; на 10–15%; более чем на 15%)?
3. Предпринимали ли Вы при повышении цен следующие действия:
 - а) вели переговоры о лучшей цене с фактическим поставщиком;
 - б) переключали часть спроса на нового поставщика;
 - в) угрожали переключением;
 - г) переключали весь спрос на другого поставщика;
 - д) изменяли объем потребления;
 - е) действовали иначе.
4. Укажите факторы, которые ограничивают для Вашей фирмы возможность поставок с более длинных расстояний: время, цена, транспортные издержки, качество обслуживания, возможность небольшой поставки, проч.

На основе этого опроса был подготовлен и опубликован отчет по слиянию. Комиссия по конкуренции пришла к выводу, что рынок гофрокартона является национальным и охватывает территорию Велико-

¹⁹ URL: www.competitionandcommission.org.uk/inquiries/completed/2004/linpac/evidence_customer_questionnaire.ppt

британии²⁰: 73% потребителей испытали рост цен на 10–15%, но не переключились на зарубежных поставщиков. В данном опросе изучалась реакция не на гипотетическое, а на фактическое повышение цен, с которым столкнулись потребители.

Для Комиссии, однако, при определении географических границ более важными были ответы на вопросы о фактическом расстоянии поставки и ограничениях на переключение на более дальних поставщиков. В отчете SSNIP-тест явно использовался для определения продуктовых границ рынка. Опрос показал, что листы гофрокартона транспортируются, как правило, менее чем на 200 миль, хотя существуют и более длинные перевозки. С учетом того, что на территории Великобритании зоны обслуживания заводов накладываются друг на друга, не имея разрывов, и что основные производители оперируют несколькими заводами на территории страны, был сделан вывод о национальном характере рынка.

Пример 4. Определение антимонопольным ведомством Нидерландов географических границ рынка портовых услуг

В 2004 г. муниципальный порт Роттердама изменял организационно-правовую форму (был преобразован в ООО, находящееся в государственном владении). В связи с этим Министерство экономики Нидерландов поручило антимонопольному ведомству Нидерландов (Nederlandse Mededingingsautoriteit — NMa) определить, занимает ли порт Роттердама доминирующее положение на рынке портовых услуг. Неопределенность результата обуславливалась тем, что рядом находится другой крупный контейнерный порт-конкурент — порт Антверпена.

Опрос компаний, работающих в порту Роттердама, проводила по заказу NMa консалтинговая компания Charles River Associates²¹. Условия конкуренции в порту Роттердама изучались с применением SSNIP-теста. Арендаторам порта была выдана анкета о стоимости их контрактов, а перевозчикам — анкета о портовых издержках и заданы следующие вопросы.

1. Укажите текущий объем (и вид) операций Вашей компании.
2. Предположим, что общие издержки в порту Роттердама увеличатся на 10%, а издержки в других портах остаются на прежнем уровне:
 - а) переведете ли Вы грузопотоки в другие порты (да/нет);

²⁰ Competition Commission (UK). A Report on the Completed Acquisition of Linpac Containers Ltd by DS Smith Plc.

²¹ Charles River Associates. Study on the Port of Rotterdam — Market Definition and Market Power. Final report // Report prepared for the NMa (Nederlandse Mededingingsautoriteit). 9 December 2004. NMa ref: P_600 019/6.B309.

б) если «да», то укажите в процентах, какую долю грузопотока (долю операций), идущих сейчас через порт Роттердама (от указанного Вами текущего объема и типа груза), Вы переведете в другие порты;

в) пожалуйста, укажите в процентах, какая доля от общего объема грузопотока (доля операций) и в какой порт будет переведена (приведен список близлежащих портов).

3. Рассмотрите текущую ситуацию Вашей компании. По Вашему мнению, «связана» ли она с использованием порта Роттердама, т.е. Вы не можете перевести операции в другой порт (да/нет)?

Если «да», то укажите причины этого, а также их относительную важность (так, чтобы суммарная оценка составляла 100 баллов):

- а) инвестиции, сделанные Вами в инфраструктуру порта;
- б) долгосрочные контракты с портом;
- в) долгосрочные контракты с арендаторами порта;
- г) отсутствие необходимой инфраструктуры в альтернативных портах;
- д) для транспортных компаний — совокупные издержки на транспортировку, если маршрут проходит через порт Роттердама;
- е) другое (укажите, что именно).

В среднем респонденты ответили, что «связанным» является только 39% бизнеса, причем эта доля колеблется от 7 до 78% для разных грузов. Таким образом, 61% бизнеса при росте портовых издержек на 10% может переключиться на соседние порты. Основная причина ограничений — инвестиции в инфраструктуру. Тем не менее в антимонопольном анализе был сделан вывод, что порт обладает рыночной властью. В опросе речь шла о реакции на изменение общих портовых издержек, а при определении места порта на рынке необходимо определение реакции на изменение портовых сборов (что составляет от 10 до 20% в общих портовых издержках для разных видов грузов). Поэтому была выдвинута гипотеза о постоянной эластичности спроса и на этой основе определена доля перевозчиков, которая переключится при увеличении общих портовых издержек на 1–2% , а не на 10%, как спрашивалось.

Источник: Алешин Д.А. Новые подходы ФАС России к анализу товарных рынков: применение теста гипотетического монополиста // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 6.

Злоупотребление доминирующим положением

В теории и практике антимонопольного регулирования вопросы злоупотребления доминирующим положением занимают особое место, поскольку появление антимонопольного законодательства связано **со стремлением государства пресечь злоупотребления монополий**.

Как уже отмечалось, родиной антимонопольного законодательства можно считать США, где еще в конце XIX в. был принят *Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, или *Sherman Act*, — **Закон Шермана (Акт Шермана)**¹. На момент принятия этого закона крупные производственные объединения, инкорпорированные зачастую в форме трастов, играли системообразующую роль в американской экономике. Достаточными механизмами борьбы с грабительской деятельностью монополистов государство не обладало: судебные прецеденты, дающие возможность пресечь ограничение трастами торговли, оказались бессильны перед новыми формами экономической деятельности и мощью капитала.

Принятию этого социально направленного закона препятствовало серьезное промышленное лобби, а в результате воздействия крупного капитала закон фактически не работал более 15 лет. И только благодаря активной политике американского правительства с начала XX в. появились первые результаты применения закона в отношении крупнейших компаний — лидеров нефтяной, железнодорожной и табачной индустрий.

Закон Шермана лег в основу американского антитрестовского законодательства, а его основные принципы были впоследствии восприняты европейской системой, в том числе и принцип ограничения свободы для хозяйствующего субъекта, который может управлять рынком. Но не следует забывать, что в основе конкуренции лежит состязательность. Еще в середине прошлого века Верховный суд США отметил в своем решении: «Один производитель может выделиться из группы ему подобных просто благодаря своему мастерству, дальновидности и

¹ См. также § 3 гл. 1 и § 2 гл. 6 настоящего учебника.

техническому превосходству... столкнувшись с необходимостью конкурировать, успешный конкурент не может быть наказан за то, что он выиграл»².

В рамках данной главы мы рассмотрим основные принципы идентификации доминирующего положения, критерии злоупотребления доминирующим положением, а также принципы отграничения добросовестного поведения хозяйствующего субъекта от использования рыночной власти в целях ограничения конкуренции, а иногда и эксплуатации потребителя.

§ 1. Доминирующее положение и его виды

Наиболее раннее общее определение доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке Европейский суд дал в деле *United Brands v. Commission*³: «Доминирующее положение... означает экономическую силу, которая позволяет не допускать эффективную конкуренцию, предоставляя возможность действовать независимо от конкурентов, клиентов и в конечном счете от потребителей»⁴. Это определение многокомпонентно, при чем необходимо помнить, что оно все же дано применительно к конкретному спору. Однако последующие решения судов в большинстве случаев опирались на это решение как на основу.

Итак, **обязательные элементы доминирующего положения**:

- власть на рынке;
 - возможность ограничивать конкуренцию при помощи этой власти
- и, как следствие,
- независимость от экономической среды в принятии решений.

Ряд авторов полагают, что все эти элементы следует воспринимать не как квалифицирующие, а только как описательные⁵. Однако если рассмотреть существо доминирующего положения на рынке, взять конкретные примеры, то можно увидеть, что эти элементы присутствуют практически в каждом случае злоупотребления, что является логическим следствием самой главной предпосылки — власти на рынке. Аналогичную, но зеркальную с точки зрения распределения ролей

² *US v. Aluminum Co of America*. 58148A 2в 416 (2nd Cir 1945).

³ Case 27/76 [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429; it has used the same formulation on several other occasions, eg in Case 85/76 *Hoffmann — La Roche v. Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211. Para 38.

⁴ Пер. авт.

⁵ См., например: *Whish R. Competition Law*. 5th ed. Article 82. Point 4 “Dominant Position”. L.: Lexis Nexis, 2003.

ситуацию можно наблюдать в том случае, когда рыночной властью обладает покупатель. Крайняя точка такой власти — монопосония, существование единственного покупателя, который диктует цены и условия функционирования рынка.

1. Доминирующее положение одной компании

Российское законодательство определяет *доминирующее положение* (как видно из дефиниции, данной в ст. 5 Федерального закона «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) и приведенной в § 4 гл. 3 настоящего учебника), исходя из его последствий, т.е. определяет причину через следствие. Такой подход законодателя объясним: в условиях российской правовой системы, основывающейся в большей степени на нормативном акте, а не на судебном прецеденте, введение понятия «власть на рынке» по образцу ЕС означало бы необходимость расшифровать этот термин. Однако определить данный экономический термин через правовые инструменты практически невозможно.

Тем не менее *именно власть на рынке является существом доминирующего положения*. Для ее оценки в ЕС ключевое значение имеют несколько показателей: *доля на рынке и степень концентрации рынка; входные барьеры; возможность покупателей влиять на продавцов и рынок в целом (влиятельность покупателей)*.

Уже при анализе первого критерия видна разница в российском и зарубежном подходах. Рыночная доля (при условии, что она сохраняется в течение длительного периода времени) является существенным индикатором доминирующего положения на рынке. При этом европейский подход подразумевает еще и исторический анализ, особенно для высокотехнологичных отраслей, где заказов у компании может быть мало, но все они дорогостоящие (как, например, в производстве турбин или космических телескопов любого назначения). В таких случаях чаще всего организуются тендеры — компании конкурируют за рынок, а не на нем. Для установления рыночной власти доля имеет значение, поэтому если доля компании превышает 50%, можно говорить о признаках доминирующего положения⁶ (хотя в отрыве от других показателей доминирующее положение, как правило, не определяется). Согласно ст. 102 Договора о ЕС доминирующим может быть положение хозяйствующего субъекта, чья доля составляет более 40%; напротив, решения

⁶ ECJ in Case C-62/86 *AKZO v. Commission* [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215, held that there is a rebuttable presumption of dominance where a firm has a market share of 50 per cent or more.

Комиссии о признании доминирующего положения при доле менее 40% крайне немногочисленны⁷. Если говорить о национальных конкурентных ведомствах, то, например, английская Комиссия по справедливой торговле (OFT) вряд ли вообще признает доминирующим хозяйствующего субъекта с долей менее 40%⁸.

Для определения доминирующего положения существенное значение имеют **входные барьеры на товарный рынок**. Если входные барьеры на рынок низкие, большая доля на рынке у одного из его участников не показатель доминирующего положения. Сложно вести речь о высоких барьерах, если есть несколько примеров успешного входа на рынок. Соответственно, чем ниже входные барьеры, тем с меньшей уверенностью можно говорить о том, что большая доля на рынке свидетельствует о власти на нем⁹.

И наконец, **влиятельность (рыночная власть) покупателя**. Положение покупателя на рынке является индикатором того, до какой степени покупатель способен влиять на доминирующий хозяйствующий субъект. Наличие на рынке сильных покупателей может подтвердить отсутствие доминирующего положения, если, например, в ответ на рост цен свыше конкурентного уровня покупатели способны «привести» на рынок новых продавцов или заставить действующих продавцов и (или) производителей существенно расширить производство и тем самым вернуть цены на прежний конкурентный уровень¹⁰.

Российский подход несколько отличается от зарубежного. Согласно п. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции доля более 50% создает опровержимую презумпцию доминирующего положения¹¹. Административная и судебная практика показывает, что презумпция доминирующего положения хозяйствующего субъекта при наличии у него доли на рынке более 50% опровергается крайне редко, поскольку российский антимонопольный орган предпочитает не возбуждать дела по факту злоупотребления доминирующим положением в отношении компаний, доминирующее положение которых он не сможет установить в ходе рассмотрения дела.

⁷ Virgin/British Airways OJ [2000] L 30/1, [2000] 4 CMLR 999: dominance at 39,7% of the market, upheld on appeal Case T219/99 *British Airways v. Commission* [2003] ECR II5917.

⁸ OFT Guidance *Abuse of a dominant position*. OFT 402. December 2004. Para 4.18 "Assessment of market power". OFT 415. Para 2.12.

⁹ Directorate General for Competition Discussion paper on exclusionary abuses.

¹⁰ Case T-228/97 *Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ECR II-2969. Para 101.

¹¹ Пункт 13 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

Закон также допускает возможность установить доминирующее положение в случае с 35–50% долей при наличии неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок. Случаев признания антимонопольным органом доминирующего положения при доле менее 50% немного, и решают их суды неоднозначно¹². Общая тенденция российского правоприменения свидетельствует о том, что антимонопольные органы крайне неактивны в определении доминирующего положения при доле менее 50%.

Особую роль в России играет *Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более 35% или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов*¹³. Федеральный раздел Реестра формирует федеральный антимонопольный орган, региональный — его территориальные управления. Формально Закон о защите конкуренции не придает Реестру правоустанавливающее значение при определении доминирующего положения. Более того, выработано правило, согласно которому включение организации в Реестр затрагивает только интересы организации на товарном рынке, состоящие в правильном определении доли названной организации и доведении объективной информации об этом до неопределенной группы лиц¹⁴. Вместе с тем в силу п. 13 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» доминирующее положение хозяйствующего субъекта устанавливается с учетом его доли на рынке определенного товара. Доля признается, если не доказано иное, равной указанной в Реестре хозяйствующих субъектов. Примечательно, что на практике встречаются случаи, когда Реестр используется для подтверждения и доминирующего положения с долей менее 50%¹⁵.

¹² См., например, постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 22.12.2009 по делу № А25190/2009, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.09.2009 № 09АП17159/2009АК.

¹³ Правила ведения Реестра утверждены постановлением Правительства РФ от 19.12.2007 № 896.

¹⁴ *Клейн Н.И.* Рассмотрение дел, связанных с обжалованием решений (предписаний) антимонопольных органов (Обзор арбитражной практики) // Комментарий судебной арбитражной практики. Вып. 4. С. 38–45.

¹⁵ См.: постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 23.06.2008 по делу № А09-7365/07-15.

В антимонопольном законодательстве еще до введения общей нормы о доминирующем положении уже присутствовали нормы, позволяющие устанавливать его и при доле менее 35% для отдельных отраслей. Это подход к определению положения на рынке для финансовых организаций.

Так, с учетом относительного размера принадлежащих конкурентам долей на соответствующем товарном рынке доминирующим признается положение финансовой организации, в отношении которой выполняются в совокупности следующие условия:

- доля финансовой организации превышает 10% на единственном в Российской Федерации товарном рынке либо 20% на товарном рынке, обращающийся на котором товар обращается также на иных товарных рынках в Российской Федерации;
- доля финансовой организации на товарном рынке в течение длительного периода (не менее одного года или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если такой срок составляет менее одного года) увеличивается и (или) неизменно превышает 10% на единственном в Российской Федерации товарном рынке либо 20% на товарном рынке, обращающийся на котором товар обращается также на иных товарных рынках в Российской Федерации¹⁶.

Как представляется, «комбинированный» подход с учетом отраслевой специфики в российских условиях наиболее удачен.

Уже наметившаяся ранее тенденция к отходу от определения доминирующего положения только через количественный критерий — доли на рынке — явно усиливается. Эта же тенденция усматривается в другой разновидности доминирующего положения — «коллективном доминирующем положении».

2. Коллективное доминирующее положение

Для того чтобы в полной мере оценить значимость и первые результаты применения института «коллективного доминирующего положения»

¹⁶ См.: постановление Правительства РФ от 09.06.2007 № 359 «Об утверждении Условий признания доминирующим положения финансовой организации (за исключением кредитной организации) и Правил установления доминирующего положения финансовой организации (за исключением кредитной организации)» и постановление Правительства РФ от 26.06.2007 № 409 «Об утверждении Условий признания доминирующим положения кредитной организации и Правил установления доминирующего положения кредитной организации».

в России, необходимо проанализировать практику его применения за рубежом.

Статья 102 Договора о ЕС запрещает злоупотребление доминирующим положением со стороны одного или нескольких хозяйствующих субъектов. Если трактовать статью буквально, то можно прийти к выводу, что речь в ней идет о злоупотреблении доминирующим положением со стороны группы лиц. В ряде дел Комиссия делала вывод, что доминирующее положение занимает не один хозяйствующий субъект, а целая группа. Например, в деле *Continental Can*¹⁷ предметом анализа Комиссии стало поведение на рынке трех компаний, входивших в одну группу лиц: Continental Can (США), SLW (немецкое дочернее предприятие), занимавшее доминирующее положение в Германии, а также Europemballage (швейцарское дочернее предприятия), которое приобрело компанию-конкурента под названием TDV. К злоупотреблению доминирующим положением, по мнению Комиссии, привела совокупность действий всех трех компаний. Аналогично в деле *Commercial Solvents v. Commission*¹⁸ участниками злоупотребления стали два юридических лица: американское основное общество Commercial Solvents и его итальянское подразделение ICI. Отметим, что в рамках дела все участники группы рассматривались как единый хозяйствующий субъект.

Альтернативный подход состоит в утверждении, что экономически и юридически независимые организации могут занимать «коллективное доминирующее положение». Как следствие, эти организации могут злоупотреблять своим положением, а значит, их действия подпадают под запреты ст. 102 Договора о ЕС.

Еврокомиссия впервые попробовала развить идею коллективного доминирующего положения в 1970-х, однако суд негативно отнесся к этой идее в деле *Hoffmann — La Roche v. Commission*¹⁹, указав, что следует проводить различие между доминирующим положением и параллельными действиями, которые свойственны олигополии. При олигополии поведение хозяйствующих субъектов формируется совместно, а при доминирующем положении — единолично.

Эта логика не лишена оснований. Очевидно, что если несколько компаний действуют на рынке идентично и ограничивают конкуренцию, то их поведение будет квалифицироваться как согласованные

¹⁷ JO [1972] L 7/25, [1972] CMLR D11, annulled on appeal Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Co Inc v. Commission* [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199.

¹⁸ JO [1972] L 299/51, [1973] CMLR D50, upheld on appeal Cases 6/73 etc [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

¹⁹ 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

действия и соответственно преследоваться. Нет необходимости распространять на них действие нормы о злоупотреблении доминирующим положением. Если же поведение каждого из участников формируется единолично, необходимо рассматривать условия деятельности каждой компании в отдельности и оценивать ее власть на рынке.

Следуя этой логике, Комиссия ЕС достаточно долго не применяла концепцию коллективного доминирующего положения. Например, в деле *Magill*²⁰, когда три телевизионные компании отказались предоставить права на использование своих расписаний издателю журнала с ТВ программами, Комиссия могла установить доминирующее положение трех компаний, а вместо этого установила три доминирующих положения и три индивидуальных нарушения.

Однако затем ситуация изменилась. В деле *Italian Flat Glass*²¹ Комиссия признала, что три итальянских производителя стекла занимают коллективное доминирующее положение и злоупотребляют им. Поскольку компании действовали в условиях олигополии, они не испытывали давления конкурентной среды, что позволяло им препятствовать эффективной конкуренции, в том числе не принимать во внимание других участников рынка. Деятельность компаний была признана подпадающей в сферу действия ст. 82 Договора, а ранее была осуждена в рамках ст. 81. Таким образом, появилась возможность преследовать те коллективные деяния, на которые не распространялась сфера действия ст. 81, т.е. не могли пресекаться как соглашения. На апелляционной стадии суд отменил решение Комиссии, указав, что Комиссия всего лишь переработала ранее установленные факты, составлявшие нарушение ст. 81, вместо того чтобы провести надлежащий анализ рынка и определить власть компаний на рынке, как этого требовала ст. 82. Тем не менее суд подтвердил принцип коллективного доминирующего положения: «В принципе ничто не препятствует тому, чтобы несколько хозяйствующих субъектов, будучи связанными экономически, занимали доминирующее положение. Это может случиться, например, в случае, когда два и более независимых хозяйствующих субъекта на основании соглашений или лицензий получают технологическое лидерство, которое позволяет им действовать независимо от своих конкурентов, клиентов и конечного потребителя»²².

²⁰ *Magill TV Guide* OJ [1989] L 78/43, [1989] 4 CMLR 757, upheld on appeal Cases T-69/89 etc *RTE v. Commission* [1991] ECR II-485, [1991] 4 CMLR 586 Case C-241/91 P [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718.

²¹ OJ [1989] L 33/44, [1990] 4 CMLR 535.

²² Cases T-68/89 etc *Societa Italiano Vetro SpA v. Commission* [1992] ECR II-1403, [1992] 5 CMLR 302.

Существенным оставался вопрос о том, какие связи должны объединять компании, чтобы их можно было признать коллективно доминирующими. Впоследствии европейские суды уточняли, что наличие соглашения или лицензии не является обязательным условием для установления коллективного доминирующего положения, оно может вытекать из совокупности факторов, в том числе из структуры самого рынка.

И наконец, в деле *Laurent Piau v. Commission*²³ суд указал, что независимые хозяйствующие субъекты могут коллективно занимать доминирующее положение, если они позиционируют себя или действуют как единый хозяйствующий субъект. Суд первой инстанции привел три критерия, совокупность которых свидетельствует о коллективном доминирующем положении.

1. Каждый из коллективно доминирующих хозяйствующих субъектов должен иметь возможность знать, как действуют другие, чтобы контролировать, следуют ли они общей стратегии.

2. Координация поведения должна осуществляться на рынке в течение продолжительного периода времени, и должен существовать побудительный мотив не отказываться от общих действий.

3. Предполагаемая реакция других участников рынка не должна сводить на нет результаты, которые ожидается получить от общей политики.

Теперь посмотрим на Россию, где институт «коллективного» доминирующего положения появился только в 2006 г. В первую очередь его введение было связано со сложностями преследования коллективных злоупотреблений на товарных рынках, характеризующихся олигополистической структурой. Поэтому, следуя общей тенденции, понятие доминирующего положения было диверсифицировано. В силу ст. 5 Закона о защите конкуренции доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), применительно к которому выполняются в совокупности следующие условия:

1) совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 50%, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70% (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее 8%);

²³ Case T-193/02 [2005] ECR II-209, [2005] 5 CMLR 42; note that paras 43–50.

2) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Как видно из изложенного, параллелей с европейским подходом немного. Формулировки и критерии европейского суда скорее сходны с существующим в России определением согласованных действий. Однако некоторое подобие все же есть, что позволяет сформулировать основные критерии «коллективного доминирующего положения». Итак, **коллективное доминирующее положение подразумевает** следующее:

- рынок функционирует в условиях олигополии;
- совокупная доля олигополистов на рынке соответствует обычному порогу, применяемому для установления единоличного доминирующего положения;
- олигополисты имеют возможность игнорировать поведение остальных участников рынка (в том числе и конечных потребителей);
- олигополия существует в течение продолжительного периода времени, рынок подвержен малозначительным колебаниям.

Вопрос о том, необходимы ли при этом прозрачность рынка и единая модель поведения для установления коллективного доминирующего положения, неоднозначен. Характеристики рынка и поведение его участников — элементы, анализируемые применительно к *деятельности* хозяйствующего субъекта, а не к его *положению* на рынке.

Характерно, что европейские суды подчеркивают еще одну особенность, связанную с этим институтом, — **злоупотребление коллективным доминирующим положением нельзя рассматривать как полную альтернативу антиконкурентным согласованным действиям**. Злоупотребление коллективным доминирующим положением требует детального анализа рынка и является самостоятельным типом антиконкурентного поведения на рынке.

Еще один вопрос, который возникает применительно к коллективному доминирующему положению: можно ли единолично злоупотребить коллективным доминирующим положением?

И европейские, и российские правоприменители утверждают, что можно. Однако, понятое буквально, данное утверждение не согласуется с существом доминирующего положения, в основе которого — возможность действовать на рынке без оглядки на поведение других его участников. Ведь при олигополистической структуре рынка злоупотребление одного из участников может поставить его в невыгодное положение по сравнению с остальными: например, если только он один поднимет цену, а остальные за ним не последуют, то его клиенты уйдут к конкурентам, а его прибыль уменьшится. Поэтому игнорировать поведение других участников на рынке он уже не сможет, равно как не сможет извлекать сверхприбыль.

Как представляется, указание в российском Законе о защите конкуренции на то, что каждый из коллективно доминирующих хозяйствующих субъектов признается занимающим доминирующее положение, должно толковаться в свете норм об ответственности за совместно совершенное правонарушение: она должна быть индивидуальной, а не коллективной.

§ 2. Злоупотребление доминирующим положением: понятие, виды и типология

На многих товарных рынках действуют хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение. Рассмотрим, какие последствия для их правоспособности это влечет. Первое ограничение устанавливает ст. 10 ГК РФ, запрещающая использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребления доминирующим положением на рынке.

Статья 10 Закона о защите конкуренции запрещает действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе следующие действия (бездействие):

- 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 Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, 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 имеется 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 Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, 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 Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, 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).

Вопрос о соотношении норм злоупотребления доминирующим положением и злоупотребления гражданским правом, а также о соотношении норм гражданского и антимонопольного законодательства неоднозначен.

По мнению Н.И. Клейн, ст. 10 ГК РФ определяет границы (пределы) осуществления гражданских прав, запрещая определенное поведение. Она устанавливает общий ограничитель усмотрения субъектов гражданских прав при осуществлении ими своих прав и распоряжении правами: нельзя осуществлять свои права, если это ведет к нарушению прав и интересов других лиц. Здесь имеется в виду:

- злоупотребление правом с прямым умыслом нанести ущерб интересам других лиц;
- злоупотребление правом, объективно причиняющее вред другим лицам, хотя и не имеющее такой цели;
- злоупотребление доминирующим положением на рынке и ограничение конкуренции;
- недобросовестная конкуренция и реклама²⁴.

Иной точки зрения по данному вопросу придерживается О.Н. Садиков²⁵, который считает сомнительной обоснованность отнесения в ст. 10 ГК РФ к злоупотреблению правом случаев, когда гражданские права используются для ограничения конкуренции и реализации доминирующего положения на рынке. По мнению автора, вряд ли можно трактовать участие в рыночной конкуренции, а тем более само доминирующее положение на рынке как использование каких-либо особых гражданских прав. В этом случае речь идет о соблюдении особого правового режима предпринимательской деятельности, установленного государством в интересах ее стимулирования и охраны прав потребителей.

Ряд исследователей поддерживают такую точку зрения. Высказывается мнение, что названные выше запреты на осуществление монополистической деятельности не следует относить к злоупотреблению правом, поскольку занятие субъектом предпринимательства доминирующего положения на рынке свидетельствует не о наличии особого права, а о существовании определенной экономической ситуации (доминирующего положения, монополии), предполагающей государственный контроль. Конкретные запрещенные деяния, совершаемые лицами, занимающими доминирующее положение, не являются злоупотреблением правом, так как последнее означает нарушение общих

²⁴ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / под общ. ред. О.Н. Садикова. М.: 1999. С. 31 (автор комментария — Н.И. Клейн).

²⁵ См.: Там же. С. 43.

принципов, предусмотренных общими нормами (например, запрет совершать действия исключительно с намерением причинить вред другим лицам, а также действия, противоречащие требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, если конкретные запреты не установлены специальными нормами)²⁶.

Однако, говоря о соотношении злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ) и злоупотребления доминирующим положением (ст. 10 Закона о защите конкуренции), необходимо помнить, что Закон о защите конкуренции содержит нормы разного порядка, что видно даже из самого содержания запретов. Речь идет о нормах, направленных на защиту экономически зависимой стороны, и нормах, направленных на защиту рыночного равновесия. К первым относится запрет навязывать невыгодные условия договора, устанавливать монопольно высокие цены, дискриминационные условия, отказываться от заключения договоров. Ко вторым — все остальные нормы, перечисленные в ст. 10 Закона о защите конкуренции, за исключением ограничения доступа на рынок, которое может быть в равной степени отнесено к обеим категориям²⁷. Нормы второй группы носят скорее публичный, чем частноправовой характер. Их существование обусловлено негативным влиянием названных действий на конкуренцию в целом, а не превышением пределов реализации какого-либо конкретного субъективного гражданского права. Поэтому вряд ли возможно отнести случаи нарушения данных запретов к злоупотреблению гражданским правом.

Иначе дело обстоит с запретами, направленными на защиту зависимой стороны в экономических отношениях. Эти запреты носят частноправовой характер. В данном случае условием квалификации деяния как злоупотребления доминирующим положением является ущемление прав контрагента. Более того, практически все случаи злоупотребления доминирующим положением, имеющие своим результатом ущемление прав контрагента, происходят в ходе заключения или исполнения гражданско-правовых договоров. Таким образом, можно идентифицировать субъективное гражданское право, используемое не по назначению: речь идет о злоупотреблении правом на свободу договора и (или) правом собственности.

²⁶ См.: *Паращук С.А.* Конкурентное право. М.: Городец, 2004. С. 159.

²⁷ Представляется, что ограничение доступа на рынок, если оно осуществляется посредством уклонения от заключения договора, имеет своим результатом и ущемление прав отдельного хозяйствующего субъекта, в отношении которого допускается злоупотребление свободой договора, и ограничение конкуренции, поскольку с рынка устраняется один из потенциальных или реальных игроков.

Существует ряд квалифицирующих критериев для определения злоупотребления доминирующим положением:

- хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение на рынке соответствующего товара; при этом, равно как и в зарубежных юрисдикциях, сам по себе факт доминирующего положения на рынке не является правонарушением;

- недопущение, ограничение или устранение конкуренции — этот критерий служит юридическим определением злоупотребления доминирующим положением. Исходя из системного толкования положений ст. 10 ГК РФ и ст. 3 и 10 Закона о защите конкуренции, для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции либо ущемления интересов других лиц. В отношении действий (бездействия), прямо поименованных в ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом²⁸;

- альтернативное условие квалификации — ущемление интересов других хозяйствующих субъектов. Это проявление того частноправового характера, который свойствен норме о запрете злоупотребления доминирующим положением.

Ряд исследователей полагают, что данное условие следует исключить из перечня квалифицирующих признаков злоупотребления доминирующим положением, поскольку оно не направлено на достижение главной цели законодательства о конкуренции — рыночного баланса²⁹. Есть и другая сторона этой проблемы. Согласно ст. 2 Закона о защите конкуренции его действие распространяется на отношения, влияющие на конкуренцию на территории России. Эта норма дала основание многим судам считать, что действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, подлежат антимонопольному контролю только тогда, когда они ограничивают конкуренцию³⁰. Однако такая позиция, как представляется, игнорирует другую цель, преследуемую

²⁸ Пункт 4 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

²⁹ См.: Хольцер Х. Антимонопольная политика и законодательство России. М., 2003. С. 65.

³⁰ См., например, постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 09.12.1999 по делу № А82161/99А/1 по заявлению ОАО «Ярэнерго» о признании недействительными решения и предписания Ярославского ТУ МАП России.

законодательством о конкуренции, — защиту экономически зависимой стороны.

Вместе с тем нельзя забывать, что норма единая, поэтому провести четкую грань между защитой экономически слабой стороны и обеспечением рыночного равновесия получается далеко не всегда. Таким образом, мы возвращаемся к вопросу о том, какие злоупотребления приводят к ущемлению прав третьих лиц, но не приводят к ограничению конкуренции. Представляется, что злоупотребление доминирующим положением, которое приводит исключительно к ущемлению интересов приобретателей товара, — это в основном нарушения со стороны субъектов естественной монополии³¹ или иных доминирующих хозяйствующих субъектов, выражающиеся в отказе предоставить товар или доступ к своим мощностям отдельным лицам, не осуществляющим предпринимательскую деятельность. По формальным признакам эти нарушения соответствуют критериям злоупотребления доминирующим положением, но по фактическим — это скорее потребительские отношения. По-видимому, сегодня к таким случаям следует применять Федеральный закон «О защите прав потребителей», совершенствование которого требуется, если он недостаточно эффективно выполняет свое целевое предназначение. По своей правовой сути конкурентное законодательство должно защищать от ущемления права *предпринимателей*, а не потребителей. Такая сфокусированность снимет вопрос о методах воздействия на доминирующих хозяйствующих субъектов в случае неправомерного поведения в отношении потребителей, но позволит сохранить эффективность в случае запрещенных деяний в отношении конкурентов или контрагентов — хозяйствующих субъектов.

Предусмотренное же сегодня ст. 14.31 КоАП РФ решение данной проблемы — установление различной ответственности за «общерыночные» и «частные» нарушения: оборотный административный штраф (т.е. кратный сумме выручки правонарушителя от реализации товара) за первые и фиксированный (установленный в абсолютном размере) за вторые — является крайне несовершенным. В частности, выбранный законодателем вариант представляется спорным, поскольку к нарушениям субъектов естественной монополии возможность применения фиксированного штрафа специально не предусмотрена. Это значит, что ограничение конкуренции в результате их нарушений по факту презюмируется. Получается, что для одних участников рынка наказание будет

³¹ Напомним, ст. 5 Закона о защите конкуренции содержит презумпцию доминирующего положения субъекта естественной монополии на товарном рынке, который находится в состоянии естественной монополии.

выбрано, исходя из *последствий* их нарушения, а для других — исходя из их *статуса*. Ведь с точки зрения последствий отказ, например, железной дороги от заключения договора с воинской частью и отказ от заключения договора с той же воинской частью, скажем, доминирующей организацией в сфере утилизации бытовых отходов ничем не отличаются. Вопрос же разграничения типов нарушения остается открытым.

С точки зрения юридической техники либо следующим шагом должна стать четкая идентификация тех нарушений, которые не могут ограничивать конкуренцию, на законодательном уровне, либо каждый раз правоприменителям придется решать вопрос о том, наличествуют ли признаки ограничения конкуренции в деянии доминирующего хозяйствующего субъекта или имеется «только» нарушение прав третьих лиц.

Еще один немаловажный аспект квалификации злоупотребления доминирующим положением связан с вопросами интеллектуальной собственности. Согласно п. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции ее требования 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. Таким образом, реализация имущественных и личных неимущественных прав не является предметом антимонопольного регулирования³².

Рассмотрим непосредственно **виды нарушений**. Исходя из существа нарушения, помимо указанной уже выше типологии, основанной на общем результате, можно выделить следующие типологии.

1. *По инструменту*: ценовые и неценовые — в зависимости от того, является ли цена инструментом правонарушения. К первым можно отнести применение монопольно высоких, монопольно низких цен, а также нарушение действующего порядка ценообразования. Ко вторым — все остальные.

2. *По способу*: договорные, внедоговорные и смешанные. Ряд нарушений, поименованных в ст. 10 Закона о защите конкуренции, прямо указывает на договорные отношения как обязательный элемент нарушения. К таким нарушениям в первую очередь относятся отказ от заключения договора или навязывание невыгодных/не относящихся к его предмету условий. Именно такие нарушения суды зачастую считали не относящимися к сфере контроля антимонопольных органов, квалифицируя их как преддоговорные споры, что не всегда верно. К внедоговорным нарушениям можно отнести, например, сокращение производства товара, при наличии возможности его производства или изъятие

³² Более детально эта тема рассматривается в гл. 13 настоящего учебника.

товара из обращения. В то же время ряд нарушений может совершаться с использованием договорных механизмов, что не является, однако, ключевым элементом нарушения. К таким правонарушениям можно отнести ограничение доступа на рынок, все ценовые правонарушения, дискриминацию.

3. *По ближайшей цели*: направленные на извлечение сверхприбыли или на устранение конкурентов. Легче всего проиллюстрировать эту типологию на примере монопольно высоких и монопольно низких цен. Совершение обоих правонарушений возможно только при наличии доминирующего положения — в противном случае они технически невозможны. Применение монопольно высокой цены, т.е. цены, превышающей сумму расходов и прибыли, необходимых для производства и реализации такого товара, и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование, при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами, возможно только в случае, если нельзя приобрести товар у альтернативного продавца (т.е. монопольно высокая цена может быть установлена только в условиях абсолютной монополии на товарном рынке). Только тогда покупатель приобретет товар по любой цене, какой бы высокой она не была. Применение монопольно высокой цены позволяет извлечь прибыль, значительно превышающую ту, что была бы получена в конкурентных условиях.

Иная ситуация с монопольно низкими ценами, т.е. с ценами, которые ниже суммы расходов и прибыли необходимых для производства и реализации товара, и ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке. Доминирующий хозяйствующий субъект имеет больший объем сбыта, чем его конкуренты на рынке. Поэтому, даже занижая цены на продукцию, он может за счет эффекта масштаба продолжать функционировать. Более низкая цена также обеспечит приток покупателей, которые предпочтут покупать товар по более выгодным ценам. Конкуренты же, чьи затраты на производство единицы товара, как правило, выше, окажутся перед выбором: либо потерять клиентов, либо снизить цены до уровня доминирующего хозяйствующего субъекта, который не позволяет им эффективно продолжать предпринимательскую деятельность. И в том, и в другом случае конкуренты вынуждены будут уйти с рынка. Разница механизмов установления монопольно высоких и монопольно низких

цен говорит об очевидном факте: монопольно низкие цены применяет доминирующий хозяйствующий субъект, а не абсолютный монополист, за одним исключением — монопольно низкой может быть закупочная цена. В таком случае за счет занижения покупной цены доминирующий хозяйствующий субъект пытается снизить собственные издержки и в конечном счете повысить доходы.

§ 3. Критерии допустимости

В силу ст. 13 Закона о защите конкуренции некоторые виды деяний, запрещенные ст. 10 Закона, *могут быть признаны допустимыми*, если такими деяниями не создается возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей таких действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок, иных действий, а также если их результатом является или может являться:

1) совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке;

2) получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате спорных деяний.

Из анализа ст. 10 Закона видно, что допустимыми могут быть признаны:

1) экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется 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 Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

2) создание дискриминационных условий;

3) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;

4) манипулирование ценами на оптовом или розничном рынках электроэнергии.

Однако о допустимости можно говорить только условно. Сама по себе формулировка исключения подразумевает, что правонарушение не имело места, так как обязательный элемент объективной стороны — ущемление прав или потенциальное/реальное ограничение конкуренции отсутствует. То же самое можно сказать и о дополнительных условиях — совершенствовании производства и выгоде для потребителей. Их наличие исключает негативное влияние на рынок, являющееся сутью злоупотребления доминирующим положением. Поэтому можно говорить о том, что действующая концепция допустимости злоупотребления доминирующим положением, по сути, сводится к отсутствию самого факта злоупотребления. Это подтверждает и судебная практика — большинство решений, где суды применяли ст. 13 Закона о защите конкуренции, констатирует факт отсутствия правонарушения, а не его допустимость³³.

Иной подход можно наблюдать в практике зарубежных стран. Речь идет о *доктрине «необходимого оборудования»*, применяемой в основном в случаях ограничения доступа конкурентов на рынок.

Многие суды применяли ее в различных делах, доктрина не раз использовалась и Верховным судом США, однако он никогда не признавал ее как самостоятельную теорию. Доктрина подразумевает применение ответственности за нарушение ст. 2 Закона Шермана в случае, когда фирма А, контролирующая основное оборудование, отказывает фирме Б в разумном доступе к товару или услуге, необходимой ей для конкуренции с фирмой А³⁴. Ряд судебных актов, принятых Верховным судом США, а также судебная практика нижестоящих судов позволяют сделать вывод о том, что доктрина «необходимого оборудования» делает односторонний отказ от сделки (путем ограничения доступа к оборудованию или сетям) одним из нарушений ст. 2 Закона Шермана, запрещающей монополистическую деятельность под угрозой уголовного преследования³⁵.

Следуя указаниям Верховного суда США, многие федеральные суды распространили действие этой доктрины на случаи, когда контроль над определенными активами используется для устранения конкурента. Так, например, в часто цитируемом деле *MCI Communications Corp v. American Tel. & Tel. Co.*³⁶ суд применил эту доктрину, признав, что опе-

³³ См., например, постановления Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 27.04.2009 № А58-5012/08-Ф02-1542/09, от 20.04.2010 № А 33-13248/2009, постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 16.04.2009 № А55-14511/2008.

³⁴ См.: Pitofsky R. The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law. Report to EC. Цит. по делу: *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.* 948 F.2d 536, 542 (9th Cir. 1991).

³⁵ *Kramer v. Pollock-Krasner Found.*, 890 F. Supp. 250, 257 (S.D.N.Y.).

³⁶ 708 F.2d 1081, 1132–1133 (7th Cir. 1983).

ратор связи обязан предоставлять доступ к своим местным сетям компаниям, которые конкурируют с ним на рынке удаленной связи. Аналогичные выводы сделаны и по ряду других дел. К ним можно отнести вывод об обязанности владельцев стадионов предоставлять доступ на свои площадки на разумных условиях своим конкурентам/собственникам спортивных команд³⁷. Более того, ряд судов также счел эту доктрину применимой в случае, когда одна фирма, контролирующая ресурс, необходимый для функционирования компании-конкурента, отказывает ему в доступе к этому ресурсу.

Поскольку доктрина «необходимого оборудования» представляет собой исключение из правила свободы договора (не раз подтвержденного Верховным судом США, в том числе и для монополиста), ее применение требует наличия ряда условий. Четко сформулировать эти условия позволило упомянутое выше дело *MCI Communications Corp v. American Tel. & Tel. Co.*

Итак, для применения доктрины «необходимого оборудования» требуется: 1) наличие контроля со стороны монополиста над основным оборудованием; 2) неспособность конкурента создать приемлемую копию необходимого оборудования; 3) факт отказа от предоставления оборудования конкуренту; 4) техническая возможность предоставить оборудование для использования. Суды не раз подтверждали необходимость доказывать наличие этих условий³⁸.

В результате факт незаконной монополизации путем ограничения доступа к «необходимому оборудованию» суды устанавливают достаточно редко, поскольку требуется доказать, что контролируемое монополистом оборудование действительно «необходимое» и в отсутствие доступа к нему фирма не может конкурировать на рынке. Суд должен определить, что доступ к оборудованию действительно является «опре-

³⁷ *Fishman v. Estate of Writz*, 807 F.2d 520, 539–540 (D.C. Cir. 1986); *Hecht v. ProFootball, Inc.*, 570 F.2d 982, 992–993 (D.C. Cir. 1977).

³⁸ *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346, 1356, 1357 (Fed. Cir. 1999); *Caribbean Broad Sys., Ltd. v. Cable & Wireless PLC*, 148 F.3d 1080, 1088 (O.c. Cir. 1998); *Ideal Dairy Farms, Inc. v. John Labatt, Ltd.*, 90 F.3d 737, 748 (3^d Cir. 1996); *City of Anaheim v. S. Cal. Edison Co.*, 955 F.2d 1373, 1380 (9th Cir. 1992); *Laurel Sand & Gravel, Inc. v. CSX Transp., Inc.*, 924 F.2d 539, 544 (4th Cir. 1991); *Delaware & Hudson Ry. Co. v. Consol. Rail Corp.*, 902 F.2d 174, 179 (2^d Cir. 1990); *Advaneed Health-Care Servs., Inc. v. Radford Cmty. Hosp.*, 91 O F.2d 139, 150–151 (4th Cir. 1990); *City of Malden v. Union Eleer. Co.*, 887 F.2d 157, 160 (8th Cir. 1989); *Ferguson v. Greater Pocatello Chamber of Commerce, Inc.*, 848 F.2d 976, 983 (9th Cir. 1988); *McKenzie v. Mercy Hosp.*, 854 F.2d 365, 370 (10th Cir. 1988), overruled on other grounds, 117 F.3d 1137 (10th Cir. 1997); *Int'l Audiotext Network, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.*, 893 F. Supp. 1207, 1213 (S.O.N.Y. 1994); *Servicetrends, Inc. v. Siemens Med Sys., Inc.*, 870 F. Supp. 1042, 1055 (N.O. Ga. 1994); *Sunshine Cellular v. Vanguard Cellular Systems, Inc.*, 810 F. Supp. 486, 497 (S.O.N.Y. 1992); *Data General Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 761 F. Supp. 185, 192 (O. Mass. 1991).

деляющим, крайне важным», а не просто «более дешевым»³⁹. Оборудование не может быть признано «необходимым», если существует его эквивалент, а также если выгоды, которые предполагается извлечь из этого оборудования, могут быть получены из других источников. Более того, последнее условие — наличие технической возможности предоставить доступ — свидетельствует о том, что доктрина «необходимого оборудования» не требует предоставлять доступ конкурентам к своему оборудованию, если это является неразумным или лишит монополиста возможности надлежащим образом выполнять обязательства перед своими клиентами. В любом случае, доктрина «необходимого оборудования» не может быть использована для привлечения к ответственности за монополизацию при наличии разумного экономического обоснования действий монополиста⁴⁰. Большинство судов склоняется к тому, что применение доктрины «необходимого оборудования» требует доказывания намерения устранить конкурента с рынка. Более того, в ряде случаев одного отказа от сделки при наличии такого установленного намерения достаточно для фиксации факта монополизации. Суды уже не углубляются в детали ограничения доступа⁴¹.

Несмотря на то что классические случаи применения доктрины «необходимого оборудования» происходят из деятельности естественных монополий, она используется и в делах, связанных с интеллектуальной собственностью. Поэтому в понятие «необходимое оборудование» помимо реальных активов включены также патенты и ноу-хау. По делу *BellSouth Adver. & Publ'g v. Donelly Info. Publ'g, Inc.*,⁴² суд указал, несмотря на преимущественное применение доктрины «необходимого оборудования» к реальным активам, что нет причин не применить ее в случае неправомерно удерживаемой информации. В обеих ситуациях результат идентичен: сторона лишается того необходимого, что ей нужно для конкуренции. При этом, в отличие от российского подхода, нормы законодательства об интеллектуальной собственности не освобождают от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства⁴³. В равной степени к «необходимому оборудованию» отнесены и услуги⁴⁴. Иногда доступ к «необходимому оборудованию» требуется хозяйствующим субъектам, являющимся одновременно конкурентами и потре-

³⁹ См. дело *Twin Laboratories, Inc. v. Weider Health & Fitness* (1990).

⁴⁰ *Areda P., Hovenkamp H.* Antitrust Law. P. 736.1–736.2.

⁴¹ См.: *Pitofsky R.* Op. cit. P. 9.

⁴² 719F. Supp. 1551, 1566 (S.D. Fla. 1988), пересмотрено по иным причинам, F.2d 1436 (11th Cir.1993), cert. denied 520, U.S. 401 (1994).

⁴³ См.: *Pitofsky R.* Op. cit. P. 14.

⁴⁴ См.: *Ibid.* P. 13.

бителями. В этом случае злоупотребление на одном рынке направлено на получение преимуществ на смежном с ним⁴⁵. Есть еще одно условие применения Закона Шермана в случаях ограничения доступа к оборудованию: хозяйствующие субъекты должны непременно быть конкурентами. На отношения «продавец — потребитель» Закон Шермана не распространяется. Американской правоприменительной практике известны случаи отказа в исках об ограничении доступа в связи с недоказанностью наличия конкуренции между истцом и ответчиком⁴⁶.

В России перспективы доктрины неясны. Исторически сложившийся стереотип поведения крупнейших участников рынка подразумевает, что сильный игрок всегда старается ущемить права слабого, не зависимо от того, потребитель это или конкурент. Поэтому российской доктрине и практике применения норм о злоупотреблении доминирующим положением свойственна чрезмерность: не важно, что является целью более слабого хозяйствующего субъекта — желание конкурировать или просто экономия, — и закон, и правоприменительная практика будут на стороне пострадавшего. В настоящее время, как уже указывалось выше, закон защищает не только конкуренцию, но и самого конкурента (либо потребителя). Тем не менее закон допускает возможность квалификации действий более сильного хозяйствующего субъекта с точки зрения разумной конкуренции.

Основные понятия

- *Доминирующее положение*
- *«Коллективное» доминирующее положение*
- *Злоупотребление доминирующим положением*
- *Ценовые и неценовые нарушения*
- *Договорные, внедоговорные, смешанные нарушения*
- *Критерии допустимости*
- *Доктрина необходимого оборудования*

⁴⁵ Например, решение по делу *Advanced Health-Care Servs., Inc. v. Radford Cmty. Hosp.*, 910 F.2d 139, 150 (4th Cir. 1990): «По делу об ограничении доступа выяснению подлежит, используется ли монопольная власть на одном рынке для создания монополии на другом».

⁴⁶ *Ferguson v. Greater Pocatello of Commerce, Inc.*, 848 F.2d 976, 983 (9th Cir. 1988); *Interface Group, Inc. v. Mass. Port Auth.*, 816 F.2d 9, 12 (1st Cir. 1987); *America Online, Inc. v. GreatDeals.net*, 49 F. Supp. 2d 851, 862 (E.O. Va. 1999) (doctrine requires that plaintiff and defendant are competitors); *Kramer v. Pollock-Kranser Found.*, 890 F. Supp. 250, 257 (S.O.N.Y. 1995); *Driscoll v. City of New York*, 650 F. Supp. 1522, 1529 (S.O.N.Y. 1987); *Ad-Vantage Tel. Directory Consultants, Inc. v. GTE Directories Corp.*, 849 F.2d 1336, 1348 (11th Cir. 1987).

Вопросы для обсуждения

1. Каковы критерии власти на рынке? Являются ли понятия «власть на рынке» и «доминирующее положение» синонимичными?
2. В чем отличие российского и зарубежного подходов к определению доминирующего положения?
3. Возможно ли единоличное злоупотребление коллективным доминирующим положением? Поясните Вашу точку зрения.
4. Приведите типологию нарушений, составляющих злоупотребление доминирующим положением.
5. Каковы возможные последствия и субъекты использования монопольно высоких и монопольно низких цен?
6. Может ли патентодержатель быть обвинен в злоупотреблении доминирующим положением?
7. Каково соотношение критериев допустимости по российскому праву и «доктрины необходимого оборудования»?

Антиконкурентные соглашения

§ 1. Природа антиконкурентных соглашений

Монополизация товарного рынка и устранение конкуренции может быть не только следствием одностороннего поведения хозяйствующего субъекта на товарном рынке, но и результатом соглашения двух и более участников одного рынка. С экономической точки зрения ограничение конкуренции посредством соглашения может достигать тех же результатов, к которым приводит монополизация товарного рынка одной компанией, поскольку для участников соглашения оно может быть выгодной стратегией, позволяющей им совместно:

- стабилизировать цены (т.е. не допускать их снижения в результате колебания спроса);
- обеспечить каждого участника гарантированным рынком сбыта;
- защитить рынок от конкуренции со стороны потенциальных (новых) участников.

Соглашение участников рынка может ограничивать конкуренцию двояким образом: во-первых, отказываясь от конкуренции друг с другом, участники соглашения снижают степень конкуренции на рынке в целом; во-вторых, соглашение с достаточно большим количеством участников может привести к тому, что:

- общие условия обращения товара на рынке будут устанавливаться не в результате стихийного взаимодействия его участников, а в результате применения такого соглашения;
- на товарном рынке будут установлены непреодолимые барьеры входа (выхода), которые устранят конкуренцию с потенциальными (новыми) участниками;
- товарный рынок будет сегментирован и на каждом из его сегментов возникнет основанная на соглашении монополия одной компании;
- товарный рынок прекратит свое существование (конкуренция будет устранена) либо соглашение станет непреодолимым препятствием для возникновения товарного рынка (произойдет недопущение конкуренции).

Современная экономическая теория дает точное представление о предрасположенности товарного рынка и его участников к эффектив-

ному (т.е. учитывающему цели каждого из участников и позволяющему реализовать эти цели) антиконкурентному соглашению¹. Например, соглашение конкурентов о единой цене тем вероятнее:

- чем меньше число конкурентов на рынке, поскольку это снижает издержки координации их деятельности по исполнению соглашения;

- однороднее товар, поскольку на рынке однородного товара затруднена (или неосуществима) конкуренция участников соглашения по качеству товара;

- менее эластичен спрос на товар по его цене, поскольку на рынках с неэластичным спросом монопольное ценообразование приводит к большей прибыли;

- выше входные барьеры на рынок для новых конкурентов, поскольку на рынках с высокими входными барьерами монопольное ценообразование также приводит к большей прибыли;

- меньше на товарном рынке распространена неценовая конкуренция, поскольку распространенность неценовой конкуренции (например, агрессивной рекламы, конкуренции по набору дополнительно предоставляемых услуг) уменьшает прибыльность монопольного ценообразования;

- ближе рынок к сокращению и стагнации, поскольку ценовая конкуренция на таком рынке особенно деструктивна, а вход на рынок новых участников маловероятен.

Антимонопольное законодательство чрезвычайно широко трактует понятие «соглашение». Круг соглашений по российскому конкурентному праву включает в себя все виды хозяйственных договоров, решения объединений (союзов, ассоциаций) юридических лиц и любые иные формы фиксации договоренностей хозяйствующих субъектов.

Российская трактовка понятия «соглашение» совпадает с практикой, закрепленной в решениях Еврокомиссии и Европейского суда. В соответствии с прошедшими судебную проверку решениями Еврокомиссии к соглашениям по праву ЕС в целях применения запрета на ограничение конкуренции относятся «любые соглашения, независимо от того, являются ли они договорами по праву страны их заключения, намеревались ли стороны сделать такие соглашения юридически обязательными, письменные они или устные. Понятие «соглашение» включает в себя и так называемые джентльменские договоренности, стандартные условия продажи, правила профессиональных ассоциаций

¹ В обобщении использована работа: *Познер Р.А.* Экономический анализ права: в 2 т. СПб.: Экономическая школа, 2004. Т. 1. С. 386.

(которые свидетельствуют о соглашении их членов придерживаться таких правил), соглашения об урегулировании споров, например, такие как соглашение о разделе торговой марки. Соглашение существует, даже если стороны договорились только о “правилах добрососедства”, “об установлении добросовестной практики и этики” или “определенных правил игры, которые нам всем выгодно соблюдать”. Соглашение существует там, где есть совпадение намерений; форма соглашения не важна, главное, чтобы оно являлось достоверным выражением намерений сторон. Не важно, что за нарушение соглашения не предусмотрены санкции. Более того, соглашение, срок действия которого уже завершился, может рассматриваться [как антиконтентное] в отношении временного периода после его завершения, если эффект от соглашения продолжает сказываться. Соглашения могут рассматриваться [как антиконтентные], даже если они предусмотрены национальным законодательством [законодательством страны — члена Евросоюза] или заключаются после консультаций с национальными властями. Защита участника соглашения не может быть основана на доводах о том, что участник никогда не намеревался применять соглашение или придерживаться его условий»².

В целях дальнейшего анализа выделим разновидности соглашений с точки зрения их потенциального влияния на состояние конкуренции:

- горизонтальные соглашения, т.е. соглашения конкурирующих на одном товарном рынке хозяйствующих субъектов, в том числе и потенциальных конкурентов;

- вертикальные соглашения, легальное определение которых содержится в Законе о защите конкуренции: *вертикальное соглашение* — соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар;

- иные соглашения, например, соглашения продавцов различных, не связанных между собой товаров о проведении совместной маркетинговой акции (к примеру, соглашение об использовании образа автомобиля конкретной марки в рекламе сигарет).

Антимонопольное законодательство устанавливает запрет на антиконтентные соглашения. По отношению к различным видам соглашений такой запрет применяется дифференцированно. В содержательном аспекте запреты и особенности их применения рассматриваются в параграфах, структурированных по видам соглашений.

² Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. 2nd ed. Oxford University Press, 2004. P. 130–131.

§ 2. Горизонтальные соглашения и картели. Запрет на горизонтальные соглашения

Горизонтальные соглашения представляют наибольшую угрозу для конкуренции, поскольку они почти всегда увеличивают степень монополизации товарного рынка. Остроумное замечание Адама Смита о том, что «...представители одного и того же вида торговли или ремесла редко собираются вместе даже для развлечений и веселья без того, чтобы их разговор не закончился заговором против публики или каким-либо соглашением о повышении цен»³, следует рассматривать в качестве пусть и косвенного, но авторитетного свидетельства распространенности таких соглашений. По степени воздействия на состояние конкуренции на товарном рынке *горизонтальные соглашения можно классифицировать следующим образом:*

1) *«жесткие» (заведомо вредоносные) картели*⁴ — соглашения, оказывающие наибольшее отрицательное воздействие на конкуренцию. Цель их создания — установление конкурентами определенных в соглашении цен на свою продукцию, раздел рынка между конкурентами по географическому принципу (территориальный раздел рынка) либо по кругу покупателей товара, а также установление конкурентами квот на производство либо продажи товара на рынке⁵;

2) *иные горизонтальные соглашения, ограничивающие конкуренцию*, — соглашения хозяйствующих субъектов — конкурентов, которые имеют цели, отличные от указанных в п. 1, однако в результате реализации которых ограничивается (может быть ограничена) конкуренция (например, соглашение конкурентов об отраслевом стандарте, об использовании программного обеспечения и др.);

3) *малозначительные соглашения*, не оказывающие заметного воздействия на конкуренцию, — соглашения конкурентов, обладающих — как каждый в отдельности, так и все в совокупности — незначительной рыночной долей и рыночной властью, при условии что их соглашение по своим целям не является «жестким» картелем (1). В практике Евросоюза такими признаются соглашения компаний:

— если совокупная рыночная доля участников соглашения не превышает 10% на любом из соответствующих рынков, подвергающихся

³ Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. М., 1993. С. 255.

⁴ В англоязычной юридической и экономической литературе такие соглашения принято обозначать термином *hard core cartel agreements*.

⁵ Отношение Еврокомиссии к «жестким» картелям определено в *Guidelines on the Application of Article 81 (3) of the Treaty* ([2004] OJ C101/97).

воздействию соглашения, в случае если соглашение заключается действительными или потенциальными конкурентами на любом из таких рынков (соглашение между конкурентами);

— если рыночная доля каждого из участников соглашения не превышает 15% на любом из соответствующих рынков, подвергающихся воздействию соглашения, в случае если соглашение заключается компаниями, которые не являются действительными или потенциальными конкурентами на любом из таких рынков (соглашения между неконкурентами);

— если совокупная рыночная доля участников соглашения не превышает 10% на любом из соответствующих рынков, подвергающихся воздействию соглашения, в случае если представляется затруднительным классифицировать соглашение в качестве соглашения конкурентов или соглашения неконкурентов⁶;

4) *соглашения, не оказывающие воздействия на конкуренцию*, либо соглашения, положительный социально-экономический эффект которых значительно превосходит потери общества от незначительного ограничения ими конкуренции. К таким соглашениям право Евросоюза относит, например: соглашения о проведении конкурентами совместных научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ; соглашения конкурентов о специализации (договоренность о том, какая продукция будет производиться и реализовываться каждым из них, договоренность о промышленной кооперации и взаимной поставке комплектующих изделий для сборки конечной продукции) при условии что такие соглашения не являются «жестким» картелем в соответствии с п. 1. В российском конкурентном праве также сформировалось представление о горизонтальных соглашениях, не оказывающих воздействия на конкуренцию⁷.

Сформированная в праве Евросоюза классификация горизонтальных соглашений — наиболее детальная из всех известных. Обычно выделяются два вида таких соглашений — «жесткие» картели и иные соглашения конкурентов. Разделение всех горизонтальных соглашений на две группы связано с особенностями применения запрета на антиконкурентные соглашения в отношении горизонтальных соглашений, сформированными в большинстве юрисдикций, имеющих антимонопольное законодательство:

⁶ См.: Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition under Article 81(3) [2001] OJ C 368/13, [2002] 4 CMLR 699.

⁷ См. § 3 настоящей главы.

— горизонтальные соглашения, которые являются «жесткими» картелями, запрещаются *per se*; административный орган или суд, применяющий такой запрет, не устанавливает вредоносное воздействие соглашения на конкуренцию, а запрещает его по формальным основаниям (по цели соглашения и природе отношений, в которых состоят стороны соглашения — конкуренты);

— иные горизонтальные соглашения подпадают под запрет лишь в том случае, если будет доказано, что они приводят к недопущению, ограничению или устранению конкуренции; считается, что для оценки таких соглашений применяется «правило разумности» (*rule of reason*).

Дифференцированный подход к применению запрета на антиконкурентные соглашения возник в американском праве в конце XIX — начале XX в.⁸ Потребность в дифференциации вытекала из необходимости определить процедуру применения судом общего запрета в отношении самых разнообразных соглашений конкурентов. В пользу признания запрещенными *per se* как можно более широкого круга соглашений судьи и представители юридической общественности приводили следующие доводы⁹:

- простота и однозначность определения перечня соглашений, запрещенных *per se*, позволит компаниям избежать незаконных действий и быть уверенными в законности используемых ими соглашений. Ясные запреты также предупреждают деяния, способные нанести серьезный ущерб конкуренции. В отсутствие заданной оценки легальности соглашения многие пытались бы балансировать на границе дозволенного в надежде остаться незамеченными или доказать, что результаты оправдывают такое поведение; ясные нормы заранее предупреждают компании, что определенное поведение запрещено, и предотвращают искушение нарушить их. Наконец, применение особо строгих санк-

⁸ В § 3 гл. 1 настоящего учебника уже приводилась информация о том, что основной и хронологически наиболее ранний закон США о защите конкуренции, так называемый Акт Шермана, вступил в силу в 1890 г. Первая статья закона объявляет незаконными «соглашения или объединения в форме треста или в какой-либо иной форме, тайные сговоры и иные действия, направленные на ограничения торговли или коммерции между штатами или с иностранными государствами». Расплывчатость и неясность запрета привела к тому, что «Верховный суд США установил, что, принимая Акт Шермана, Конгресс имел в виду запрет лишь *неразумных и неоправданных* ограничений торговли. Поскольку именно суды устанавливают, какого рода предпринимательская практика отвечает “правилу разумности”, именно судебные решения определяют реальное содержание большей части антитрестовского законодательства». (Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки. Вып. 3. М.: РИО «Новая юстиция», 2007. С. 936–937.).

⁹ Излагается с использованием работы Эрнеста Гелхорна и Вильяма Е. Ковасика «Анти-трестовское законодательство и экономика» (International Law Institute, 1995. С. 121).

ций — уголовного наказания — предполагает однозначность запретов: граждане не должны быть оштрафованы или лишены свободы за нарушение туманных положений закона;

- наличие широкого перечня соглашений, запрещенных *per se*, приводит к существенной экономии ресурсов при рассмотрении дел анти-монопольными органами и судами. Ведь исследование воздействия соглашения на состояние конкуренции — дорогостоящий процесс, включающий в себя выяснение мнения специалистов, опросы потребителей и поставщиков товара, эконометрическое моделирование, а также использование иных средств экономического анализа.

Однако и встречные доводы противников расширительного толкования круга запрещенных *per se* соглашений не менее убедительны. Их основной аргумент состоит в том, что необходимо учитывать экономическую эффективность соглашений и вклад конкретного соглашения в суммарное благосостояние участников товарного рынка. Если оставить в стороне взгляд на конкуренцию как на ценность идеологического порядка, для применения запрета на антиконтентное соглашение останется, по их мнению, единственное основание экономического свойства: соглашение подлежит запрету, если оно уменьшает общественное благосостояние. При этом не должны учитываться перераспределительные аспекты соглашений (например, уменьшение в результате соглашения благосостояния покупателей товара и пропорциональное увеличение благосостояния продавцов), поскольку антимонопольный орган или суд должен учитывать лишь окончательный баланс, а именно прирост или уменьшение общественного благосостояния в результате реализации соглашения¹⁰.

Применение методов экономического анализа для оценки вклада соглашения в общественное благосостояние убедительно доказывает, что круг соглашений, которые всегда и при всех обстоятельствах уменьшают общественное благосостояние, предельно узок. Экономическая оценка соглашений позволяет также выделить те из них, которые в нормальных условиях *почти* всегда негативно влияют на общественное благосостояние. Однако участникам и таким соглашениям, по-видимому, целесообразно предоставить возможности для защиты, основанные на оценке вклада соглашения в общественное благосостояние.

¹⁰ Для более точного представления о том, как влияет способ применения запрета на общественное благосостояние, см. классическую работу: *Ehrlich I., Posner R.A. An Economic Analysis of Legal Rulemaking // The Journal of Legal Studies. The University of Chicago Press. Jan. 1974. Vol. 3. No. 1. P. 257–286 (article consists of 30 pages).*

Равно убедительная аргументация сторонников и противников расширительного толкования перечня запрещенных *per se* соглашений привела к тому, что суды США, а следом и иных стран со сложившимся антимонопольным законодательством включали в перечень запрещенных *per se* соглашений различный их набор. Так, в США подход к оценке горизонтального соглашения о фиксации цен как запрещенного *per se* окончательно утвердился лишь с 1940 г.¹¹

Сегодня, как уже отмечалось выше, в большинстве стран — членов ОЭСР запрещенными *per se* признаются только «жесткие» картели. Применение запрета на антиконкурентные соглашения по российскому праву содержит ряд особенностей. В своем современном виде положения антимонопольного законодательства о запрете антиконкурентных соглашений сформировались в России недавно, в 2012 г.¹²

Статья 11. Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов

1. Признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;*
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;*
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);*
- 4) сокращению или прекращению производства товаров;*
- 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).*

2. Запрещаются «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего Федерального закона), если:

- 1) такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;*

¹¹ См. дело *United States v. Socony-Vacuum Oil Co*, рассмотренное Верховным судом США в 1940 г.

¹² Далее рассматривается ст. 11 Закона о защите конкуренции в редакции Федерального закона от 06.12.2011 № 401-ФЗ.

2) такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.

3. Запрещаются соглашения хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

4. Запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таким соглашениям могут быть отнесены, в частности, соглашения:

1) о навязывании контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товаров, в которых контрагент не заинтересован, и другие требования);

2) об экономически, технологически и иным образом не обоснованном установлении хозяйствующим субъектом различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

3) о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка;

4) об установлении условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях.

5. Физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям запрещается осуществлять координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит к любому из последствий, которые указаны в частях 1–3 настоящей статьи, которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии со статьями 12 и 13 настоящего Федерального закона или которые не предусмотрены федеральными законами.

6. Хозяйствующий субъект вправе представить доказательства того, что заключенные им соглашения, предусмотренные частями 2–4 настоящей статьи, могут быть признаны допустимыми в соответствии со статьей 12 или с частью 1 статьи 13 настоящего Федерального закона.

7. Положения настоящей статьи не распространяются на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом не допускается в соответствии с законодательством Российской Федерации.

8. Под контролем в настоящей статье, в статьях 11.1 и 32 настоящего Федерального закона понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

1) распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;

2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

9. Требования настоящей статьи не распространяются на соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Модификация Закона о защите конкуренции 2012 г. уточнила круг соглашений хозяйствующих субъектов, к которым может быть применена ст. 11 Закона: в силу появившихся в статье ч. 7 и 8 она применяется к любому соглашению хозяйствующих субъектов, за исключением соглашения, все участники которого входят в одну группу лиц и находятся между собой в отношениях подконтрольности (т.е. когда участник соглашения контролирует одного или несколько иных участников соглашения и (или) когда участники соглашения подконтрольны какому-ли-

бо третьему лицу). Что такое контроль одного хозяйствующего субъекта над другим, раскрывает ч. 8 ст. 11 Закона.

К горизонтальным соглашениям применяются ч. 1 и 4 ст. 11 Закона. Легальное определение картеля приводится в ч. 1 ст. 11. Исчерпывающий перечень соглашений, являющихся картелями по российскому праву, включает соглашения конкурентов-продавцов, которые приводят либо могут привести к:

- установлению ими согласованной друг с другом цены (тарифов, скидок, надбавок, доплат, наценок и, в частности, к установлению цены на торгах);

- разделу между ними товарного рынка (раздел может осуществляться по географическому принципу, по объему продажи или покупки товара, по ассортименту товара, а также по составу продавцов или покупателей товара);

- сокращению или прекращению производства товара;

- отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями товара.

В чем же особенность российского определения картеля? Во-первых, оно включает в себя так называемый *бойкот покупателей или продавцов товара* (согласованный отказ от заключения договоров с ними), что расширяет круг запрещенных *per se* соглашений в сравнении с общепринятым определением «жесткого» картеля в праве Евросоюза и США. Во-вторых, Закон о защите конкуренции в качестве картелей определяет соглашения *продавцов* товара, что существенно уже круга соглашений, которые являются картелями по праву США или Евросоюза (где картелями, кроме того, признаются соглашения *покупателей* товара, а также *потенциальных* продавцов или *потенциальных* покупателей).

Новейшие изменения в Законе являются серьезным продвижением к установлению в российском законодательстве института запрещенных *per se* горизонтальных соглашений: введение термина «картель», а также узкое и исчерпывающее указание перечня запрещенных соглашений должно, по мысли законодателя, привести к полному отказу антимонопольного органа и суда от рассмотрения таких соглашений с применением «правила разумности».

Интересным в методическом плане представляется рассмотренное ФАС России дело в отношении «спичечного картеля»¹³. Оно является редким примером раскрытия «классического картеля», подпадающего

¹³ Решение от 29.10.2009 по делу № 1 11/101-09. Размещено на Официальном сайте ФАС России.

под запрет *per se*, исключительно методами административного расследования, в ходе которого антимонопольный орган не выходил за пределы своих полномочий, определенных Законом о защите конкуренции, и не получал помощи от правоохранительных органов.

«На протяжении длительного периода времени (не менее 8 лет) организации-участники регулярно (ежеквартально) проводили совещания на территории ОАО «ЛХК «Научлеспром». <...>

Организатором проводимых совещаний выступало ОАО «ЛХК «Научлеспром», которое в целях подготовки данных совещаний на основании договоров об оказании услуг, заключенных с организациями-участниками <...> разрабатывало программу (план) по организации и проведению со специалистами «спичечной промышленности» тематических ежеквартальных совещаний, собирало и обобщало сведения по вопросам объемов производства и реализации спичек, средней цены спичек, цен на сырье.

ОАО «ЛХК «Научлеспром» регулярно направляло в адрес организаций-участников приглашения для участия в совещаниях с указанием необходимости перечисления денежных средств на его расчетный счет. <...>

Решения, принятые организациями-участниками, оформлялись протоколами совещаний, в том числе протоколами, подписанными всеми участниками этих совещаний. <...>

Фактом, подтверждающим участие руководителей вышеперечисленных организаций-участников в совещаниях, организуемых ОАО «ЛХК «Научлеспром», являются приказы о командировании руководителей организаций-участников, пассажирские билеты руководителей, отметки ОАО «ЛХК «Научлеспром» на командировочных удостоверениях о прибытии и убытии руководителей организаций, письменные объяснения самих руководителей и сотрудников организаций-участников.

Решения, принятые на данных совещаниях, исполнялись организациями-участниками. В частности, по итогам совещания 21.01.2009 было принято решение «не превышать объемы производства спичек в 2009 году к уровню 2008 года, установить минимальную отпускную цену на спички в размере 314 руб. без НДС или 370,5 руб. с НДС после 10.02.2009».

Выполнение организациями-участниками принятых на данном совещании решений подтверждается данными Федеральной

службы государственной статистики Российской Федерации, в соответствии с которыми, средняя цена на спички с января 2009 года по март 2009 года возросла с 371,75 руб. до 398,32 руб. и данными, полученными в ходе проведения контрольных мероприятий, в частности, ЗАО “Викинг”, где цена на отпускаемую продукцию (спички хозяйственные 1/1000) после проведения совещания стала варьироваться от 365 руб. до 420 руб. (ранее варьировалась от 330 руб. до 360 руб.) и ЗАО “Плитспичпром”, которое установило цены на спички с 10.02.2009 в размере 390 руб., а с 10.03.2009 — в размере 410 руб. Подтверждением реального повышения цен (в качестве выполнения достигнутого 21.01.2009 соглашения при проведении совещания) на спички хозяйственные (1/1000) явилось направление писем организаций-участников хозяйствующим субъектам, так, например, письмом <...> ЗАО “Плитспичпром” уведомляет об установлении цены на спички с 10.02.2009 “390 руб. за 1000 коробочек, с учетом НДС”.

Принятие и выполнение решений организациями-участниками в результате проведенного 21.01.2009 на территории ОАО “ЛХК “Научлеспром” совещания привело к росту цены товара (спички хозяйственные), к отказу хозяйствующих субъектов от самостоятельных действий на соответствующем товарном рынке, к определению общих условий обращения товара на товарном рынке, что может быть квалифицировано как ограничение конкуренции».

Приведенный пример «спичечного картеля» интересен тем, что в деле были собраны прямые доказательства наличия картеля: текст письменного соглашения, многочисленные протоколы, переписка участников, билеты на самолет и поезд, объяснения участников картеля. Поскольку антимонопольный орган не наделен полномочиями осуществлять оперативно-розыскную деятельность, зачастую совокупность собранных им доказательств наличия картеля, в отличие от рассмотренного случая, включает только косвенные доказательства. Особенно остро проблема доказывания картелей стоит в случае выявления сговора на торгах: как показывает анализ результатов и протоколов целого ряда аукционов, проводимых органами власти с целью закупки товаров, работ или услуг, результаты торгов по многим лотам заранее определены участниками торгов¹⁴ в форме достигнутого устного согла-

¹⁴ См., например, размещенные на сайте ФАС России решения по делам в отношении фармацевтических компаний, разделивших между собой лоты на поставку лекарственных средств по государственному заказу на торгах в 2009–2010 гг.

шения о победителе по каждому лоту. Раскрытие устных картелей практически невозможно методами административного расследования и требует осуществления оперативно-розыскных мероприятий. Важнейшим инструментом раскрытия картелей является институт освобождения от административной ответственности участника картеля, который первым сообщил антимонопольному органу о картеле и деятельно помог в его раскрытии¹⁵.

Горизонтальные соглашения, которые не являются картелями, но приводят к ограничению конкуренции, запрещены в силу ч. 4 ст. 11. Для применения запрета к таким соглашениям антимонопольный орган должен доказать, что соглашение привело либо может привести к последствию, указанному в п. 17 ст. 4 Закона (т.е. содержит признаки ограничения конкуренции).

Следует обратить внимание на то, что ч. 6 ст. 11 наделяет хозяйствующие субъекты правом представлять в антимонопольный орган или в суд доказательства того, что антиконкурентное горизонтальное соглашение, не являющееся картелем, может быть признано допустимым в соответствии с критериями, указанными в ч. 1 ст. 13 Закона¹⁶. Отдельные картели также могут признаваться допустимыми: законодатель предусмотрел, что картели, являющиеся соглашениями о совместной деятельности, могут быть признаны допустимыми, если они соответствуют критериям, указанным в ч. 1.1 ст. 13 Закона. При этом право участников картеля представлять доказательства его допустимости Законом не предусмотрено.

§ 3. Запрет на антиконкурентные вертикальные соглашения. Общие исключения

Напомним, что согласно п. 19 ст. 4 Закона о защите конкуренции под **вертикальным соглашением** понимается *соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар*.

Определение сформулировано широко, используемые в нем термины и обороты («приобретатель» и «предоставляет товар») позволяют относить его ко всем известным случаям рыночного обмена товаром (т.е. его передаче на любых известных правовых основаниях). Поэтому в соответствии с данным определением вертикальными соглашениями являются, например, большинство видов хозяйственных договоров.

¹⁵ См. гл. 12 настоящего учебника.

¹⁶ См. о критериях допустимости § 3, а также гл. 12 настоящего учебника.

Вертикальные соглашения зачастую содержат условия, которые могут негативно воздействовать на конкуренцию, если поставщик (продавец) товара имеет большую долю на соответствующем товарном рынке. Такими условиями, в частности, являются:

- отказ одной из сторон соглашения от конкуренции с другой стороной на каком-либо рынке (т.е. отказ производить, покупать, продавать или перепродавать товары, которые соответственно производит, покупает, продает или перепродает другая сторона). Если у сторон имеется техническая и (или) экономическая возможность для конкуренции, их обязательство не конкурировать друг с другом придает вертикальному соглашению характер картеля;
- установление в вертикальном соглашении минимальной или фиксированной цены перепродажи товара приобретателем. Такое установление исключает ценовую конкуренцию между приобретателями на «последующих» рынках и по своим последствиям может быть аналогично ценовому картелю приобретателей;
- ограничение территории, на которой приобретатель товара вправе перепродавать товар, либо ограничение круга покупателей, которым приобретатель вправе перепродавать товар.

Оценка вертикальных соглашений в конкурентном праве — одна из самых сложных проблем. Достаточно сказать, что в праве США лишь в 2007 г., в связи с принятием Верховным судом США решения по делу *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. d/b/a Kay's Kloset*, No. 06-480 (June 28, 2007)¹⁷, окончательно сформировался подход, в силу которого *любые* вертикальные соглашения должны оцениваться *только* с применением «правила разумности». На протяжении XX в. американская юстиция относилась к запрещенным *per se* различные виды вертикальных соглашений. В истории США был период, когда *любые* вертикальные соглашения, которые содержали хотя бы одно из перечисленных выше условий, признавались судами запрещенными *per se*. Такой способ применения запрета дольше всего продержался в отношении вертикальных соглашений, в которых устанавливалась минимальная цена перепродажи товара приобретателем. Лишь указанное выше решение Верховного суда США изменило эту практику.

Трудность в оценке вертикального соглашения состоит в том, чтобы отделить ограничения, налагаемые соглашением на *рыночное поведение* его участников, от ограничений *конкуренции* на товарном рынке,

¹⁷ Значение и толкование этого решения Верховного суда США см.: <http://www.metrocorpcounsel.com/current.php?artType=view&artMonth=September&artYear=2007&EntryNo=7135>

которые могут возникнуть в результате реализации соглашения. Отождествление этих двух типов ограничений и приводит к трактовке любого вертикального соглашения с элементами ограничений в качестве запрещенного *per se*.

Наиболее часто судебной оценке подвергаются вертикальные соглашения производителей товаров и их дистрибьюторов, являющихся независимыми торговыми компаниями. «С конца 1960-х юристы и экономисты Чикагской школы обоснованно утверждают, что вертикальные соглашения почти не оказывают негативного воздействия на конкуренцию, поскольку приводят к росту продаж товара и снижению издержек на дистрибуцию. Они отстаивают идеи, в соответствии с которыми продавец товара (он же — его производитель) будет устанавливать ограничения на *внутрибрендовую* конкуренцию (т.е. конкуренцию между дистрибьюторами его товара) только для того, чтобы увеличить продажи своего товара и усилить *межбрендовую* конкуренцию (конкуренцию между производителем и поставщиками товаров-заменителей)»¹⁸. Наличие сильной межбрендовой конкуренции на товарном рынке исключает возможность ограничения конкуренции вертикальными соглашениями производителей товаров и их дистрибьюторов. Поэтому оценка такого соглашения и применение запрета на антиконкурентные соглашения должны проводиться только после исследования состояния конкуренции на товарном рынке, который испытывает воздействие соглашения. Следовательно, соглашение должно признаваться запрещенным лишь на основе «правила разумности». Решения антимонопольных органов стран — членов ЕС о признании незаконными вертикальных соглашений всегда основаны на установлении значительной (40% и более) доли участника вертикального соглашения на соответствующем товарном рынке, а также наличии у него возможности ограничивать конкуренцию своих дистрибьюторов и иных участников рынка.

Сегодня в антимонопольном законодательстве стран — членов ОЭСР нет запрещенных *per se* вертикальных соглашений. Судебная и административная практика также убеждают в необходимости индивидуально оценивать воздействие на конкуренцию каждого вертикального соглашения.

¹⁸ Jones A., Sufrin B. Op. cit. P. 604. Подробнее о значении Чикагской экономической школы для конкурентного права, включая примеры наиболее значимых дел, в которых использовалась развитая в рамках этой школы аргументация, см.: The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy / ed. by J.E. Kwoka, Jr., L.J. White. 4th ed. N.Y.; Oxford: Oxford University Press, 2004.

Российское антимонопольное законодательство устанавливает сложное регулирование вертикальных соглашений. Закон выделяет две разновидности антиконтентных вертикальных соглашений:

- соглашения, указанные в ч. 2 ст. 11, для применения запрета к которым не требуется устанавливать их негативное воздействие на конкуренцию, поскольку законом уже установлен их антиконтентный характер исходя из последствия (установление цены перепродажи товара), либо содержания (соглашение содержит обязательство покупателя товара не перепродавать товар компании, конкурирующей с продавцом товара по вертикальному соглашению) соглашения;

- соглашения, указанные в ч. 4 ст. 11, для запрета которых необходимо доказать их негативное воздействие на конкуренцию.

На обе разновидности вертикальных соглашений распространяют свое действие положения Закона о допустимости соглашений. В-первых, ст. 12 «Допустимость вертикальных соглашений»:

«1. Допускаются вертикальные соглашения в письменной форме (за исключением вертикальных соглашений между финансовыми организациями), если эти соглашения являются договорами коммерческой концессии.

2. Допускаются вертикальные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением вертикальных соглашений между финансовыми организациями), доля каждого из которых на любом товарном рынке не превышает 20 процентов».

Если первое условие ст. 12 Закона не имеет аналогов в европейском или американском праве, то второе больше всего напоминает принятое в праве Евросоюза правило *de minimis*¹⁹ в отношении соглашений. Напомним, что для соглашений не конкурирующих друг с другом хозяйствующих субъектов Еврокомиссия рассматривает максимальный предел в 15% совокупной рыночной доли участников в качестве показателя малозначительности такого соглашения. Однако если по праву Евросоюза данное правило устанавливается исходя из совокупной доли участников соглашения на товарном рынке, который *затрагивается* соглашением, то российское правило носит более определенный (но не всегда оправданно жесткий) характер и устанавливает допустимость вертикального соглашения исходя из суммарной доли его участников на *любом* товарном рынке.

¹⁹ Для понимания позиции Еврокомиссии по применению правила *de minimis* к соглашениям см.: Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition Under Article 81(1) [2001] OJ C 368/13, [2002] 4 CMLR 699.

Во-вторых, ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции определяет, что допустимыми могут быть признаны любые вертикальные соглашения, если такие соглашения соответствуют критериям, установленным в ст. 13. Антимонопольный орган или суд вправе признать допустимым вертикальное соглашение (даже если будет доказано, что оно ведет к ограничению конкуренции), если будет установлено, что:

- соглашение не предоставляет какому-либо лицу возможность полностью устранить конкуренцию на любом из товарных рынков;
- соглашение не налагает на его участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей такого соглашения;
- результатом соглашения является совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке;
- результатом соглашения является получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате реализации соглашения.

Предусмотренные в российском антимонопольном законодательстве критерии оценки вертикальных соглашений на предмет их допустимости копируют аналогичные критерии, установленные в ч. 3 ст. 81 Римского договора о создании ЕЭС. Российские критерии оценки вертикальных соглашений, указанные в ч. 1 ст. 13 Закона, применяются антимонопольным органом или судом для индивидуальной оценки соглашения.

В-третьих, Закон о защите конкуренции наделяет Правительство Российской Федерации полномочием определять случаи допустимости соглашений, соответствующих указанным выше условиям (т.е. издавать так называемые *общие исключения*). Общие исключения издаются Правительством Российской Федерации по предложению федерального антимонопольного органа в отношении указанных в ч. 2–5 ст. 11 Закона о защите конкуренции соглашений, вводятся на конкретный срок и предусматривают:

- 1) вид соглашения;
- 2) условия, которые не могут рассматриваться как допустимые в отношении таких соглашений;
- 3) обязательные условия для обеспечения конкуренции, которые должны содержаться в таких соглашениях.

Общими исключениями могут предусматриваться также иные условия, которым должны соответствовать соглашения, чтобы они могли быть признаны допустимыми.

Если заключенное участниками соглашение соответствует условиям, предъявляемым к такому соглашению общим исключением, согла-

шение не подпадает под установленный в ч. 2–5 ст. 11 запрет, а также не влечет административной ответственности, если будет доказано, что соглашение ограничивает конкуренцию на товарном рынке.

Проверку соглашения на предмет его соответствия условиям общего исключения могут самостоятельно проводить участники соглашения. Антимонопольный орган или суд проводят такую проверку, решая вопрос об административном наказании участников соглашения. Издание Правительством Российской Федерации общих исключений в отношении различных видов соглашений вносит определенность в гражданский оборот. Для того чтобы хозяйствующие субъекты могли избежать наказания за заключение соглашений, ограничивающих конкуренцию, общее исключение позволяет им соблюдать формально установленные правила, а не проводить самостоятельную оценку воздействия соглашения на состояние конкуренции на товарном рынке (к тому же такая оценка может меняться в зависимости от изменения параметров рынка, а не только характеристик самого соглашения).

Идея общих исключений, реализованная в российском антимонопольном законодательстве, аналогична так называемым *block exemptions* (общим исключениям) — актам Еврокомиссии, которые определяют формальные требования к соглашениям и к их участникам. Если эти требования соблюдены, стороны антиконтентных соглашений не подвергаются наказанию, однако сами соглашения все же могут быть запрещены Еврокомиссией. Наиболее значимыми общими исключениями по европейскому праву являются:

- общее исключение в отношении вертикальных соглашений²⁰;
- общее исключение в отношении вертикальных соглашений, заключаемых производителями и продавцами новых автомобилей, производителями и продавцами запасных частей к автомобилям, а также компаниями, осуществляющими ремонт и сервисное обслуживание проданных автомобилей²¹;
- общие исключения в отношении горизонтальных соглашений²² о специализации и (или) совместном проведении НИОКР;

²⁰ Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices // OJ. L 102. 23.4.2010. P. 1–7.

²¹ Commission Regulation (EU) 461/2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices in the Motor Vehicle Sector // OJ. L 129. 28.5.2010. P. 52–57.

²² Commission Regulation (EC) No. 2658/2000 of 29 November 2000 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Specialisation Agreements // OJ. L 304, 05.12.2000. P. 3; Commission Regulation (EC) No. 2659/2000 of 29 November 2000 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Research and Development Agreements // OJ. L 304, 05.12.2000. P. 7.

— общие исключения в отношении соглашений о передаче технологии, услуг авиационной перевозки, соглашений в сфере страхования.

Еврокомиссия приступила к изданию общих исключений в 1993 г. В период с 1962 по 1987 г. общие исключения издавал Совет ЕЭС: он утвердил исключения для соглашений в сельскохозяйственном секторе, в секторах наземного и морского транспорта, а также в отношении отдельных аспектов соглашений в секторе авиационных перевозок.

Продолжая сравнение российского и общеевропейского регулирования вертикальных соглашений, следует отметить, что в праве Евросоюза есть вертикальные соглашения, на которые не распространяется ни правило *de minimis*, ни какое-либо из общих исключений. Описание таких соглашений дано в уже упоминавшемся *Commission Notice on Agreements of Minor Importance*. К ним принадлежат, например:

— ограничивающие возможность покупателя товара самостоятельно определять цену перепродажи товара (либо устанавливающие минимальную цену перепродажи им товара);

— ограничивающие возможность дилера (покупателя) товара выбирать территорию, на которой он может перепродавать товар (за исключением ограничения его возможности продавать на территориях, зарезервированных для продаж товара его производителем (продавцом) либо иным дилером).

Однако в праве Евросоюза (как и в праве США) мы сегодня не найдем вертикальных соглашений, которые запрещаются исходя из их последствий (не связанных с ограничением конкуренции) или исходя из их содержания.

Корпус российских общих исключений начал формироваться в 2008 г. По состоянию на 1 января 2011 г. Правительство Российской Федерации издало общие исключения, касающиеся:

- соглашений между кредитными и страховыми организациями²³;
- вертикальных соглашений²⁴;
- соглашений о совместном проведении НИОКР²⁵.

Общие исключения, касающиеся вертикальных соглашений, а точнее, соглашений между *покупателями и продавцами*, говорят о том, что допустимыми могут быть как вертикальные соглашения²⁶, так и отдель-

²³ Утверждены постановлением Правительства РФ от 30.04.2009 № 386.

²⁴ Утверждены постановлением Правительства РФ от 16.07.2009 № 583.

²⁵ Утверждены постановлением Правительства РФ от 16.07.2009 № 583.

²⁶ Напомним, что вертикальными являются соглашения, которые, помимо прочих условий, заключаются, как правило, *не конкурирующими друг с другом* приобретателем товара и его продавцом.

ные виды горизонтальных соглашений, а именно соглашение конкурирующих друг с другом продавца товара и его покупателя, если они конкурируют на товарном рынке, на котором покупатель приобретает товар для последующей перепродажи. Примером такого горизонтального соглашения может быть договоренность производителя товара и его дилера, если дилер в силу соглашения вправе реализовывать приобретенный у производителя товар тем же покупателям, которым продает товар сам производитель (например, иным дилерам этого производителя). Общее исключение, однако, устанавливает, что такое горизонтальное соглашение может быть признано допустимым лишь при условии, что дилер не производит самостоятельно взаимозаменяемые (т.е. конкурирующие) товары.

Общее исключение устанавливает, что допустимым может быть признано соглашение, в отношении сторон которого выполняются следующие условия:

- если сторона соглашения — продавец товара продает товар двум и более покупателям, то доля такого продавца на рынке не должна превышать 35%;

- если сторона соглашения — покупатель товара является единственным покупателем товара стороны соглашения — продавца, то доля такого покупателя на рынке не должна превышать 35%.

Общее исключение содержит короткий перечень условий, которых не должно быть в допустимом соглашении покупателя и продавца. Соглашение не должно:

- ограничивать способность покупателя самостоятельно определять цену перепродажи товара;

- предусматривать отказ покупателя продавать товар на какой-либо географической территории;

- ограничивать способность продавца товара продавать товар и иным лицам (а не только покупателю, приобретающему товар в соответствии с соглашением), которые покупают товар в розницу, если товар является запасной частью или компонентом производимого покупателем изделия;

- запрещать покупателю товара производить, покупать и (или) приобретать товар, который является взаимозаменяемым по отношению к товару, который он приобретает или может приобрести в соответствии с соглашением;

- обязывать покупателя приобретать у продавца такое количество товара, которое составляет более 50% (в стоимостном выражении) товаров (в том числе товаров-заменителей), приобретаемых покупателем за год;

- обязывать покупателя включать в договор о последующей продаже товара условия, запрещающие перепродажу товара.

Однако общее исключение допускает, что соглашение может содержать отдельные элементы эксклюзивности, например:

- соглашение, предусматривающее отказ покупателя продавать товар на какой-либо географической территории, может быть признано допустимым, если на такой территории продажи товара продавец осуществляет самостоятельно либо их осуществляет иное лицо по договору с продавцом;

- соглашение, запрещающее покупателю производить, покупать и (или) приобретать товар, являющийся взаимозаменяемым по отношению к товару, который он приобретает или может приобрести в соответствии с соглашением, может быть признано допустимым, если покупатель товара осуществляет торговлю на земельном участке или в помещении, переданном ему продавцом.

Наконец, если в соглашении определена территория, в пределах которой только покупатель товара осуществляет его последующие продажи (исключительные продажи), такое соглашение обязательно должно содержать отказ покупателя заключать соглашения с продавцами товаров-заменителей, предусматривающие право такого покупателя на исключительные продажи на такой территории. Например, если производитель автомобилей наделяет своего дилера эксклюзивной территорией (т.е. территорией, на которой только такой дилер вправе продавать произведенные продавцом автомобили), то в этом соглашении следует предусмотреть отказ дилера быть единственным продавцом автомобилей другого производителя на эксклюзивной территории. В противном случае соглашение не будет признано допустимым, поскольку оно не предотвращает риск монополизации рынка новых автомобилей различных марок одним дилером.

Общее исключение в отношении соглашений покупателя и продавца товара действует пять лет с даты вступления в силу соответствующего постановления Правительства Российской Федерации.

Общее исключение, касающееся соглашений о совместном проведении и использовании результатов НИОКР, устанавливает: такое соглашение может быть признано допустимым, если все расходы каждой из сторон по реализации соглашения являются расходами на НИОКР в соответствии с установленными в Российской Федерации правилами бухгалтерского учета. Кроме того, соглашение должно определять права сторон на использование научных и (или) научно-технических результатов, полученных в результате осуществления совместных на-

учных исследований. Общее исключение устанавливается на пять лет и применяется к любым (в том числе горизонтальным) соглашениям хозяйствующих субъектов независимо от их доли (в том числе суммарной) на любом из товарных рынков.

§ 4. Запрет на антиконтентные согласованные действия.

Особенности применения

Закон о защите конкуренции в своей первоначальной редакции 2006 г. расширил терминологический аппарат антимонопольного законодательства, в том числе в части описания видов антиконтентного поведения. Так, закон ввел определение различных по своему содержанию понятий «соглашение» («...договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме») и «согласованные действия» хозяйствующих субъектов на товарном рынке.

Следует отметить, что в Законе РСФСР от 22.03.1991 № 948-І «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» содержались термины «соглашение» и «согласованные действия», однако не было дано их определение, что не позволяло установить различия в их значениях. В результате российские антимонопольные органы и суды зачастую рассматривали согласованные действия двояко: как действия по исполнению заключенного сторонами соглашения либо (что было совершенно не связано с первой трактовкой согласованных действий) как одинаковые и одновременные действия на одном товарном рынке различных хозяйствующих субъектов. Например, согласованными могли быть признаны действия независимых друг от друга хозяйствующих субъектов по установлению цен на свою продукцию либо отказ таких субъектов заключать договоры с какой-либо категорией покупателей и т.п.

Обе трактовки согласованных действий являлись концептуально неверными. Первая в конечном счете сводилась к простому отождествлению ограничивающих конкуренцию соглашений и согласованных действий и тем самым нивелировала согласованные действия хозяйствующих субъектов как самостоятельный тип антиконтентного поведения. Вторая же зачастую использовалась для пресечения рыночного поведения, которое в большинстве случаев было рациональной реакцией бизнеса на изменение рыночной ситуации и не имело ничего

общего с ограничением конкуренции на товарном рынке (речь идет о ненамеренном параллелизме как одинаковой и одновременной реакции хозяйствующих субъектов на изменение общих для них условий производства либо обращения определенного товара).

Определение согласованных действий, содержащееся в ст. 8 Закона о защите конкуренции, исходит из того, что ***согласованные действия — это предсказуемое (заранее известное каждому) поведение независимых хозяйствующих субъектов***. В случае согласованных действий предсказуемость является и сознательной целью действий хозяйствующих субъектов, и причиной выбора каждым из них строго определенной модели поведения на товарном рынке. Поправки, внесенные в Закон в 2012 г., устанавливают, что предварительная осведомленность участников о согласованных действиях есть, в частности, результат «публичного заявления одного из них о совершении таких действий»²⁷.

Без предварительного информационного обмена («согласования») такое поведение было бы экономически невыгодным для осуществляющих согласованные действия участников рынка. Эти хозяйствующие субъекты могут достигать предсказуемости своего поведения, наладив регулярный и формализованный информационный обмен, содержащий ясные индикаторы их намерений и условий, при которых эти намерения будут реализованы в виде тех или иных действий на товарном рынке. Формально не принимая на себя обязательств действовать тем или иным образом, участники согласованных действий устраняют саму возможность конкуренции — автономию хозяйствующего субъекта в принятии основных решений.

По смыслу данного в Законе о защите конкуренции определения ***факт согласованных действий (вне зависимости от их последствий для товарного рынка) сам по себе означает ограничение конкуренции***. Ведь он содержит такой признак ограничения конкуренции, как «отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке», а также «определение общих условий обращения товара на товарном рынке... в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий». Этот признак ограничения конкуренции указан в п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

Давая такое определение согласованным действиям, Закон о защите конкуренции освобождает антимонопольный орган от необходимости

²⁷ Публичное заявление хозяйствующего субъекта (о том, что он совершает согласованные действия) в качестве обязательного признака согласованных действий установлено только в российском законодательстве.

доказывать, что эти действия ограничили конкуренцию (ограничение конкуренции такими действиями, как было указано выше, является презумпцией). Вместе с тем с момента вступления закона в силу доказывать факт согласованных действий стало гораздо труднее. Антимонопольный орган должен не только выявить предшествующий таким действиям информационный обмен, установить причинно-следственную связь между обменом и последующими действиями участников рынка, но и доказать, что без предшествующего информационного обмена рассматриваемые действия (поведение на товарном рынке) им были бы невыгодны.

Кроме того, законодатель постарался устранить возможность смешения согласованных действий и ненамеренного параллелизма в поведении хозяйствующих субъектов. Для этого в п. 3 ч. 1 ст. 8 было определено, что одним из условий признания действий хозяйствующих субъектов согласованными²⁸ является то, что ***такие действия вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке***. Этими обстоятельствами могут быть изменения:

- регулируемых тарифов;
- цен на сырье, используемое для производства товара;
- цен на товар на мировых товарных рынках;
- спроса на товар в течение не менее чем одного года или срока существования соответствующего товарного рынка, если такой срок составляет менее чем один год.

В 2012 г. в Законе о защите конкуренции появилась ст. 11.1, которая содержит запреты на отдельные разновидности согласованных действий.

Статья 11.1. Запрет на согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию

1. Запрещаются согласованные действия хозяйствующих субъектов-конкурентов, если такие согласованные действия приводят к:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;*
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;*
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);*

²⁸ Определение согласованных действий, данное в Законе о защите конкуренции, см. в § 4 гл. 3 настоящего учебника.

4) сокращению или прекращению производства товаров;

5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками), если такой отказ прямо не предусмотрен федеральными законами.

2. Запрещаются согласованные действия хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие согласованные действия приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

3. Запрещаются иные, не предусмотренные частями 1 и 2 настоящей статьи, согласованные действия хозяйствующих субъектов-конкурентов, если установлено, что такие согласованные действия приводят к ограничению конкуренции. К таким согласованным действиям могут быть отнесены действия по:

1) навязыванию контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товаров, в которых контрагент не заинтересован, и другие требования);

2) экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению хозяйствующим субъектом различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

3) созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка.

4. Хозяйствующий субъект вправе представить доказательства того, что осуществленные им согласованные действия, предусмотренные частями 1–3 настоящей статьи, могут быть признаны допустимыми в соответствии с частью 1 статьи 13 настоящего Федерального закона.

5. Указанные в настоящей статье запреты не распространяются на согласованные действия хозяйствующих субъектов, совокупная доля которых на товарном рынке не превышает двадцать процентов и при этом доля каждого из которых на товарном рынке не превышает восемь процентов.

6. Положения настоящей статьи не распространяются на согласованные действия хозяйствующих субъектов, входящих в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль или если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица.

По-видимому, по аналогии со способами применения запрета к соглашениям хозяйствующих субъектов, ст. 11.1 может быть интерпретирована следующим образом:

— ч. 1 статьи содержит перечень согласованных действий, запрещенных исходя из их последствий (совпадающих с последствиями заключения картелей);

— ч. 3 статьи содержит перечень согласованных действий, которые подлежат запрету, если будет доказано, что они ограничили конкуренцию.

Законодатель предусмотрел два варианта признания согласованных действий допустимыми:

— к любым согласованным действиям могут быть применены критерии допустимости, указанные в ч. 1 ст. 13 Закона;

— ч. 5 ст. 11.1 вводится правило *de minimis* для согласованных действий.

Наконец, законодатель исключил из сферы применения запрета антиконкурентные согласованные действия хозяйствующих субъектов, которые входят в одну группу лиц, сформированную по принципу подконтрольности.

Отметим, что дела в отношении компаний, осуществляющих согласованные действия, периодически рассматривает как Еврокомиссия, так и органы по защите конкуренции стран — членов Евросоюза. Еще в 1969 г. в деле *Dyestuff* Еврокомиссия в развитие положений ст. 81 Римского договора о ЕЭС впервые сформулировала свое понимание согласованных действий: «сотрудничество между субъектами предпринимательской деятельности, при котором его участники, не подписывая формального соглашения, сознательно вступают в фактическое взаимодействие, представляющее угрозу свободной конкуренции»²⁹. Наиболее распространенный признак антиконкурентных согласованных действий, дела о которых рассматривает Еврокомиссия или органы по защите конкуренции стран — членов ЕС, — это обмен информацией о ценах, загрузке мощностей, планах по выходу на новые рынки, предшествующий совершению таких действий (например, установлению цен) формально конкурирующими компаниями. Концепция согласованных действий была создана европейским законодателем, чтобы «исключить возможность, при которой участвующие в тайном сговоре предприятия уйдут из-под запрета, установленного ст. 81(1), лишь потому что их сговор не основан на соглашении как таковом, хотя и приводит к аналогичным негативным последствиям для конкуренции»³⁰.

²⁹ Дэйвис К. Право Европейского Союза. Киев: Знання, 2005. С. 356.

³⁰ Bishop S., Walker M. The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. 2nd ed. Sweet & Maxwell, 2002. P. 139–140.

Сформированные сегодня Еврокомиссией и Европейским судом правовые позиции позволяют дать следующие характеристики антиконкурентных согласованных действий³¹:

— действия не могут являться согласованными, если они являются разумным приспособлением к существующему и ожидаемому поведению конкурентов на рынке и не сопровождаются информационным контактом с конкурентами (дело *Suiker Unie*, 1975);

— сами по себе односторонняя передача индивидуализированной коммерчески чувствительной информации (например, о ценах) или взаимный обмен такой информацией между независимыми друг от друга компаниями могут доказывать осуществление ими согласованных действий (дело *Anic*, 1999);

— допускается обмен информацией для целей статистики или бенчмаркинга; такой обмен может осуществляться в форме сбора агрегированной информации третьей стороной, например, маркетинговой компанией (в соответствии с руководством по горизонтальным соглашениям, которое утверждено Еврокомиссией в 2010 г.). Примерами антиконкурентных согласованных действий могут являться:

- регулярный информационный обмен (например, по факсу) между гостиницами-конкурентами о планируемых ценах на ближайший период с указанием количества номеров, уже забронированных клиентами по таким ценам. Раскрытие конкурентами такой информации друг для друга исключает их соперничество на рынке гостиничных услуг, поскольку снижение любым из участников рынка цены будет немедленно «наказано» остальными участниками (они также снизят цену) и, следовательно, приведет к потерям как для инициатора снижения цены, так и для остальных участников;

- согласование ценового поведения на товарном рынке за счет анонсирования некоторыми участниками «принципа ценообразования», в основу которого кладется размер цены, установленной конкурентом. Например, компания может установить фиксированную скидку в 5% по сравнению с ценой товара у конкурента — лидера рынка; объявить, что цена на товар не будет повышаться до конца года, если только конкурент — лидер рынка не повысит цену на свой товар;

- размещение на едином информационном ресурсе в сети Интернет многими участниками рынка информации о направлении и объемах поставок товаров, а также планируемых цен. Например, если авиакомпания разместят на одном сайте информацию о планируемых на следу-

³¹ *Tobler C., Berlinger J., Geursen W. Essential EU Competition Law in Charts. HVG-ORAC. Budapest, 2011. P. 25.*

ющее полугодие направлениях перевозок по маршрутам, марках самолетов на маршрутах и ценах на авиабилеты, это позволит им полностью согласовать ценовую политику и помаршрутно разделить рынок пассажирских авиационных перевозок³².

Административная и судебная практика по случаям антиконтентных согласованных действий крайне ограничена. В отношении дел такой категории можно сделать следующие выводы:

- круг согласованных действий, запрещенных *per se*, еще не сформирован; все рассмотренные антимонопольными органами России, США, ЕС дела о согласованных действиях обязательно включали оценку влияния поведения конкурентов на состояние конкуренции на рынке;

- лица, являющиеся сторонами вертикального соглашения, не рассматривались антимонопольными органами в качестве участников согласованных действий;

- чтобы действия были признаны согласованными, должен быть доказан факт интенсивного информационного обмена, который выходит за рамки принятого на конкурентном рынке информирования компаниями неопределенного круга лиц и в результате которого полностью устраняется неопределенность относительно будущего поведения компаний и их реакции на действия друг друга;

- должно быть убедительно показано, что информационный обмен обусловил существенные изменения поведения участников рынка и такие изменения могут расцениваться как отказ от конкуренции (по причине аномального информационного обмена участники разделили рынок или установили общие условия обращения товара либо квотировали производство или реализацию товара).

Наконец, *следует различать согласованные действия и коллективное доминирующее положение*³³ нескольких хозяйствующих субъектов на товарном рынке. Можно выделить по крайней мере два отличия: во-первых, участники рынка могут осуществлять согласованные действия независимо от их рыночной власти и, следовательно, наличия у них доминирующего положения. Во-вторых, хотя поведение компании, входящей в число занимающих коллективное доминирующее положение, и обуславливается ее реакцией на поведение иных крупнейших участников рынка, такая реакция (и поведение) ни в коей мере не снимает неопределенность относительно будущих действий каждого из участников рынка, на котором существует коллективное доминирующее положение нескольких хозяйствующих субъектов.

³² См. приложение 2 к настоящей главе.

³³ Подробнее о коллективном доминирующем положении см. в гл. 5.

Основные понятия

- *Горизонтальные соглашения*
- *Вертикальные соглашения*
- *«Жесткий» картель*
- *Соглашение, запрещенное per se*
- *Оценка соглашений с применением «правила разумности»*
- *Общие исключения (block exemptions)*
- *Допустимые соглашения*
- *Критерии допустимости соглашений*
- *Правило de minimis*
- *Согласованные действия*
- *Соглашения о специализации*
- *Соглашения о совместном проведении НИОКР*

Вопросы для обсуждения

1. Приведите пример классификации соглашений, принятой в конкурентном праве. Чем горизонтальные соглашения отличаются от вертикальных?
2. Могут ли участники вертикального соглашения конкурировать друг с другом?
3. Приведите пример соглашения, запрещенного per se.
4. Какие условия способствуют ценовому сговору участников рынка?
5. Может ли горизонтальное соглашение быть признано допустимым по российскому праву?
6. Какие критерии допустимости соглашений Вам известны?
7. Сравните правило de minimis, применяемое к соглашениям в праве Евросоюза, с положениями ст. 12 Закона о защите конкуренции.
8. Перечислите известные вам общие исключения, изданные Правительством Российской Федерации.
9. Какие условия Правительство Российской Федерации рассматривает в качестве недопустимых в соглашениях покупателя и продавца?
10. Приведите пример условия, которое обязательно должно содержаться в соглашении о совместном проведении НИОКР, чтобы оно было признано допустимым.
11. Как вы понимаете антиконкурентный характер согласованных действий?

Приложения

1. Законодательство Российской империи о наказаниях за антиконкурентные соглашения (подготовлено А.Ю. Кинёвым)

Такие наказания содержало «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных» 1845 г. (далее — Уложение) — первый систематизированный свод уголовного законодательства Российской империи. В нем было установлено три состава преступления, касающихся сговора производителей и (или) торговцев, в ст. 1130, 1615, 1619.

Статьи 1615 и 1619 Уложения входили в гл. XIII «О нарушении торговых уставов».

Статья 1615 предусматривала ответственность «за стачку торговцев или промышленников для возвышения цены не только предметов продовольствия, но и других необходимой потребности товаров или для непомерного понижения сей цены в намерении стеснить действия производящих или доставляющих сии товары, а через то препятствовать и дальнейшему в большем количестве привозу оных».

В качестве наказания для инициаторов таких противозаконных соглашений предусматривалась мера ответственности в виде тюремного заключения на срок от шести месяцев до одного года, а для иных участников — арест на срок от трех недель до трех месяцев либо денежное взыскание от 50 до 200 руб.

При наличииотягчающих последствий — «когда же от такой стачки произойдет действительный недостаток в товарах первой необходимости и сие будет поводом к нарушению общественного спокойствия» — инициаторы приговаривались к лишению некоторых особых прав и преимуществ и к заключению в «смирительном доме» на срок от двух до трех лет, а прочие участники — к тюремному заключению на срок от шести месяцев до одного года.

Следует отметить, что в Уложение на протяжении десятилетий вносились различные изменения, однако диспозиция указной нормы оставалась стабильной. Отличия мы обнаруживаем только в санкциях за данное преступление: в редакции Уложения от 1885 г. наказание несколько смягчилось, хотя его виды остались прежними (тюремное заключение, арест, денежное взыскание, лишение особых прав и преимуществ).

В ст. 1615 наряду с термином «соглашение», использовалось народное, исконно русское слово «стачка» — круговая порука в нечистом деле, тай-

ное условие и самый круг, обязавшийся поддерживать друг друга³⁴. В XIX в. стачки имели место в различных отраслях торговли и промышленности. Например, сговор поставщиков рельсов для строительства Транссибирской железной дороги, картели винооторговцев в Сибири, совместное регулирование цен на минеральное топливо синдикатом «Продуголь» и др.

Что касается ст. 1619 Уложения (в редакции 1885 г. — ст. 1181), то она устанавливала уголовную ответственность за сговор (стачку) на торгах или устранение с торгов. В ней указывалось: «кто, при продаже недвижимого или движимого имущества с публичного торга, или при торгах на подряды и поставки или откупы, склонит других, подарками, обещаниями или иным образом, не участвовать в сих торгах, тот за сие подвергается денежному взысканию от пятидесяти до пятисот рублей»³⁵.

Данная норма применялась не только для регулирования государственных закупок, но и для стабилизации оборота частного недвижимого имущества.

Важно подчеркнуть, что первые дореволюционные нормы были направлены не только на защиту конкуренции как таковой, но и конечных потребителей, т.е. общества в целом. Данный подход соответствует современным тенденциям развития антимонопольного законодательства.

2. Экономический анализ поведения компаний в случае согласованных действий на рынке

(The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy / ed. by J.E. Kwoka, Jr., L.J. White³⁶ (извлечение))

Роберт Гертнер в неопубликованной рукописи 1994 г. (Gertner R.H. *Tacit Collision with Immediate Response: the Role of Asymmetries*) показал взаимосвязь между склонностью компаний к согласованным действиям и тремя независимыми факторами: структурой рынка (1), размером издержек компаний (2) и уровнем их присутствия на различных рынках (3). Эти выводы не утратили актуальности и сегодня.

Возможность участников рынка мгновенно оповещать друг друга об устанавливаемых ценах и мгновенно реагировать на такую информацию (Гертнер назвал это явление *tacit collision with immediate response*) при опре-

³⁴ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. М.: Русский язык, 1999. Т. 4. С. 314.

³⁵ Впоследствии ст. 1615 была переименована в ст. 1180. В редакции Уложения от 1885 г. наказание было изменено — было установлено только максимальное наказание в пятьсот рублей. Изменялось наказание за данное преступление и в дальнейшем.

³⁶ The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy / ed. by J.E. Kwoka, Jr., L.J. White. 4th ed. N.Y.; Oxford: Oxford University Press, 2004. С. 236–237.

деленных условиях приводит к антиконкурентным последствиям. Гертнер выяснял результат [взаимодействия компаний] на рынке при условии, что уровень издержек компаний на производство товара различен, а также при условии, что их мощности по производству товара ограничены. В своем исследовании, которое в основном посвящено ситуации в отрасли авиационных перевозок, он приходит к выводу, что, если компании не сильно отличаются [по этим параметрам] друг от друга, результат их взаимодействия не будет отличаться от результата, который был бы достигнут благодаря сговору участников рынка, если на товарном рынке существует возможность мгновенного оповещения участников об устанавливаемых ими ценах и мгновенной реакции участников на такую информацию. В этих условиях цена будет диктоваться компанией, которая предпочитает устанавливать самые низкие цены. Вся ситуация обусловлена тем, что компании с высокими издержками не могут ничего предложить компаниям с низкими издержками в обмен на отказ последних устанавливать цены выше уровня, который обеспечивает им максимальный объем прибыли.

Конечно, если компания, склонная устанавливать минимальные цены, представлена на иных рынках и предпочитает там устанавливать цены выше минимальных, всегда остается возможность для торга. В процессе торга каждая компания соглашается устанавливать цены выше минимального уровня (даже если минимальная цена ей выгоднее) в обмен на увеличение цены на том рынке, где цена компании не является минимальной. Исследование Гертнера также показало, что на рынках, характеризующихся наличием компаний с сильно различающимися издержками на единицу продукции, установление низкой цены одним из участников рынка может не оказывать никакого воздействия на остальных участников. Это происходит из-за ограниченности производственных мощностей участника с наименьшими издержками. В таком случае компании с большими издержками могут улучшить свое положение на рынке, если позволят компании с наименьшими издержками загрузить полностью свои производственные мощности [и продать весь произведенный ею товар по минимальной цене], а сами будут продавать товар дороже тем, кто не смог его приобрести по минимальной цене... Таким образом, даже хотя авиакомпания и отличается друг от друга по размеру издержек и иным параметрам, наличие у каждой из них возможности следить за ценами конкурентов и мгновенно на них реагировать может приводить к тому, что цены будут устанавливаться на уровне существенно более высоком, чем конкурентный.

Рассмотренное направление экономического анализа, однако, не позволяет сделать однозначные выводы, связанные с применением анти-

монопольного законодательства. С одной стороны, доступность мгновенного мониторинга и возможность мгновенного ответа заставляет задуматься о том, что цены с большой вероятностью будут установлены выше конкурентного уровня и принесут вред потребителям. С другой стороны, это может случиться и в отсутствие каких-либо провоцирующих обстоятельств [вроде доступности мгновенного мониторинга и возможности мгновенного ответа], при этом действия участников рынка будут полностью соответствовать антимонопольному законодательству. Установление участником рынка по собственному решению высоких цен не является нарушением антимонопольного законодательства. Это обстоятельство не только представляет дилемму для антимонопольного органа, проводящего расследование, но также затрудняет выработку каких-либо мер, осуществление которых способствовало бы восстановлению конкуренции. Ни требование «установите пониженные цены», ни требование «прекратите отвечать действием на действия других участников рынка» не могут рассматриваться в качестве реалистичных предписаний, соответствующих антимонопольному законодательству (хотя первое требование лежит в основе многих видов экономического регулирования).

3. Антиконтурентное соглашение: пример из русской истории XVII в.
(В.О. Ключевский. Сочинения. М.: Государственное издательство политической литературы, 1957. Т. 3. С. 345–347)

Русский историк В.О. Ключевский подробно рассматривает деятельность одного из «самых замечательных из московских государственных людей XVII в.» Афанасия Лаврентьевича Ордин-Нащокина, который начал свою службу еще при первом царе из династии Романовых и достиг ее вершины — должности главного управителя Посольского приказа — в царствование Алексея Михайловича. На одном из многочисленных этапов послужного пути в 1665 г. А.Л. Ордин-Нащокин был назначен воеводой пограничного русского города Пскова. Ниже приводятся его планы по переустройству внешней приграничной торговли с иностранными купцами. Прочтя отрывок, постарайтесь ответить на следующие вопросы.

Какое воздействие на конкуренцию могли оказать предлагаемые Нащокиным меры? Какие рынки могли быть затронуты таким воздействием?

Можно ли квалифицировать предложенную им форму взаимодействия псковских купцов в качестве картеля? Если да, то на что он был направлен?

Нет ли в его предложениях признаков антиконкурентного соглашения хозяйствующих субъектов и публично-правовых образований?

Как вы думаете, что помешало реализации предложений Нащокина?

Приехав в Псков в марте 1665 г., новый воевода застал в родном городе страшную неурядицу. Он увидел великую вражду между посадскими людьми: «лутчие», состоятельнейшие купцы, пользуясь своей силой в городском общественном управлении, обижали «средних и мелких людишек» в разверстке податей и в нарядах на казенные службы, вели городские дела «своим изволом», без ведома остального общества; те и другие разорялись от тяжб и приказной неправды; из-за немецкого рубежа в Псков и из Пскова за рубеж провозили товары беспошлинно; маломочные торговцы, не имея оборотного капитала, тайно брали у немцев деньги на подряд, скупали подешевле русские товары и как свои продавали, точнее, передавали их своим доверителям, довольствуясь ничтожным комиссионным заработком, «из малого прокормления»; этим они донельзя сбивали цены русских товаров, сильно подрывали настоящих капиталистов, должны неоплатно иноземцам, разорялись. Нащокин вскоре по приезде предложил псковскому посадскому обществу ряд мер, которые земские старосты Пскова, собравшись с лучшими людьми в земской избе (городской управе) «для общего всенародного совету», должны были обсудить со всяким усердием. Здесь при участии воеводы выработаны были «статьи о градском устройении», своего рода положение об общественном управлении города Пскова с пригородами в 17 статьях. Положение было одобрено в Москве и заслужило милостивую похвалу царя воеводе за службу и радение, а псковским земским старостам и всем посадским людям «за их добрый совет и за радение во всяких добрых делех».

Важнейшие статьи положения касаются преобразования посадского общественного управления и суда и упорядочения внешней торговли, одного из самых деятельных нервов экономической жизни Псковского края. Посадское общество города Пскова выбирает из своей среды на три года 15 человек, из коих пятеро по очереди в продолжение года ведут городские дела в земской избе. В ведении этих «земских выборных людей» сосредоточиваются городское хозяйственное управление, надзор за питейной продажей, таможенным сбором и торговыми сношениями псковичей с иноземцами; они же и судят посадских людей в торговых и других делах; только важнейшие уголовные преступления, измена, разбой и душегубство, остаются подсудны воеводам. Так псковский воевода добровольно поступался значительной долей своей власти в пользу городского самоуправления. В особо важных городских делах очередная треть выборных совещается с остальными и даже призывает на совет лучших людей из посадского общества.

Нащокин видел главные недостатки русской торговли в том, что «русские люди в торговле слабы друг перед другом», неустойчивы, не привыкли действовать дружно и легко попадают в зависимость от иностранцев. Главные причины этой неустойчивости — недостаток капиталов, вза-

имное недоверие и отсутствие удобного кредита. Маломочные торговцы распределяются «по свойству и знакомству» между крупными капиталистами, которые наблюдают за их промыслами. Земская изба выдает им из городских сумм ссуды для покупки русских вывозных товаров. Для торговли с иноземцами учреждаются под Псковом две двухнедельные ярмарки с беспошлинным торгом, от 6 января и от 9 мая. К этим ярмаркам мелкие торговцы на полученную ссуду при поддержке капиталистов, к которым приписаны, скупают вывозные товары, записывают их в земской избе и передают своим принципалам; те уплачивают им покупную стоимость принятых товаров для новой закупки к следующей ярмарке и делают им «наддачу» к этой покупной цене «для прокормления», а продав иноземцам доверенный товар по установленным большим ценам, выдают своим клиентам причитающуюся им «полную прибыль», компанейский дивиденд. Такое устройство торгового класса должно было сосредоточить обороты внешней торговли в немногих крепких руках, которые были бы в состоянии держать на надлежащей высоте цены туземных товаров.

Такие своеобразные торговые товарищества рассчитаны были на возможность дружного сближения верхнего торгового слоя с посадской массой, значит, на умиротворение той общественной вражды, какую нашел Нащокин в Пскове. Расчет мог быть основан на обоюдных выгодах обеих сторон, патронов и клиентов: сильные капиталисты доставляли хорошую прибыль маломочным компанейщикам, а последние не портили цен сильным. Важно и то, что эти товарищества состояли при городской управе, которая становилась ссудным банком для маломочных и контролем для их патронов: посадское общество города Пскова при зависимости от него пригородов получало возможность через свой судебный-административный орган руководить внешней торговлей всего края.

4. 10 самых крупных штрафов за участие в картельных соглашениях, наложенных Европейской комиссией (информация на май 2013 г.)³⁷

По компаниям — участникам картельного соглашения

Компания	Рынок	Штраф, евро	Год
Saint Gobain	Автомобильное стекло	880 000 000	2008
Philips	Мониторы для телевизоров и компьютеров	705 296 000	2012
LG Electronics	Мониторы для телевизоров и компьютеров	687 537 000	2012

³⁷ URL: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

Компания	Рынок	Штраф, евро	Год
Hoffmann—La Roche AG	Витамины	462 000 000	2001
Siemens AG	Закрытые распределительные устройства с элегазовой изоляцией (ЗРУ)	396 562 500	2007
Pilkington	Автомобильное стекло	357 000 000	2008
Ideal Standard	Гарнитура для ванных комнат	326 091 196	2010
E.ON	Газ	320 000 000	2009
GDF Suez	Газ	320 000 000	2009
ThyssenKrupp	Лифты и эскалаторы	319 779 900	2007

По совокупному штрафу на участников картеля

Рынок, на котором действовали участники картеля	Год	Совокупный штраф на всех участников картеля, евро
Мониторы для телевизоров и компьютеров	2012	1 470 515 000
Стекла для автомобилей	2008	1 354 896 000
Лифты и эскалаторы	2007	832 422 250
Перевозка грузов воздушным транспортом	2010	799 445 000
Витамины	2001	790 515 000
Парафиновый воск	2008	676 011 400
Жидкокристаллические экраны	2010	648 925 000
Газ	2009	640 000 000
Гарнитура для ванных комнат	2010	622 250 782
Закрытые распределительные устройства с элегазовой изоляцией (ЗРУ)	2007	539 185 000

Регулирование антимонопольным законодательством деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов и организаций

§ 1. Общая характеристика и виды норм антимонопольного законодательства, адресованных органам государственной власти, органам местного самоуправления, иным органам и организациям

Специфика российского антимонопольного законодательства состоит в том, что оно включает в свой состав широкий круг норм, адресованных носителям властных полномочий. В антимонопольном законодательстве большинства зарубежных стран аналогичные нормы отсутствуют либо представлены в меньшем объеме.

Предметом Федерального закона «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) является, в частности, предупреждение и пресечение недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации (далее — органы, осуществляющие публичные полномочия) (п. 2 ч. 1 ст. 1 Закона о защите конкуренции).

Отечественное антимонопольное законодательство изначально выделяло особый вид монополистической деятельности — ограничивающие конкуренцию действия и соглашения органов, осуществляющих властные полномочия¹. Позднее указанные действия и соглашения

¹ См. ст. 7, 8 гл. 2 «Монополистическая деятельность» Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

были выделены в отдельную группу антимонопольных запретов, адресованных органам, осуществляющим публичные полномочия, утратив статус одного из видов монополистической деятельности².

Современные тенденции в развитии антимонопольного законодательства свидетельствуют о появлении самостоятельной группы обязывающих норм, адресованных органам, осуществляющим публичные полномочия. Данные нормы определяют порядок заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества и предоставления государственной или муниципальной преференции.

Значительное число рассматриваемых дел о нарушениях антимонопольного законодательства связано именно с нарушениями и несоблюдением органами, осуществляющими публичные полномочия, запрещающих и обязывающих норм антимонопольного законодательства. Причем число таких дел неуклонно растет за счет расширяющихся полномочий антимонопольного органа при осуществлении контроля именно за соблюдением указанными лицами обязывающих норм.

1. Структура норм антимонопольного законодательства, адресованных органам, осуществляющим публичные полномочия

Исходя из видовой принадлежности, Закон о защите конкуренции выделяет *две группы норм, адресованных органам, осуществляющим публичные полномочия*.

Запрещающие нормы (нормы-запреты) содержатся в ст. 15 и 16 Закона о защите конкуренции. В конструкции этих норм содержится общий запрет на соглашения, принятие актов и совершение органами, осуществляющими публичные полномочия, действий, негативно влияющих на конкуренцию. В числе этих норм есть несколько безусловных запретов, которые в силу закона являются негативными для конкуренции (запреты *per se*).

Так, ст. 15 Закона о защите конкуренции запрещает:

- органам, осуществляющим публичные полномочия, принимать акты и (или) совершать действия (бездействие), которые приводят или

² Статьей 8 Федерального закона от 09.10.2002 № 122-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР “О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках”» был введен разд. II.1 «Ограничивающие конкуренцию акты, действия, соглашения или согласованные действия федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных наделенных функциями или правами указанных органов власти органов или организаций», который выделил ст. 7, 8, 9 в самостоятельную группу норм (СЗ РФ. 2002. № 41. Ст. 3969). В настоящее время разд. II.1 утратил силу.

могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции (ч. 1);

- наделять органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления полномочиями, осуществление которых приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции (ч. 2);

- совмещение функций органов, осуществляющих публичные полномочия, и функций хозяйствующих субъектов, а также наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов (ч. 3).

Статья 16 Закона о защите конкуренции запрещает:

- соглашения между органами, осуществляющими публичные полномочия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции;

- соглашения между органами, осуществляющими властные полномочия, и хозяйствующими субъектами;

- органам, осуществляющим публичные полномочия, совершать согласованные действия, если они приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

Обязывающие нормы (ст. 17.1, 18, 19, 20, 21) возлагают на органы, осуществляющие публичные полномочия, обязанность совершать действия определенного содержания. В Законе о защите конкуренции такие обязательные для исполнения нормы поведенческого характера касаются трех сфер деятельности органов, осуществляющих публичные полномочия.

В сфере распоряжения государственным и муниципальным имуществом ст. 17.1 Закона о защите конкуренции:

- устанавливает особенности порядка заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества;

- определяет виды такого имущества;

- очерчивает круг лиц, которые обязаны заключать гражданско-правовые договоры о переходе прав пользования и (или) владения государственного или муниципального имущества исключительно на торгах;

- устанавливает перечень изъятий из нормы об обязательном заключении договоров на торгах (в зависимости от целей предоставления таких прав, основания их предоставления и адресата).

В сфере заключения договоров с финансовыми организациями ст. 18 Закона о защите конкуренции:

- регламентирует особенности отбора финансовых организаций федеральными органами исполнительной власти, органами исполни-

тельной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, государственными внебюджетными фондами;

- определяет конкретный перечень финансовых услуг, для оказания которых обязательно проведение открытого конкурса или открытого аукциона в соответствии с положениями федерального закона о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд³.

В сфере предоставления государственных и муниципальных преференций ст. 19, 20, 21 Закона о защите конкуренции:

- содержат закрытый перечень целей, в соответствии с которыми органы, осуществляющие публичные полномочия, могут предоставить государственные и муниципальные преференции;

- устанавливают порядок предоставления таких преференций;
- оговаривают случаи изъятия из этих норм;
- определяют последствия нарушения требований о предоставлении преференций.

2. Основы квалификации нарушения норм антимонопольного законодательства, адресованных органам, осуществляющим публичные полномочия

Нарушения запрещающих норм органами, осуществляющими публичные полномочия, образуют составы нарушений антимонопольного законодательства. Антимонопольный орган в рамках рассмотрения дела проводит квалификацию действий и определяет состав нарушения антимонопольного законодательства⁴.

Раскрытие общего содержания запретительных норм наиболее информативно, если они анализируются через призму отдельных элементов конкретного состава нарушения антимонопольного законодательства.

В теории права для установления факта правонарушения необходимо определить следующие его элементы: субъект, объект, субъективную и объективную стороны нарушения.

Объектом нарушения антимонопольного законодательства со стороны органов, осуществляющих публичные полномочия, являются общественные интересы, связанные с конституционными гарантиями

³ Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105.

⁴ Подробнее о рассмотрении антимонопольным органом дел о нарушении антимонопольного законодательства см. в § 2 гл. 12 настоящего учебника.

свободного перемещения товаров, работ и услуг, единства экономического пространства, свободы экономической деятельности. В качестве правового результата пресекаемых действий, актов, соглашений органов, осуществляющих публичные полномочия, выступают негативные последствия для конкуренции на товарных рынках.

В отношении антимонопольного регулирования деятельности хозяйствующих субъектов ситуация иная. Так, состав злоупотребления доминирующим положением (ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции) к последствиям от злоупотребления относит, помимо негативного влияния на конкуренцию, ущемление интересов других лиц.

Антимонопольные органы, пресекая антиконкурентную деятельность органов, осуществляющих публичные полномочия, тем самым восстанавливают условия конкуренции на отдельных товарных рынках, на которые указанные действия, акты, соглашения негативно влияют. При этом часто основанием для возбуждения антимонопольным органом дел в указанной публичной сфере являются обращения и заявления конкретных хозяйствующих субъектов — участников товарного рынка. По итогам рассмотрения дел антимонопольный орган выносит предписание органу, осуществляющему публичные полномочия: прекратить антиконкурентные действия, отменить или изменить антиконкурентный акт, соглашение. Такими предписаниями восстанавливаются справедливые условия конкуренции для всех участников рынка, в том числе и для заявителя.

Субъектом нарушения рассматриваемых норм антимонопольного законодательства, в зависимости от конкретного состава нарушения, являются федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, организации, участвующие в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственный внебюджетный фонд, Центральный банк Российской Федерации.

Субъективная сторона как элемент состава нарушения антимонопольного законодательства органами, осуществляющими публичные полномочия, не требует доказательств вины нарушителя. Законодатель в данных категориях дел исходит из принципа обязательности соблюдения органами, осуществляющими публичные полномочия, действующего законодательства, а специфика субъекта нарушения априори отличает его форму вины от форм вины, свойственной физическим лицам.

Определение **объективной стороны** состава нарушения является наиболее трудоемким процессом в формировании антимонопольным органом доказательственной базы. Антимонопольный орган, квали-

фицируя нарушения общих запретов, должен установить и доказать наличие негативных последствий для конкуренции либо вероятность их наступления, а также выявить причинно-следственную связь между конкретным действием органа власти и наступившими (или могущими наступить) в результате него последствиями на товарном рынке.

Нормы ст. 15 и 16 Закона о защите конкуренции содержат, помимо общего запрета, перечень запретов, совершение которых, по мнению законодателя, негативно влияет на конкуренцию (составы *per se*). Из этого следует, что антимонопольный орган, определяя объективную сторону при квалификации составов *per se*, может собрать доказательства только о факте совершения одного или нескольких из перечисленных в норм-запрете деяний. В данном случае антимонопольный орган не проводит анализ товарного рынка, на котором произошло нарушение.

Однако при рассмотрении таких дел необходимо учитывать сферу применения Закона о защите конкуренции, которая ограничена отношениями, связанными с защитой конкуренции (ч. 1 ст. 3). Деяния органов, совпадающие по формальным признакам с деяниями, перечисленными в норм-запрете, должны быть связаны с защитой конкуренции на конкретных товарных рынках.

Поэтому при доказывании факта деяний *per se*, предусмотренных нормами-запретами для указанных органов, также подлежат определению следующие базовые элементы:

- товарный рынок, на котором произошли (могли произойти) негативные изменения конкуренции в связи с деянием органа;
- товар, обращающийся на таком товарном рынке;
- участники товарного рынка, между которыми произошло ограничение конкуренции или возникла угроза такого ограничения.

§ 2. Запреты антимонопольного законодательства, адресованные органам, осуществляющим публичные полномочия

1. Запрет органам, осуществляющим публичные полномочия, принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции

Субъектами нарушения запретов, установленных ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции, являются:

- федеральные органы исполнительной власти;
- органы государственной власти субъектов Российской Федерации;

- органы местного самоуправления;
- иные органы или организации, осуществляющие функции указанных органов;
- организации, участвующие в предоставлении государственных и муниципальных услуг;
- государственные внебюджетные фонды;
- Центральный банк Российской Федерации.

Органы государственной власти на уровне Российской Федерации представлены в данном перечне исключительно федеральными органами исполнительной власти. На уровне субъектов Федерации адресатами запретов ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции являются не только исполнительные, но и представительные органы государственной власти субъекта Российской Федерации.

На муниципальном уровне адресатами запретов, установленных ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции, являются как исполнительно-распорядительные, так и представительные, а также иные органы местного самоуправления. Свою позицию в отношении правоприменительной практики по определению таких субъектов нарушения запрещающих норм высказал Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации⁵. Согласно постановлению ВАС РФ арбитражные суды должны учитывать, что в соответствии со ст. 34 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁶ структуру органов местного самоуправления составляют представительный орган муниципального образования, глава муниципального образования, местная администрация (исполнительно-распорядительный орган муниципального образования), контрольный орган муниципального образования, иные органы и выборные должностные лица местного самоуправления, предусмотренные уставом муниципального образования и обладающие собственными полномочиями по решению вопросов местного значения.

Поскольку в п. 3 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции указано, что обязательные для исполнения предписания могут быть вынесены в отношении органов местного самоуправления без каких-либо ограничений по кругу этих органов, антимонопольный орган может выносить такие предписания любому органу местного самоуправления.

⁵ См. п. 11 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

⁶ Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

Важно отметить, что хозяйствующие субъекты, которым предоставляется приоритетный доступ к информации, а также государственная или муниципальная преференция (п. 6, 7 ч. 1 ст. 15), не относятся к субъектам, нарушающим данные запреты. Субъектами нарушения в этом случае являются органы, осуществляющие публичные полномочия, предоставившие приоритетный доступ к информации и (или) преференцию в нарушение требований, установленных законом.

Одной из новелл *третьего антимонопольного пакета* является расширение перечня адресатов, для которых установлены запреты ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции. В частности, указанные запреты стали распространяться на организации, участвующие в предоставлении государственных и муниципальных услуг. Требования к таким услугам содержатся в ст. 9 Федерального закона от 27.07.2010 № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»⁷.

Объективная сторона нарушения ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции состоит в принятии актов и (или) осуществлении действий (бездействии), которые:

1) имеют своим последствием недопущение, ограничение или устранение конкуренции (или существует вероятность наступления такого последствия) либо

2) прямо поименованы в качестве запретов в ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции, в частности:

а) вводят ограничения в отношении создания хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также устанавливают запреты или вводят ограничения в отношении осуществления отдельных видов деятельности или производства определенных видов товаров;

б) необоснованно препятствуют осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами, в том числе путем установления не предусмотренных законодательством Российской Федерации требований к товарам или к хозяйствующим субъектам;

в) устанавливают запреты или вводят ограничения на свободное перемещение товаров в Российской Федерации, иные ограничения прав хозяйствующих субъектов на продажу, покупку, иное приобретение, обмен товаров;

г) дают хозяйствующим субъектам указания о первоочередных поставках товаров для определенной категории покупателей (заказчиков) или о заключении в приоритетном порядке договоров;

д) устанавливают для приобретателей товаров ограничения выбора хозяйствующих субъектов, которые предоставляют такие товары;

⁷ Федеральный закон от 27.07.2010 № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

е) предоставляют хозяйствующему субъекту доступ к информации в приоритетном порядке;

ж) предоставляют государственную или муниципальную преференции в нарушение требований, установленных гл. 5 Закона о защите конкуренции;

з) создают дискриминационные условия;

и) устанавливают и (или) взимают не предусмотренные законодательством Российской Федерации платежи при предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления государственных или муниципальных услуг;

л) дают хозяйствующим субъектам указания о приобретении товара, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Российской Федерации.

В соответствии с ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции, принятие актов, осуществление действий (бездействие), имеющих негативные последствия для конкуренции, допустимо, если это предусмотрено федеральными законами.

Данное исключение корреспондирует с ч. 2 и 5 ст. 1 ГК РФ, которые допускают введение ограничения гражданских прав, перемещения товаров и услуг на основании федерального закона. Правда, такие ограничения федеральный закон может вводить только в определенных целях, названных в указанных нормах гражданского законодательства.

Термин «акт» используется в ст. 15 Закона о защите конкуренции в качестве общего понятия, включающего как нормативные, так и ненормативные акты (акты индивидуального применения, распорядительные акты) органов власти и управления.

Нормативные акты регулируют однотипные правоотношения, рассчитаны на многократное применение и устанавливают правила поведения для неопределенного круга лиц. Такие акты подлежат обязательному опубликованию. Нормативные акты, принятые федеральными органами исполнительной власти, подлежат регистрации Министерством юстиции Российской Федерации.

Для квалификации нарушения запрета, установленного ч. 1 ст. 15, важно определить, имеет ли орган публичной власти компетенцию принимать нормативный акт, который регулирует конкретную сферу экономической деятельности. Такая компетенция строго регламентирована законом, определяющим статус соответствующего органа.

Основу разграничения сфер ведения Российской Федерации и ее субъектов составляют ст. 71, 72, 73, 76 Конституции.

Орган, осуществляющий публичные полномочия, который принимает нормативный акт за пределами своей компетенции, если в результате такого принятия наступают негативные последствия для конкуренции, нарушает общий запрет, установленный ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции. Нарушение данной нормы будет иметь место и в случае, когда нормативный акт принят в пределах компетенции, но привел к поименованным в ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции конкретным формам ограничения конкуренции. При этом, как было отмечено ранее, важно точно установить конкретный товарный рынок, на котором произошли (или могут произойти) негативные изменения в связи с принятием акта.

Индивидуальные, распорядительные акты затрагивают конкретные правоотношения, издаются в отношении указанных в таком акте лиц и не рассчитаны на многократное применение. Компетенция, форма принятия индивидуальных актов для каждого конкретного органа публичной власти в отдельности определяется в нормативном акте, регулирующем его деятельность.

Однако органы власти, издавая индивидуальные акты в сфере своей компетенции, зачастую включают в них положения, адресованные неопределенному кругу лиц, что свойственно нормативным актам. Это обстоятельство само по себе не дает оснований признать такой индивидуальный акт органа публичной власти нормативным, поскольку в силу формы издания, статуса и компетенции органа акт не может порождать права и обязанности у неопределенного круга лиц. Хозяйствующие субъекты не обязаны в своей экономической деятельности руководствоваться данными «лженормативными» положениями. Поэтому сам факт несоблюдения формы акта органом, осуществляющим публичные полномочия, не образует состав нарушения. Однако, если орган будет совершать действия, направленные на принуждение хозяйствующих субъектов к исполнению «лженормативных» положений, произойдет нарушение антимонопольного запрета. Очевидно, что в данном случае должно иметь место негативное влияние на конкуренцию.

Как уже отмечалось, в отношении органов, осуществляющих публичные полномочия, законодатель указал закрытый перечень их действий, которые составляют объективную сторону состава ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции и негативные последствия которых для конкуренции презюмированы.

Рассмотрим наиболее часто встречающиеся в правоприменительной практике нарушения антимонопольного законодательства.

1. Введение ограничений в отношении создания хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также установление запретов

или введение ограничений в отношении осуществления отдельных видов деятельности или производства определенных видов товаров (п. 1 ч. 1 ст. 15).

Данный запрет орган, осуществляющий публичные полномочия, может нарушить, например, если установит требования к организационно-правовой форме хозяйствующих субъектов, осуществляющих отдельные виды деятельности. Зачастую, выдвигая такие требования, орган отдает предпочтение государственным и муниципальным унитарным предприятиям. В результате юридические лица с частной формой собственности теряют возможность работать на рынке, и тем самым конкуренция на нем устраняется.

Примером рассматриваемого формального состава ч. 1 ст. 15 также могут служить вводимые органами власти различные ограничения в отношении хозяйствующих субъектов, которые осуществляют торговую деятельность в регионе, где они не поставлены на налоговый учет.

Указанные ограничения, а равно и ограничения в отношении производства отдельных видов товаров или осуществления определенных видов деятельности на территории конкретного публично-правового образования характерны для так называемого регионального сепаратизма, призванного, по мнению местных властей, защитить местных производителей от конкурентов из других регионов. Часто такие ограничения вводятся в отношении оборота алкогольной продукции либо в отношении ее производителей. Требования органов власти к хозяйствующим субъектам встать на налоговый учет в регионе, где они осуществляют торговую деятельность, продиктованы желанием региональных властей наполнить местную казну за счет соответствующих налоговых поступлений в бюджет региона.

Подобного рода ограничения также тесно связаны, а порой и дублируются формальным составом п. 3 ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции.

2. Установление запретов или введение ограничений в отношении свободного перемещения товаров в Российской Федерации, иных ограничений прав хозяйствующих субъектов на продажу, покупку, иное приобретение, обмен товаров (п. 3 ч. 1 ст. 15). Органы, осуществляющие публичные полномочия, запрещают хозяйствующим субъектам-производителям реализовывать товары за пределами административно-территориального образования — места нахождения такого производителя либо вводят квоты на реализацию в другие регионы. Кроме того, для стимулирования спроса на товары местных производителей органы власти устанавливают ограничения на покупку местными приобретателями необходимых им товаров из других регионов.

Вводя данные запреты и ограничения, органы, осуществляющие публичные полномочия, нарушают базовые конституционные принципы

(ст. 8 и 74 Конституции) и основные начала гражданского законодательства (п. 5 ст. 1 ГК РФ), которые гарантируют единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг, свободу экономической деятельности и предусматривают возможность введения ограничений перемещения товаров только на основании федерального закона и только в установленных целях. Таким образом, в связи с отсутствием у указанных органов компетенции на издание подобного рода актов и в силу законодательно закрепленной формы акта, которым могут быть введены подобные ограничения, принятие актов и совершение действий (бездействие) в данной сфере органами публичной власти недопустимо.

3. Необоснованное препятствование органами публичной власти осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами, в том числе путем установления не предусмотренных законодательством Российской Федерации требований к товарам или к хозяйствующим субъектам (п. 2 ч. 1 ст. 15). Органы, осуществляющие публичные полномочия, зачастую устанавливают административные ограничения на предпринимательскую деятельность хозяйствующих субъектов, хотя такие действия, как правило, не предусмотрены федеральным законодательством и (или) не отнесены к компетенции этих органов. В частности, органы могут устанавливать такого рода требования к хозяйствующим субъектам или выпускаемым ими товарам, которые не предусмотрены законодательством Российской Федерации.

Рассмотрим пример такого ограничения. Правительство Москвы⁸ своим распоряжением предоставило ГУП «Реклама и информация на транспорте», являющемуся коммерческой организацией, исключительные права на производство, размещение и демонтаж по окончании срока проката рекламы и информации на транспортных средствах городского пассажирского наземного транспорта. ГУП было предоставлено право поручать эти функции другим лицам. По сути, ГУП и его доверенные лица навязывали свои услуги рекламодателям и распространителям рекламы, что создавало для ГУП необоснованно благоприятствующие условия деятельности, которые могли повлечь ограничение конкуренции на рынке.

Кроме того, орган, осуществляющий публичные полномочия, определил для транспортных организаций города конкретного контрагента (посредника) — ГУП и лишил их возможности самостоятельно выби-

⁸ См.: Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 11 / под ред. В.Ф. Яковлева М.: Юридическая литература, 2004. С. 157.

рять потенциальных рекламодателей и рекламопроизводителей. Такие действия органа признаны необоснованным требованием к транспортным организациям города, поскольку нарушали гражданско-правовой принцип свободы заключения договора.

4. Наделение органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления полномочиями, осуществление которых приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, а также совмещение функций органов публичной власти с функциями хозяйствующих субъектов и наделение последних функциями и правами органов публичной власти (ч. 2 и 3 ст. 15).

Указанные органы власти и местного самоуправления, выступая в качестве субъекта административного права и реализуя свои властные полномочия, не могут одновременно осуществлять функции хозяйствующих субъектов.

Согласно ст. 124 ГК РФ допускается участие Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования в гражданских отношениях на равных с другими участниками гражданских правоотношений. От имени указанных публичных образований в гражданском обороте выступают соответствующие органы власти. В силу этого, чтобы не нарушать принципы равенства участников гражданского оборота, свободы договора, беспрепятственного осуществления гражданских прав, установленных ч. 1 и 2 ст. 1 ГК РФ, указанным органам запрещено использовать властные полномочия при реализации гражданских прав.

Иной статус органов власти не позволял бы обеспечивать равные условия для участников гражданского оборота.

Одним из основных запретов, адресованных органам государственной власти субъектов Российской Федерации и органам местного самоуправления, несоблюдение которых негативно влияет на конкуренцию между хозяйствующими субъектами, является запрет наделять хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов. Данный запрет не позволяет последним нарушать гражданско-правовой принцип равенства участников гражданского оборота, осуществляющих предпринимательскую деятельность (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Наделение хозяйствующего субъекта функциями или правами органа публичной власти (в том числе органов контроля и надзора) создает такому участнику гражданских правоотношений благоприятные условия деятельности, которые позволяют ему получать прибыль, не ведя конкурентную борьбу с участниками рынка.

Примером несоблюдения такого запрета может служить постановление главы администрации города Сочи⁹. Этим актом орган местного самоуправления возложил на МУП «Городской центр по земельно-имущественным отношениям» функции и полномочия в области земельных отношений, определенные федеральными законами как функции и полномочия органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Муниципальное унитарное предприятие является хозяйствующим субъектом, а потому не может заниматься ведением электронной карты состояния земель на территории города Сочи, подготовкой и выдачей справок, содержащих земельно-кадастровую информацию. Такие функции и полномочия отнесены к исключительной компетенции органов местного самоуправления, органов государственного контроля и надзора.

2. Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия органов, осуществляющих публичные полномочия

Данный запрет (ст. 16 Закона о защите конкуренции) касается соглашений между органами, осуществляющими публичные полномочия, и соглашений между ними и хозяйствующими субъектами, а также осуществления указанными органами согласованных действий.

В качестве обязательного квалификационного признака данного состава нарушения предусмотрено наступление или вероятность наступления такого последствия от заключения соглашений или осуществления согласованных действий, как недопущение, ограничение, устранение конкуренции.

К формальному составу нарушения ст. 16 Закона о защите конкуренции относятся последствия, приводящие:

1) к повышению, снижению или поддержанию цен (тарифов), за исключением случаев, если такие соглашения предусмотрены федеральными законами или нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации;

2) экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков);

⁹ Дело № А3223959/20084/402 Арбитражного суда Краснодарского края. URL: <http://kad.arbitr.ru/?id=6ef65b22351844c189b7241c65a65089>

4) ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов.

Соглашения между органами власти и хозяйствующими субъектами в большинстве случаев являются «сепаратными» или «защитными». Они часто фиксируют цены на определенные группы товаров на территории конкретного публично-правового образования.

Однако федеральные законы, нормативные правовые акты Президента Российской Федерации, нормативные правовые акты Правительства Российской Федерации могут признавать легальными соглашения, которые приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен (тарифов) (п. 1 ст. 16 Закона о защите конкуренции).

Примером акта, допускающего исключение из общего запрета, является постановление Правительства Российской Федерации от 05.03.2010 № 129 «О соглашениях между исполнительными органами государственной власти, органами местного самоуправления и хозяйствующими субъектами о снижении или поддержании цен на отдельные виды горюче-смазочных материалов, реализуемых сельскохозяйственным товаропроизводителям»¹⁰.

Основной целью постановления, имеющего срочный характер, является регулирование правоотношений в сфере поставок топлива для весенне-полевых сельскохозяйственных работ.

Данный акт наделяет исполнительные органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления правом заключать с хозяйствующими субъектами — производителями или поставщиками горюче-смазочных материалов соглашения о снижении или поддержании цен при поставке сельскохозяйственным товаропроизводителям отдельных видов горюче-смазочных материалов, необходимых для проведения сельскохозяйственных работ.

Рассмотрим пример несоблюдения запрета, предусмотренного ст. 16 Закона о защите конкуренции. Орган местного самоуправления и хозяйствующий субъект заключили соглашение, предметом которого стало снижение арендной ставки за пользование муниципальным помещением, находящимся в аренде у данного хозяйствующего субъекта. «Взамен» такой льготы предприниматель обязался согласовывать цены на продукты питания, реализуемые в его магазинах розничной торговли.

На первый взгляд, при такой «совместной» деятельности органа и предпринимателя должен возникнуть положительный социально-экономический эффект. В магазинах предпринимателя цены для потреби-

¹⁰ СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1104.

телей снижаются, в чем состоит несомненная выгода последних. Издержки, связанные со снижением цены на товар, компенсирует орган местного самоуправления. Но вред для конкуренции очевиден: другие предприниматели, занимающиеся розничной торговлей продуктами питания, не смогут на равных условиях конкурировать с данным предпринимателем. В небольших населенных пунктах, где работает только несколько магазинов и отсутствуют свободные торговые площади для аренды, подобное соглашение может привести к устранению с рынка хозяйствующих субъектов — конкурентов предпринимателя.

Для квалификации подобных действий необходимо тщательно анализировать степень влияния такого соглашения на состояние товарного рынка. Следует также исключать смежный состав нарушения антимонопольного законодательства — предоставление муниципальной преференции.

§ 3. Обязывающие нормы антимонопольного законодательства, адресованные органам публичной власти

1. Предоставление государственных или муниципальных преференций

В гл. 5 Закона о защите конкуренции впервые в российском антимонопольном законодательстве была выделена группа адресованных органам публичной власти норм, которые определяют условия и порядок предоставления хозяйствующим субъектам преимущества, обеспечивающего им более выгодные условия деятельности на товарном рынке¹¹.

Действующий Закон о защите конкуренции закрепил преемство норм ст. 7 закона о конкуренции 1991 г.¹² Они также содержали запрет органам публичной власти принимать акты и совершать ограничивающие конкуренцию действия, в том числе необоснованно предоставлять хозяйствующим субъектам льготы, которые ставят их в преимущественное положение по отношению к другим хозяйствующим субъектам, работающим на рынке того же товара.

¹¹ Закон о защите конкуренции ввел понятие «государственная или муниципальная помощь», а также урегулировал порядок, условия ее предоставления и определил правовые последствия нарушения данных норм.

¹² См. абз. 6 п. 1 ст. 7 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-І «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499 (далее — Закон № 948-І).

Указанная норма ст. 7 Закона о конкуренции была включена в новый Закон о защите конкуренции, но претерпела определенные изменения. Она была воспроизведена в ст. 15 и расширена в гл. 5 (ст. 19, 20 и 21) новыми квалификационными элементами, связанными с понятием «государственная или муниципальная помощь», и тем самым трансформировала прежнюю норму о запрете предоставления льгот хозяйствующим субъектам. Позднее¹³ понятие «государственная или муниципальная помощь» было заменено понятием «государственные или муниципальные преференции».

***Государственные или муниципальные преференции** — это предоставление 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 защите конкуренции).*

Дефиниция государственных или муниципальных преференций охватывает:

1) действие органа публичной власти, заключающееся в предоставлении преимущества отдельным хозяйствующим субъектам;

2) понятие такого преимущества: а) передача имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности; б) передача иных объектов гражданских прав; в) предоставление имущественного права.

Субъектами, которые предоставляют государственные или муниципальные преференции, выступают соответственно федеральный орган исполнительной власти, орган государственной власти субъектов Российской Федерации, орган местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации. По сравнению с кругом субъектов, являющихся адресатами запретов, установленных ст. 15 и 16 Закона о защите конкуренции, в число субъектов — адресатов норм ст. 19, 20, 21 не включены организации, участвующие в предоставлении государственных и муниципальных услуг, государственные внебюджетные фонды и Центральный банк Российской Федерации¹⁴.

Получателями преференций выступают хозяйствующие субъекты, действующие на разных товарных рынках.

Адресованная органам власти запрещающая норма Закона РСФСР № 948-І о недопустимости предоставления льгот хозяйствующим субъектам непосредственно не была включена в текст ст. 15 Закона о защите

¹³ См. Федеральный закон от 17.07.2009 № 164-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3601.

¹⁴ Далее термин «органы публичной власти» не включает организации, участвующие в предоставлении государственных и муниципальных услуг, государственные внебюджетные фонды и Центральный банк Российской Федерации.

конкуренции как общий вид запрета, который не требует со стороны антимонопольного органа доказательств негативных последствий для конкуренции. Однако ст. 15 Закона о защите конкуренции была дополнена новым самостоятельным квалификационным признаком — предоставление государственной и муниципальной преференции в нарушение порядка, установленного гл. 5 Закона о защите конкуренции.

Запрет на предоставление льгот хозяйствующим субъектам был трансформирован в нормы ст. 19, 20 Закона о защите конкуренции. Данные нормы сконструированы как обязывающие и по своей сути обуславливают запрет на предоставление органами публичной власти государственной или муниципальной преференции хозяйствующим субъектам, кроме случаев предоставления такой преференции:

1) в целях, перечисленных в законе (ч. 1 ст. 19) и прошедших процедуру предварительного согласования с антимонопольным органом (ч. 3 ст. 19, ч. 1, 3 ст. 20);

2) в целях, перечисленных в законе (ч. 1 ст. 19) и предоставленной:

а) на основании федерального закона, 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;

б) путем направления на финансовое обеспечение непредвиденных расходов средств резервных фондов в соответствии с бюджетным законодательством Российской Федерации;

в) в размере, не превышающем установленного Центральным банком Российской Федерации предельного размера расчетов наличными деньгами в Российской Федерации между юридическими лицами по одной сделке, если такая преференция предоставляется не чаще чем один раз в год одному лицу (ч. 3 ст. 19);

г) в соответствии с федеральными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства, региональными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства и муниципальными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства (ч. 4 ст. 19).

Отличием норм Закона о защите конкуренции, регламентирующих предоставление органами публичной власти преимуществ хозяйствующим субъектам от запрещающей нормы Закона РСФСР № 948-І, является подход законодателя к правовой конструкции указанных норм, а также содержание понятий «преимущество» и «льгота».

В Законе о защите конкуренции:

1) определено понятие государственных или муниципальных преференций (п. 20 ст. 4);

2) дан закрытый перечень действий, которые не являются предоставлением преференции (ч. 4 ст. 19);

3) перечислены конкретные виды целей, в которых может предоставляться такая преференция (ч. 1 ст. 19);

4) установлено общее правило предоставления преференций — соответствие указанным в Законе целям и наличие письменного согласия антимонопольного органа, предварительно полученного органом публичной власти в результате рассмотрения его заявления (ч. 3 ст. 19);

5) указаны особые случаи предоставления преференции, когда согласие антимонопольного органа не требуется, однако цель предоставления преференции должна соответствовать закону (п. 1—4 ч. 3 ст. 19);

6) введен запрет хозяйствующим субъектам — получателям преференции использовать ее в иных целях, чем указано в заявлении о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции (ч. 2 ст. 19);

7) дан закрытый перечень документов и информации, предоставляемой органом публичной власти вместе с заявлением в антимонопольный орган о получении согласия на предоставление преференции (ч. 1 ст. 20);

8) регламентирован порядок рассмотрения заявления и виды принимаемых антимонопольным органом решений (ч. 2, 3 ст. 20);

9) установлена обязанность для органа публичной власти предоставить в месячный срок с даты предоставления преференции документы, подтверждающие соблюдение установленных антимонопольным органом ограничений для предоставления преференции (ч. 4 ст. 20);

10) определены последствия нарушения требований Закона при предоставлении и (или) использовании государственной или муниципальной преференции (ст. 21).

Обязательным условием предоставления государственной или муниципальной преференции хозяйствующему субъекту является соответствие цели предоставления преимущества целям, определенным в ст. 19 Закона о защите конкуренции. Закон определяет закрытый перечень таких целей, которые связаны прежде всего с поддержкой и развитием государством социальной, культурной, инновационной сфер, производства сельскохозяйственной продукции и др. (ч. 1 ст. 19).

Орган публичной власти, который намерен предоставить хозяйствующему субъекту преференцию, соответствующую указанным в Законе целям, делает это без предварительного согласия антимонопольного органа, если такая преференция предоставляется:

1) на основании федерального закона, правового акта Президента Российской Федерации, правового акта Правительства Российской Федерации

ции, 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;

2) путем направления на финансовое обеспечение непредвиденных расходов средств резервных фондов в соответствии с бюджетным законодательством Российской Федерации;

3) в размере, не превышающем установленного Центральным банком Российской Федерации предельного размера расчетов наличными деньгами в Российской Федерации между юридическими лицами по одной сделке, если такая преференция предоставляется не чаще чем один раз в год одному лицу;

4) в соответствии с федеральными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства, региональными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства, муниципальными и межмуниципальными программами развития субъектов малого и среднего предпринимательства.

В иных случаях предоставления преференции при соответствии цели ее предоставления целям, перечисленным в Законе, орган публичной власти должен предварительно обратиться в антимонопольный орган с заявлением о даче согласия на ее предоставление. Форму такого заявления, сроки, последовательность действий антимонопольного органа при рассмотрении заявления органа публичной власти определяет *административный регламент ФАС России по исполнению государственной функции по рассмотрению заявлений о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции*¹⁵. Полномочие ФАС России издавать акт, определяющий порядок рассмотрения такого заявления, и утверждать его форму закреплено в ч. 1, 3 ст. 20 Закона о защите конкуренции.

Антимонопольный орган контролирует, используется ли преференция в тех целях, которые указаны в заявлении органа публичной власти на получение согласия на предоставление хозяйствующему субъекту преференции. Предметом антимонопольного контроля также является соблюдение порядка предоставления преференций. Если выявлены факты несоответствия использования преференции целям или факты

¹⁵ См. приказ ФАС России от 16.12.2009 № 841 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению заявлений о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции» (зарегистрирован в Минюсте России 10.02.2010 № 16361) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 14.

предоставления преференций в нарушение порядка, ФАС России или его территориальный орган согласно ст. 21 Закона о защите конкуренции могут выдать хозяйствующему субъекту, которому предоставлена преференция, а также органу публичной власти, который ее предоставил, два вида предписания (в зависимости от условий предоставления преференции).

Первый — это предписание о принятии мер по возврату имущества, иных объектов гражданских прав при условии, что государственная или муниципальная преференция была предоставлена путем передачи государственного или муниципального имущества, иных объектов гражданских прав.

Второй — предписание о принятии мер по прекращению использования преимущества хозяйствующим субъектом, получившим государственную или муниципальную преференцию, если государственная или муниципальная преференция была предоставлена в иной форме.

При определении форм преимуществ, получаемых в результате предоставления преференций, необходимо учитывать положения гражданского законодательства, регламентирующие понятие и содержание объектов гражданских прав (гл. 6, 7, 8 ГК РФ), государственной и муниципальной собственности (ст. 214, 215, 216, гл. 19 ГК РФ) и др.

Если орган публичной власти нарушает порядок предоставления государственной или муниципальной преференции, установленный гл. 5 Закона о защите конкуренции, действия этого органа будут квалифицироваться как нарушение запрета, установленного п. 7 ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции.

2. Особенности порядка заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества

Особенностью обязывающих норм антимонопольного законодательства, которые регламентируют заключение договоров в отношении государственного и муниципального имущества, отличающей их от запрещающих норм, адресованных органам, осуществляющим публичные полномочия, является их гражданско-правовой характер. Указанные нормы включены в ст. 17.1 Закона о защите конкуренции и, являясь императивными, регламентируют гражданско-правовые отношения. Участниками таких отношений выступают собственники государственного имущества: Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, собственники муниципального имущества — муниципальные образования (ч. 1 ст. 17.1), а также лица, которым принадлежат такие

вещные права, как право хозяйственного ведения и оперативного управления (ч. 3 ст. 17.1).

Определенные трудности в правоприменительной практике вызывает соотношение положений ст. 17.1 Закона о защите конкуренции с нормами, определяющими сферу его применения. Согласно ч. 1 ст. 3 Закона о защите конкуренции данный базовый закон, входящий в состав антимонопольного законодательства, распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции. К участникам таких отношений Закон относит, помимо российских и иностранных юридических лиц, также органы, осуществляющие публичные полномочия. Положения ст. 17.1 Закона о защите конкуренции регламентируют порядок распоряжения публичной собственностью для публично-правовых образований и лиц, которые наделены вещными и обязательственными правами на нее, т.е. напрямую не связаны с регулированием отношений в сфере защиты конкуренции. Соперничество между потенциальными получателями государственной или муниципальной собственности во временное владение или пользование не тождественно понятию конкуренции, определенному в п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции. Соперничество на торгах в большинстве случаев происходит не между конкурентами — участниками одного товарного рынка.

Несоблюдение (отсутствие) публичных процедур получения прав владения и (или) пользования государственной или муниципальной собственностью может в отдельных случаях давать конкурентные преимущества некоторым хозяйствующим субъектам и нарушать равные условия осуществления деятельности хозяйствующих субъектов на товарных рынках. Учитывая конструкцию нормы ст. 17.1, распространить ее положения исключительно на случаи, связанные с защитой конкуренции, затруднительно. Структура нормы ст. 17.1 не определяет перечень лиц, которым она адресована, а регулирует правоотношения по распоряжению имуществом, находящимся в государственной и муниципальной собственности, причем имуществом, как находящимся в казне, так и закрепленном на праве хозяйственного ведения или оперативного управления за юридическими лицами. Третий антимонопольный пакет дополнил ст. 17.1 положениями, регулирующими правоотношения сторон договора аренды государственного, муниципального имущества. Регламентированы ряд прав и обязанностей арендодателей — публичных собственников и арендаторов государственного или муниципального имущества при заключении, исполнении, прекращении договора аренды (ч. 9, 10, 11 ст. 17.1).

Подобное правовое регулирование имущественных отношений свойственно нормам гражданского законодательства. Антимонопольное законодательство, хотя и основывается на ГК РФ, имеет отличную от этого кодифицированного акта сферу применения, связанную с защитой конкуренции. Понимание гражданско-правовой природы норм ст. 17.1 и регулируемых ими отношений должен обеспечить качественный уровень рассмотрения случаев их несоблюдения и взвешенный подход при решении вопроса о правомерности привлечения к административной ответственности за такие нарушения.

Нормы ч. 1 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции адресованы публично-правовым образованиям как публичным собственникам. Они устанавливают правило, согласно которому переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, не закрепленного на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, может быть осуществлен только по результатам торгов (конкурсов, аукционов) на право заключения договоров, предметом которых является передача перечисленных правомочий публичного собственника. Закон о защите конкуренции одновременно содержит закрытый перечень случаев, когда при передаче правомочий владения и (или) пользования публичного собственника не требуется проведение торгов (ч. 2 ст. 17.1).

Таким образом, с учетом п. 4 ст. 214, п. 3 ст. 215 ГК РФ, норма ч. 1 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции предусматривает обязательное проведение торгов при заключении ряда гражданско-правовых сделок. Это сделки с государственным имуществом, составляющим казну Российской Федерации, казну республики в составе Российской Федерации, казну края, области, города федерального значения, автономной области, автономного округа, а также сделки с муниципальным имуществом, составляющим муниципальную казну соответствующего городского, сельского поселения или другого муниципального образования.

Обязанность по соблюдению указанной нормы лежит на публичных собственниках — Российской Федерации, субъектах Российской Федерации, муниципальных образованиях. От их имени права собственника государственного или муниципального имущества осуществляют, как это указано в ст. 125 ГК РФ, соответственно органы государственной власти или местного самоуправления в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов.

Закон о защите конкуренции (ч. 1 ст. 17.1) перечисляет несколько видов договоров (однако ими не ограничивается), на основании которых осуществляется переход прав владения и (или) пользования в отно-

шении государственного или муниципального имущества, находящегося в государственной или муниципальной казне, право на заключение которых хозяйствующие субъекты приобретают по результатам торгов. Это договоры аренды, безвозмездного пользования, доверительного управления имуществом и иные договоры. Содержание прав и обязанностей хозяйствующего субъекта и органа государственной власти, местного самоуправления, представляющего интересы собственника соответственно государственного или муниципального имущества по указанным видам договоров, регламентируют гл. 34, 36 и 53 ГК РФ.

В качестве объекта обязательственного правоотношения, регулируемого нормой ч. 1 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции, выступает любой вид имущества, принадлежащего Российской Федерации, ее субъектам, муниципальному образованию. Это могут быть движимые и недвижимые вещи, средства соответствующего бюджета, ценные бумаги, имущественные права.

К случаям, когда норма об обязательном проведении торгов не применяется, законодатель отнес предоставление права владения и (или) пользования на государственное или муниципальное имущество:

1) на основании международных договоров Российской Федерации (в том числе межправительственных соглашений), федеральных законов, устанавливающих иной порядок распоряжения этим имуществом, актов Президента Российской Федерации, актов Правительства Российской Федерации, решений суда, вступивших в законную силу;

2) государственным органам, органам местного самоуправления, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации;

3) государственным и муниципальным учреждениям;

4) медицинским организациям, организациям, осуществляющим образовательную деятельность;

5) для размещения сетей связи, объектов почтовой связи;

6) в порядке, установленном для предоставления государственной или муниципальной преференции, и другие случаи, указанные в ч. 1 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции.

Часть 3 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции адресована лицам, которым принадлежат такие вещные права, как хозяйственное ведение и оперативное управление. Эти участники гражданского оборота, так же как и публичные собственники, обязаны соблюдать публичные процедуры при заключении договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муницип-

ципального имущества. Однако конструкция нормы ч. 3 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции отличается тем, что законодатель распространил требование ч. 1 ст. 17.1 об обязательности проведения публичных процедур только на конкретные виды государственного или муниципального имущества, закрепленного:

- за государственными или муниципальными унитарными предприятиями;
- государственными или муниципальными автономными учреждениями;
- государственными или муниципальными бюджетными и казенными учреждениями, государственными органами, органами местного самоуправления.

Государственные или муниципальные унитарные предприятия и автономные учреждения должны по результатам торгов заключать договоры, предусматривающие переход прав владения и (или) пользования только в отношении недвижимого имущества, закрепленного за ними на праве хозяйственного ведения или оперативного управления.

Государственные или муниципальные бюджетные и казенные учреждения также должны по результатам торгов заключать договоры, предусматривающие переход прав владения и (или) пользования в отношении всех видов имущества, закрепленного за ними на праве оперативного управления.

Кроме того, законодатель установил изъятие из этого правила (ч. 3.1, 3.2 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции).

Указанные положения антимонопольного законодательства необходимо применять одновременно с нормами ст. 216, гл. 19 ГК РФ о вещных правах лиц, не являющихся собственниками государственного и муниципального имущества, и правомочиях публичного собственника в отношении него, а также иными нормами законодательства.

Нормы ст. 17.1 Закона о защите конкуренции об обязательном проведении торгов при передаче прав владения и (или) пользования публичной собственностью, вне зависимости от лица, осуществляющего такую передачу, не распространяются на имущество, распоряжение которым осуществляется в соответствии:

- 1) с Земельным кодексом Российской Федерации;
- 2) Водным кодексом Российской Федерации;
- 3) Лесным кодексом Российской Федерации;
- 4) законодательством Российской Федерации о недрах;
- 5) законодательством Российской Федерации о концессионных соглашениях.

Данные исключения установлены в ч. 2 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции.

В отношении случаев передачи прав владения и (или) пользования публичной собственностью органами публичной власти и лицами, которым принадлежат вещные права на такое имущество по результатам проведения торгов, федеральный антимонопольный орган устанавливает:

- порядок проведения конкурсов или аукционов на право заключения соответствующих договоров;
- перечень видов имущества, в отношении которого заключение указанных договоров может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса.

Данное полномочие, закрепленное в ч. 5 ст. 17.1 Закона о защите конкуренции, ФАС России реализовал путем издания приказа от 10.02.2010 № 67¹⁶.

Основные понятия

- *Запрещающие и обязывающие нормы антимонопольного законодательства, адресованные органам, осуществляющим публичные полномочия*
- *Государственная и муниципальная преференция*
- *Порядок заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества*

Вопросы для обсуждения

1. Какие виды норм антимонопольного законодательства адресованы органам, осуществляющим публичные полномочия? В чем их отличие друг от друга?

2. Перечислите наименования норм антимонопольного законодательства, адресованных органам, осуществляющим публичные полномочия.

¹⁶ См. приказ ФАС России от 10.02.2010 № 67 «О порядке проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, и перечне видов имущества, в отношении которого заключение указанных договоров может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса» (зарегистрирован в Минюсте России 11.02.2010 № 16386) // РГ. 24.02.2010. № 37.

3. Назовите объект состава нарушений антимонопольного законодательства, адресованных органам, осуществляющим публичные полномочия.

4. В чем различия между объективной стороной составов нарушений антимонопольного законодательства, допущенных хозяйствующими субъектами, и нарушений со стороны органов, осуществляющих публичные полномочия, с точки зрения правовых последствий квалифицируемых действий?

5. Перечислите основные формальные составы ст. 15 Закона о защите конкуренции.

6. Возможно ли предоставление хозяйствующему субъекту государственной или муниципальной преференции без согласия антимонопольного органа?

7. Назовите субъекта, которому антимонопольный орган выдает согласие на получение государственной или муниципальной преференции.

8. Каковы последствия нарушения органом публичной власти порядка предоставления государственной или муниципальной преференции, установленного Законом о защите конкуренции?

9. Кому адресованы нормы ст. 17.1 Закона о защите конкуренции?

Недобросовестная конкуренция

§ 1. Понятие и признаки недобросовестной конкуренции

Рыночная экономика, основанная на принципах свободы предпринимательской деятельности, позволяет участникам экономических отношений действовать в рамках товарного рынка по своему усмотрению, исходя из собственных экономических и иных интересов.

Согласно ст. 8 Конституции Российской Федерации одной из основ конституционного строя нашей страны является единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. Данное конституционное положение гарантирует каждому участнику рыночных отношений возможность самостоятельного осуществления деятельности, вид и пределы осуществления которой будут определяться исключительно мнением такого лица. Вмешательство государства, необоснованно ограничивающее самостоятельность участника рыночных отношений, в силу указанного конституционного положения не допускается.

В целях реализации вышеизложенного принципа ст. 34 Конституции Российской Федерации гарантирует право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

Таким образом, в России сформирована правовая основа, гарантирующая свободу экономической деятельности и невмешательство государства в указанные отношения.

Вместе с тем, провозглашая экономическую и правовую свободу участников рыночных отношений, государство запрещает экономическую деятельность, направленную на недобросовестную конкуренцию (ч. 2 ст. 34 Конституции). Следовательно, свобода экономической деятельности хозяйствующих субъектов не должна приводить к недобросовестной конкуренции. Подобное регулирование — разрешено все, что не запрещено законом, — характерно для всех стран с рыночной экономикой.

Для правильного определения содержания правовых запретов (запрета недобросовестной конкуренции) необходимо определить сущность недобросовестной конкуренции.

Толковый словарь русского языка под редакцией С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой определяет слово «недобросовестный» как «нечестно и небрежно делающий что-нибудь или плохо, небрежно сделанный»¹. В.И. Даль толкует слово «добросовестность» как «добрая совесть, праводушие, честность, правдивость, строгая богобоязненность в поступках», а «добросовестный» — «правдивый, праводушный, честный».

Таким образом, термин «недобросовестная конкуренция» в обычном понимании означает «нечестная, небрежная конкуренция».

Основы правового определения понятия «недобросовестная конкуренция» были заложены в международном праве. В соответствии с п. 2 ст. 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. актом недобросовестной конкуренции признается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

Российское законодательство развивает указанную дефиницию. Повторим приведенное выше легальное определение недобросовестной конкуренции, данное в Федеральном законе «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции).

Недобросовестная конкуренция — это 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.

Легальное определение недобросовестной конкуренции акцентирует внимание на *поведении* хозяйствующих субъектов, из чего можно сделать вывод: в отличие от конкуренции², понимаемой как *состояние рынка*, недобросовестная конкуренция — это *результат поведения* конкретного хозяйствующего субъекта (или нескольких хозяйствующих субъектов) на товарном рынке. При этом, учитывая, что законодательство Российской Федерации запрещает недобросовестную конкуренцию и устанавливает за нее юридическую ответственность хозяйству-

¹ Толковый словарь русского языка / под ред. С.И. Ожегова, Н.Ю. Шведовой. М., 1997. С. 403.

² Детальный анализ понятия конкуренции, его правовых и экономических аспектов приводится в гл. 1 настоящего учебника.

ющих субъектов и их должностных лиц, **недобросовестная конкуренция является не чем иным как противоправным деянием конкретных участников рыночных отношений**. Акт недобросовестной конкуренции всегда адресно направлен против конкурента и, как правило, не оказывает воздействия на состояние конкуренции в масштабах рынка в целом.

Признаки недобросовестной конкуренции — существенные элементы, позволяющие квалифицировать действие (бездействие) хозяйствующего субъекта в качестве акта недобросовестной конкуренции. Анализ легального определения недобросовестной конкуренции позволяет выделить следующие основные признаки, совокупность которых дает возможность квалифицировать поведение хозяйствующего субъекта на рынке в качестве недобросовестной конкуренции:

- действия хозяйствующего субъекта (его активное поведение);
- противоречие действий законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- направленность действий на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности;
- причинение либо способность причинения действиями убытков или ущерба деловой репутации.

Рассмотрим особенности каждого из приведенных признаков недобросовестной конкуренции.

Во-первых, недобросовестная конкуренция заключается в поведении хозяйствующего субъекта, т.е. имеет внешнее проявление. Формально Закон о защите конкуренции указывает, что недобросовестной конкуренцией могут быть признаны лишь действия, т.е. активное поведение.

Вместе с тем на практике встречаются случаи, когда поведение хозяйствующего субъекта носит характер бездействия, хотя он обязан был совершить определенные действия. В частности, введение потребителя товара в заблуждение может осуществляться путем умалчивания об отдельных характеристиках товара, что приводит к формированию у потребителя искаженного представления о его потребительских свойствах.

Поэтому, несмотря на то что легальное определение недобросовестной конкуренции указывает лишь на действие, бездействие тоже следует рассматривать как форму выражения поведения, являющегося недобросовестной конкуренцией.

Кроме того, немаловажным следует считать указание на то, что действие (поведение) совершается хозяйствующим субъектом, т.е. индивидуальным предпринимателем, коммерческой организацией, а также

некоммерческой организацией, осуществляющей деятельность, приносящую ей доход. При этом такой хозяйствующий субъект состоит в конкурентных отношениях с другими хозяйствующими субъектами на товарном рынке, т.е. является продавцом товара, взаимозаменяемого по отношению к товарам, производимым иными хозяйствующими субъектами.

Во-вторых, действия хозяйствующего субъекта признаются недобросовестной конкуренцией лишь в случае, если они противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

Необходимо учитывать, что каждый из этих признаков может быть использован в отдельности. Иначе говоря, недобросовестной конкуренцией признаются как действия, противоречащие законодательству Российской Федерации, так и действия, противоречащие обычаям делового оборота, а также требованиям добропорядочности, разумности или справедливости. Это, в частности, означает, что действия, соответствующие законодательству Российской Федерации, но противоречащие обычаям делового оборота или требованиям добропорядочности, разумности, справедливости, могут быть признаны недобросовестной конкуренцией.

Согласно ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. При этом обычаи делового оборота применяются, если они не противоречат положениям законодательства Российской Федерации и гражданско-правового договора.

Нужно также учитывать, что термины «добропорядочность», «разумность», «справедливость» действующим законодательством не определены, в связи с чем эти термины применяются в соответствии с их общим значением в русском языке. Например, термин «добропорядочный» толкуется как приличный, достойный одобрения, порядочный, а термин «порядочный», в свою очередь, как честный и соответствующий принятым правилам поведения³.

Категории «разумность» и «справедливость» отражают различные моральные принципы, причем данные принципы должны распространяться на предпринимательскую деятельность, поскольку правила поведения

³ Толковый словарь русского языка...

(повседневного общения между людьми) могут расходиться с принятыми правилами осуществления предпринимательской деятельности.

Требования добропорядочности, разумности и справедливости отражают морально-этическую оценку поведения хозяйствующего субъекта в процессе осуществления им предпринимательской деятельности. Эти требования в значительной мере зависят от представления общества о существе и характере экономических отношений в определенный исторический отрезок времени и могут изменяться в зависимости от изменения таких представлений.

Как правило, действия, противоречащие законодательству Российской Федерации, одновременно противоречат и требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, поскольку действия, нарушающие закон, идут вразрез с моральными принципами хозяйственной деятельности.

Однако на практике встречаются случаи, когда действие хозяйствующего субъекта, соответствующее законодательству Российской Федерации, может быть признано актом недобросовестной конкуренции. Так, недобросовестные действия по приобретению и использованию хозяйствующим субъектом исключительных прав на товарный знак могут быть признаны недобросовестной конкуренцией даже в случае, если приобретение прав на товарный знак осуществлено в полном соответствии с требованиями гражданского законодательства.

Действия, совершение которых для хозяйствующего субъекта является обязательным в силу требований Закона, не могут быть признаны противоречащими требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

В-третьих, действия хозяйствующего субъекта могут быть признаны недобросовестной конкуренцией только в том случае, если они также направлены на получение преимуществ в предпринимательской деятельности.

В условиях рыночной экономики само по себе приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности является допустимым и правомерным поведением — это проявление нормальной конкуренции. Получение в рамках состязательности обоснованных преимуществ — справедливая награда наиболее успешному хозяйствующему субъекту, который предложил покупателю лучший выбор.

Преимущества, получаемые при недобросовестной конкуренции, не имеют сущностных отличий от преимуществ, получаемых в результате нормальной конкурентной борьбы. Главное отличие состоит в том, что действия, приносящие такие преимущества, недобропорядочны

и при отсутствии таких недобросовестных действий никаких преимуществ нарушитель (хозяйствующий субъект, осуществляющий недобросовестные действия) не получил бы.

Четвертым признаком недобросовестной конкуренции является причинение вреда другому хозяйствующему субъекту-конкуренту.

Этот вред может выражаться в убытках, которые терпит хозяйствующий субъект-конкурент, и в ущербе его деловой репутации.

Важно отметить, что закон не определяет понятия хозяйствующего субъекта-конкурента, который из-за недобросовестных действий терпит убытки или деловой репутации которого причиняется ущерб. Однако, как мы уже отмечали ранее, таким хозяйствующим субъектом является лицо, осуществляющее производство и (или) реализацию однородных с нарушителем товаров.

Статья 15 ГК РФ в качестве убытков рассматривает расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно произвести для восстановления нарушенного права, утрату или повреждение имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

При недобросовестной конкуренции в большинстве случаев убытки у хозяйствующих субъектов-конкурентов возникают в форме **упущенной выгоды** (неполученные доходы). Зачастую упущенная выгода выражается в оттоке потенциальных покупателей, которые отказываются от заключения договоров из-за недобросовестной конкуренции. В результате хозяйствующий субъект не получает тех доходов, на которые он вправе рассчитывать в процессе нормального гражданского оборота.

В некоторых случаях убытки в результате недобросовестной конкуренции могут выражаться и в виде **прямого действительного ущерба**.

Помимо убытков недобросовестная конкуренция может причинить **ущерб деловой репутации** конкурента. Под деловой репутацией обычно понимается сложившееся общественное мнение о профессиональных достоинствах и недостатках лица. Ущербом деловой репутации будет являться отрицательное общественное мнение о хозяйствующем субъекте, сложившееся в силу недобросовестных действий его конкурента, ухудшение такого мнения, снижение доверия к лицу со стороны покупателей или контрагентов и т.д.

При этом в обоих случаях для признания действий хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренцией достаточно одной лишь возможности наступления последствий в виде убытков или ущерба деловой репутации и доказательств реального вреда не требуется.

Таким образом, недобросовестной конкуренцией могут быть признаны действия лица (хозяйствующего субъекта), в отношении которых подтверждены все четыре указанных признака. Отсутствие любого из них исключает возможность квалификации таких действий в качестве недобросовестной конкуренции.

В завершение данного параграфа сформулируем итоговое определение недобросовестной конкуренции.

Недобросовестная конкуренция — это любые действия лица (хозяйствующего субъекта), 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 лицам (хозяйствующим субъектам-конкурентам) либо нанесли или способны нанести вред их деловой репутации.

§ 2. Формы недобросовестной конкуренции

Учитывая, что недобросовестная конкуренция является фактором, способным ограничить конкуренцию и причинить вред хозяйствующим субъектам-конкурентам, законодательство Российской Федерации устанавливает запрет таких действий.

Часть 2 ст. 34 Конституции Российской Федерации запрещает экономическую деятельность, направленную на недобросовестную конкуренцию.

Говоря о выделении форм недобросовестной конкуренции, необходимо помнить, что основой их определения в российском антимонопольном законодательстве являются положения международного права. Так, п. 3 ст. 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. относит к числу форм недобросовестной конкуренции следующие действия:

1) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;

2) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента;

3) 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.

Статья 14 Закона о защите конкуренции конкретизирует общий запрет недобросовестной конкуренции, выделяя для целей удобства правоприменения ее отдельные формы. Это повышает эффективность пресечения таких действий, снимая необходимость доказывать отдельные элементы недобросовестной конкуренции при выявлении их анти-монопольными органами или судами.

Закон о защите конкуренции выделяет шесть основных форм недобросовестной конкуренции, оставляя перечень действий, которые могут быть признаны недобросовестной конкуренцией, открытым.

Первая форма недобросовестной конкуренции связана с ***распространением ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации.***

Данная форма недобросовестной конкуренции связана с распространением информации, т.е. с активными действиями нарушителя по сообщению сведений третьим лицам.

При этом Закон о защите конкуренции не указывает, до каких лиц должны быть доведены ложные, неточные или искаженные сведения. Однако, с учетом того, что такие действия могут быть отнесены к недобросовестной конкуренции лишь при условии, что их распространение способно причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, становится понятным, что такие сведения должны быть доведены до третьих лиц по отношению к конкурентам. Поэтому не будет являться недобросовестной конкуренцией сообщение ложных, неточных или искаженных сведений о товарах или деятельности определенного хозяйствующего субъекта непосредственно этому лицу.

Для квалификации действий в качестве недобросовестной конкуренции по указанному основанию необходимо, чтобы нарушитель сообщил ложные, неточные или искаженные сведения третьим лицам. Причем количество таких лиц не имеет существенного значения для установления факта правонарушения, однако может иметь значение для определения размера убытков потерпевшего лица (например, при определении количества покупателей, отказавшихся по результатам получения ненадлежащих сведений о хозяйствующем субъекте от заключения договора с ним).

Закон о защите конкуренции не предъявляет требований к форме распространения ложных, неточных или искаженных сведений. Такие сведения могут быть доведены до третьих лиц посредством размещения ее в СМИ, на интернет-сайте, посредством публичного выступления, распространения рекламы или иным способом.

Однако если ложные, неточные или искаженные сведения были распространены в рекламе, то в отношении лица, их распространившего, применяются санкции, предусмотренные законодательством Российской Федерации о рекламе, поскольку положения ст. 5 Закона «О рекламе» являются специальной нормой по отношению к Закону о защите конкуренции, в связи с чем имеют приоритет в применении.

Говоря о характере информации, распространение которой может повлечь убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, Закон о защите конкуренции выделяет три ее формы: ложную, неточную и искаженную. Каждая из этих форм свидетельствует о несоответствии информации действительности. Но если в отношении первых двух форм (ложная и неточная) такое несоответствие достигается путем сообщения недостоверных сведений, то в отношении третьей формы (искаженная информация) речь может идти и о достоверных сведениях, которые, будучи вырванными из определенного контекста, приводят к неправильному восприятию таких сведений третьими лицами. Между тем *достоверная информация, подрывающая доверие к хозяйствующему субъекту не может быть признана актом недобросовестной конкуренции.*

Приведем несколько примеров, свидетельствующих об особенностях проявления данной формы недобросовестной конкуренции.

Так, по заявлению ООО «Завод Д» антимонопольным органом было возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Донат» по факту размещения Обществом на своем официальном сайте в сети Интернет информационной статьи под заголовком «Независимая экспертиза нового факта мошенничества», касающейся исполнения ООО «Завод Д» договорных обязательств перед Предприятием по производству металлоизделий при поставке ему электромагнита (вместо медного провода обмоточной катушки был использован алюминиевый).

Антимонопольным органом было установлено, что ООО «Завод Д» и ООО «Донат» осуществляют изготовление грузоподъемного электромагнитного оборудования и на данном товарном рынке являются конкурентами.

В указанной статье содержалась информация о вменении недобросовестности ООО «Завод Д» в отношении всех проданных им электромагнитов. Смысл статьи заключался в том, что Общество, продавая алюминиевые электромагниты вместо медных, обманывает потенциальных покупателей, причиняя им ущерб, и поэтому к ООО «Завод Д» можно предъявлять иски.

В процессе рассмотрения дела было также установлено, что название данной статьи («Независимая экспертиза нового факта мошенничества»), имеющее окраску уголовного характера, не соответствует обстоятельствам, изложенным в ее тексте, а именно гражданско-правовой ситуации, возникшей между Предприятием по производству металлоизделий и ООО «Завод Д» в связи с ненадлежащим исполнением последним договора поставки электромагнита, в обмоточной катушке которого вместо медного провода был использован алюминиевый. Эти сведения стали известны ООО «Донат» в результате ремонта данного электромагнита. ООО «Завод Д» поставило данный товар Предприятию по производству металлоизделий на основании договора, заключенного по итогам торгов, проводившихся последним, в которых также принимало участие, но проиграло ООО «Донат».

Кроме того, при рассмотрении дела было установлено, что ООО «Завод Д» не отрицает факта поставки Предприятию по производству металлоизделий электромагнита, не соответствующего условиям договора. Данный факт был единичным и имел место ввиду ошибки сотрудников Общества (ненадлежащей маркировки товара), за что последние были привлечены к дисциплинарной ответственности. Возникший инцидент ООО «Завод Д» и Предприятие по производству металлоизделий урегулировали мирным путем, и данный покупатель не имеет претензий к поставщику. Иные аналогичные факты поставок ООО «Завод Д» электромагнитов, не соответствующих маркировке, отсутствуют.

С учетом изложенного антимонопольный орган квалифицировал спорные действия ООО «Донат» как недобросовестную конкуренцию, поскольку сведения, изложенные Обществом на своем сайте в сети Интернет, являются искаженными и они могли причинить убытки ООО «Завод Д» либо нанести ущерб его деловой репутации, а сам факт опубликования данных сведений противоречит обычаям делового оборота и добропорядочности по отношению к ООО «Завод Д».

Другой пример.

В антимонопольный орган поступило заявление ЗАО «Витогаз» о недобросовестной конкуренции со стороны ОАО «Гороблгаз».

ОАО «Гороблгаз» направило в адрес граждан письмо, подписанное главным инженером филиала № 1 Общества Ивановым Н.И., в котором просило граждан обратить внимание на неправомерность действий руководства ЗАО «Витогаз» в вопросе выполнения подключения (врезки) к действующим газопроводам, в частности газопровода низкого давления к их домам. Копии письма также были направлены главе администрации муниципального образования, инспектору регионального отделения Ростехнадзора.

Проанализировав содержание информации в указанных письмах, антимонопольный орган пришел к выводу, что в рассматриваемом случае информация о «неправомерности действий руководства ЗАО «Витогаз» в вопросе выполнения подключения (врезки) к действующим газопроводам, в частности газопровода низкого давления к Вашему дому...» была направлена на негативный результат по отношению к конкуренту, так как объективно потенциальные клиенты ЗАО «Витогаз» могли воспринять указанную в письме информацию как некачественную работу данной организации, направленную на обман потребителей и на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности на рынке обслуживания и развития систем газоснабжения.

При таких обстоятельствах антимонопольный орган пришел к выводу, что оспариваемое письмо содержит негативную оценку деятельности конкурента — ЗАО «Витогаз» и наносит ущерб деловой репутации данного хозяйствующего субъекта, в частности подвергает сомнению правомерность деятельности данной организации, качество и безопасность выполняемых ею работ, следовательно, в силу ч. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции является актом недобросовестной конкуренции, нарушающим права и законные интересы ЗАО «Витогаз».

Одним из квалифицирующих признаков недобросовестной конкуренции, связанной с распространением ложных, неточных или искаженных сведений, являются последствия распространения такой информации. В результате этих действий должен быть нанесен вред хозяйствующему субъекту: убытки либо ущерб его деловой репутации. Важно отметить, что Закон не говорит о том, убытки или ущерб деловой репутации должны причиняться конкуренту лица, распространившего вышеназванные сведения. Поэтому, по всей видимости, такой вред может быть причинен и хозяйствующему субъекту, работающему на другом товарном рынке. Однако важно установить, что в результате указанных действий нарушитель получил конкурентные преимущества, а его конкурентам такие действия прямо или косвенно причинили или способны причинить убытки. Если же мы обратимся к Парижской конвенции по охране промышленной собственности, то данный акт относит к числу недобросовестной конкуренции лишь распространение ложных утверждений, способных дискредитировать товары или деятельность конкурента, исключая распространение ложных, неточных или искаженных сведений в отношении хозяйствующего субъекта, который не является конкурентом такого распространителя.

Справедливости ради, стоит также заметить, что в подавляющем большинстве случаев недобросовестной конкуренции, выявляемых в

России, ложная, неточная или искаженная информация касается именно хозяйствующего субъекта-конкурента.

Одновременно для квалификации указанных действий в качестве акта недобросовестной конкуренции необходимо установление и всех других признаков недобросовестной конкуренции, о которых мы говорили в предыдущем параграфе. Это относится и к иным формам недобросовестной конкуренции, о которых мы будем говорить ниже.

Второй формой недобросовестной конкуренции является введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей.

Важно отметить, что данная форма недобросовестной конкуренции основывается на положениях Парижской конвенции по охране промышленной собственности, которые к числу недобросовестной конкуренции относят все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении товаров или деятельности конкурента, а также 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.

Указанная форма недобросовестной конкуренции имеет много сходных черт с формой, рассмотренной нами выше.

Закон не конкретизирует то лицо, которое вводится в заблуждение при данном акте недобросовестной конкуренции. В связи с этим к числу таких лиц могут относиться как потребители (в том числе потенциальные потребители) товаров, так и конкуренты лица, в отношении деятельности или товаров которого происходит введение в заблуждение. Однако чаще всего в заблуждение вводятся потребители товара (контрагенты недобросовестного конкурента), поскольку именно таким образом нарушитель получает конкурентные преимущества причиняя убытки своим конкурентам.

Закон содержит исчерпывающий перечень сведений, введение в заблуждение в отношении которых рассматривается в качестве акта недобросовестной конкуренции. Это сведения о характере, способе, месте производства, потребительских свойствах, качестве и количестве товара или сведения о производителе товара. При этом искажение указанных сведений приводит к тому, что потребитель, обладая такой информацией, принимает решение в пользу приобретения того или иного товара, которое он вряд ли бы принял, располагая объективной информацией о товаре и не будучи введенным в заблуждение.

Следует учитывать, что ввести в заблуждение в отношении товара или его производителя можно и посредством распространения формально достоверной информации, в которой, однако, отсутствует часть сведений.

Приведем несколько примеров актов недобросовестной конкуренции, выразившихся в рассматриваемой форме.

Страховое акционерное общество (САО) осуществляло рекламную кампанию по продвижению своих услуг на российском рынке. В ряде печатных средств массовой информации САО опубликовало рекламные объявления о приглашении «...к сотрудничеству юридических лиц — клиентов страховых компаний, финансовое состояние которых не гарантирует надежность страховой защиты». При этом САО выразило готовность безвозмездно принять на себя обязательства по действующим страховым полисам по всем имущественным видам страхования и страхования ответственности.

Как следует из других объявлений, опубликованных САО в других средствах массовой информации, САО «...подтверждает готовность к переговорам о принятии на себя обязательств по договорам страхования имущества и ответственности юридических лиц тех страховых компаний, которые не в состоянии их выполнить». Вместе с тем обязательным условием таких переговоров являлась готовность клиента заключить договор страхования с САО на следующий годичный период после истечения срока действующего полиса. Однако в объявлении об этом не сообщалось.

Указывая в объявлении на безвозмездный характер принятия на себя обязательств, САО не сообщало часть существенной информации о том, что обязательным условием принятия обществом на себя обязательств является согласие клиента заключить на следующий год договор страхования с САО, чем ввело потребителей в заблуждение и что было признано антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции.

Другой пример.

Оператор услуг сотовой связи распространил для неопределенного круга лиц сведения о стоимости оказываемых им услуг связи в размере 100 руб. в месяц.

Вместе с тем в ходе выяснения действительных обстоятельств предоставления услуг связи антимонопольным органом было установлено, что плата 100 руб. в месяц предусмотрена лишь в случае оплаты услуги за год вперед. При ежемесячной оплате услуг оператора пейджинговой связи размер абонентской платы составлял 140 руб. в месяц.

В связи с отсутствием в рекламном объявлении части информации о том, при каких условиях размер месячной абонентской платы за услуги оператора сотовой связи составляет 100 руб. распространение такого объявления признано актом недобросовестной конкуренции.

В ряде случаев при недобросовестной конкуренции потребителя вводят в заблуждение в отношении лица, реально оказывающего услугу или являющегося производителем товара. В таких ситуациях, как правило, нарушитель необоснованно использует известность и репутацию своего успешного конкурента, что недопустимо.

Так, в антимонопольный орган поступило заявление Некоммерческой организации «Академия Тренинга» (далее — НО «Академия Тренинга») о недобросовестной конкуренции со стороны Автономной некоммерческой организации «Западная Академия Тренинга» (далее — АНО «Западная Академия Тренинга»).

Как было установлено, НО «Академия Тренинга» была зарегистрирована в качестве юридического лица в 1996 г. Основными видами деятельности НО «Академия Тренинга» являются: создание оригинальных тренинговых программ различного назначения; обучение и развитие персонала в организациях; подготовка специалистов в области тренинга и т.д. НО проводило свои образовательные программы по всей территории России. За время своей деятельности НО «Академия Тренинга» приобрела широкую известность среди покупателей во всех регионах России, что подтверждается письмами компаний, которые с ней сотрудничали.

В 2003 г. в Москве была зарегистрирована Автономная некоммерческая организация «Западная Академия Тренинга». В качестве сокращенного наименования в свидетельстве о государственной регистрации указывается АНО «Академия Тренинга». АНО осуществляет модульное обучение тренеров, проводит открытые семинары и тренинги и т.д.

Из объяснений Президента АНО «Академия Тренинга» следовало, что на момент регистрации Организации он знал о существовании НО «Академия Тренинга».

Антимонопольным органом установлено, что деятельность АНО «Академия Тренинга» способна нанести ущерб НО «Академия Тренинга», а также направлена на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности, так как при использовании сокращенного наименования АНО «Академия Тренинга» потребители вводятся в заблуждение относительно организатора тренингов.

Учитывая изложенное, антимонопольный орган признал действия АНО «Западная Академия Тренинга» недобросовестной конкуренцией.

Третьей формой недобросовестной конкуренции является некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами.

Некорректное сравнение, как акт недобросовестной конкуренции, предполагает определение такого соотношения характеристики своего товара и товаров конкурентов, которое предоставляет сравнивающему лицу необоснованные преимущества в предпринимательской деятельности.

Некорректность сравнения может быть связана с использованием как недостоверной информации о своих товарах или товарах конкурента, так и достоверной. При этом в последнем случае некорректность может быть обусловлена тем, что при сравнении берутся разные, несопоставимые параметры (например, сравнивается цена двух товаров, имеющих разную, существенно отличающуюся комплектацию).

Некорректное сравнение, являющееся актом недобросовестной конкуренции, может быть двух видов: негативное или позитивное.

К первому виду относятся негативные сравнения, которые показывают превосходство своего товара или вида деятельности над товарами или видами деятельности одного или нескольких конкурентов. В этом случае хозяйствующий субъект получает необоснованные преимущества перед добросовестными конкурентами, которые в связи с таким сравнением оказываются дискредитированными перед покупателями и терпят убытки, выражающиеся в форме упущенной выгоды.

Приведем следующий пример.

В антимонопольный орган обратилось ООО «Ветер», являющееся частным охранным предприятием (далее — ЧОП), с заявлением о недобросовестной конкуренции со стороны Государственного учреждения «Отдел вневедомственной охраны» (далее — ОВО).

В ходе рассмотрения дела было установлено следующее.

В рамках проводимой работы по профилактике преступлений ОВО провел обследования объектов образовательных учреждений на предмет технической укреплённости и антитеррористической защищённости. В результате обследования отделом вневедомственной охраны выявлены благоприятные условия для совершения террористических актов в учреждениях детских садов и школ. В целях повышения уровня антитеррористической устойчивости образовательных учреждений ОВО направил в адрес заведующих детских садов и школ, начальника Управления образования письма, в которых в числе прочего содержалась следующая информация: «В настоящий момент наметилась тенденция по расторжению договоров охраны, заключённых между ОВО

и образовательными учреждениями, чем крайне обеспокоено не только ОВО, но и Управление вневедомственной охраны». Далее в письме указывается о проведенной проверке объектов образовательных учреждений, приводятся факты нарушений со стороны ЧОП и делается вывод, «... что ЧОП не в полной мере выполняет функции, определенные данным видом деятельности». Одновременно в письме сообщалось, «что за все время действия договоров охраны образовательных учреждений к качеству оказываемых ОВО охранных услуг не было каких-либо претензий, а основанием для расторжения договоров послужило решение руководства образовательного учреждения, данное в целях целесообразного распределения денежных средств, выделяемых на содержание образовательных учреждений». Далее в письме указано, что при проведении сравнительного анализа тарифов на предоставляемые охранные услуги частными охранными предприятиями и ОВО установлено незначительное различие тарифов, что, на взгляд ОВО, не является существенной экономией бюджетных средств и оправданной целью расторжения договоров с ОВО.

В письме содержалась просьба пересмотреть вопрос охраны образовательных учреждений средствами ЧОП в сторону заключения договоров охраны с ОВО.

Анализ буквального содержания текста письма ОВО свидетельствует о том, что, помимо информации потребителям оказываемых услуг о возможностях отдела вневедомственной охраны, в нем содержится негативная оценка деятельности общества, сравнительный анализ тарифов на оказание охранных услуг частными охранными предприятиями и отделом вневедомственной охраны, а также просьба пересмотреть вопрос охраны объектов в сторону заключения договоров с отделом. Вневедомственная охрана формулирует свои предложения в письме таким образом, что предлагаемая им схема договорных отношений воспринимается потребителем как единственно реализуемая и отвечающая требованиям безопасности, т.е. иные организации в категоричной форме не отвечают требованиям и, соответственно, у потребителя формируется мнение о невозможности предоставления ими надлежащих услуг.

Учитывая, что сведения о ненадлежащем выполнении ЧОП обязанностей по охране объектов образовательных учреждений не соответствуют действительности, а также неточности прилагаемых сравнений, антимонопольный орган признал распространение писем указанного содержания актом недобросовестной конкуренции.

Следует учитывать, что при некорректном сравнении товара с товарами других юридических лиц конкурирующие товары могут и не на-

зываться. Сравнение может производиться со всеми другими представленными на данном рынке однородными товарами.

Понимая, что прямое сравнение товара с товаром конкурента может быть основанием для предъявления таким конкурентом имущественных требований о компенсации причиненного вреда, в том числе связанного с использованием исключительных прав, многие производители используют для сравнения неопределенный круг других производителей или вообще оставляют открытым вопрос о том, с кем происходит сравнение. Часто товар сравнивается с «обычными товарами», «другими товарами» и т.д. Однако само по себе основание сравнения с неопределенным товаром, как правило, и приводит к тому, что сравнение становится некорректным.

Так, компания «Ш» распространяла рекламные объявления лекарственного средства «С», в которых указывала, что «...лекарственное средство “С” лечит боль в горле в 2 раза быстрее и эффективнее».

При этом эффективность действия лекарственного средства невозможно определить точно в связи с различной степенью тяжести заболевания и индивидуальными особенностями организма человека. Кроме того, компания «Ш» не представила доказательств того, что препарат «С» действует в 2 раза быстрее и эффективнее других препаратов, в том числе выпускаемых ранее.

Учитывая, что данное утверждение является некорректным, такое распространение сведений, содержащих некорректное сравнение, было признано антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции.

Другой пример.

В антимонопольный орган поступило заявление компании «Б» о признаках недобросовестной конкуренции в распространявшейся на телевидении рекламе проигрывателя DVD-дисков «С» с утверждениями «Первая в мире система DVD плюс караоке, способная воспроизводить DVD, караоке и MP3-диски».

Согласно представленным документам компания «Б» значительно раньше начала поставлять на российский рынок проигрыватели DVD-дисков, способные воспроизводить DVD-диски, а также имеющие функцию «караоке».

Порядковое числительное «первая», использованное в рекламе проигрывателя DVD-дисков «С», подразумевает, что в ряду всех существующих на рынке проигрывателей DVD-дисков, способных воспроизводить DVD, караоке и MP3-диски, проигрыватель DVD-дисков «С» является самым ранним, появившимся раньше всех других.

Вместе с тем компания «С» не представила документов, свидетельствующих о выпуске, продажах рекламируемого проигрывателя DVD-дисков ранее, чем были осуществлены на территории России продажи проигрывателя DVD-дисков компании «Б».

Таким образом, в указанной рекламе содержалось некорректное сравнение товара одного производителя с товарами другого производителя, что является актом недобросовестной конкуренции.

Второй вид некорректного сравнения — позитивное сравнение недобросовестным производителем своего товара с товарами конкурентов. Особенностью позитивного сравнения как акта недобросовестной конкуренции является то, что нарушитель использует известность или популярность товара конкурента для своего товара.

Так, например, в антимонопольный орган обратилось Общество «М» с жалобой на рекламное объявление фабрики «СП», размещенное в печатном издании, где сообщалось, что «мороженое фабрики “СП” стоит в одном ряду с известными брендами Общества “М” и отличаются лишь ценой. Она значительно ниже: Вы платите только за мороженое, не оплачивая тяжелый труд таможенников, перевозчиков и посредников».

Одновременно фабрика «СП» разместила на радио рекламу, в которой сообщалось: «Новая фабрика мороженого “СП”. Мороженое класса “М”, только гораздо вкуснее и дешевле!».

Комиссией антимонопольного органа было установлено, что фабрика «СП» импортирует все основные ингредиенты своего мороженого, а также осуществляет платежи таможенной пошлины и расходы на перевозку. Представитель фабрики «СП» не представил документального подтверждения достоверности сравнения мороженого фабрики «СП» и мороженого компании «М». Учитывая изложенное, использование такого сравнения является актом недобросовестной конкуренции, поскольку не соответствует действительности и необоснованно распространяет репутацию известного бренда на вновь выводимый на рынок товар.

Четвертой формой недобросовестной конкуренции является продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг.

Международно-правовой основой данной формы недобросовестной конкуренции является положение Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., которая к недобросовестной

конкуренции относит все действия, способные каким бы то ни было образом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента.

Недобросовестная конкуренция, основанная на приобретении и использовании средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг, тесно связана с такой формой недобросовестной конкуренции, как введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей. Это обусловлено тем, что при нарушении исключительных прав на средства индивидуализации юридического лица, а также средства индивидуализации продукции, работ, услуг потребители, как правило, вводятся в заблуждение о производителе или продавце приобретаемого товара, а равно и о качестве и иных потребительских свойствах такого товара.

Важным условием для квалификации данной формы недобросовестной конкуренции является установление факта незаконного использования нарушителем результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг.

Гражданское законодательство относит к правам граждан и юридических лиц **исключительное право (интеллектуальную собственность)** на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг (ст. 138 ГК РФ).

Закон о защите конкуренции определяет **товар** как объект гражданских прав (в том числе работу, услугу, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Экономическая наука определяла **товар** как внешний предмет, вещь, которая благодаря своим свойствам удовлетворяет какие-либо человеческие потребности⁴.

Поэтому важным элементом характеристики товара выступают его **потребительские свойства**. Именно потребительские свойства в большинстве случаев характеризуют товар, и информация о потребительских свойствах наиболее существенна для потребителя. В связи с этим потребительские свойства являются основой для формирования спроса на те или иные товары.

Вместе с тем **однородные группы товаров** обладают одинаковыми потребительскими свойствами. Так, например, все ножницы режут или

⁴ См.: Маркс К. Капитал. М., 1973. Т. 1. С. 43.

стригут, все кисточки можно использовать для нанесения краски, все телевизоры предназначены для приема и просмотра телевизионного сигнала и т.д. Поэтому продвижение товара отдельного производителя на рынке невозможно без выделения такого товара из числа однородных товаров, обладающих сходными потребительскими свойствами.

В условиях конкуренции, когда на товарном рынке действуют несколько соперничающих между собой производителей однородных товаров, продвижение товара на рынке и формирование на него спроса практически невозможно без индивидуализации товара с привязкой такой индивидуализации к конкретному производителю. Для выделения товара из числа однородных товаров производители используют средства индивидуализации, к которым относятся товарные знаки (знаки обслуживания), а также иные оригинальные обозначения (упаковка, стилизованная этикетка и т.п.) товара данного производителя.

В соответствии со ст. 1477 ГК РФ **товарным знаком** является *обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей. Знаком обслуживания признается обозначение, служащее для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг*. При этом необходимо отметить, что правила, регламентирующие порядок реализации исключительных прав в отношении товарных знаков и знаков обслуживания, являются идентичными, поэтому далее мы будем говорить только о товарных знаках, подразумевая, что эти же выводы относятся и к знакам обслуживания (товарный знак индивидуализирует товары, а знак обслуживания — работы и услуги).

Товарный знак выполняет следующие функции:

- идентификационная (позволяет отнести маркированный знаком товар к конкретному производителю и таким образом выделить его из числа однородных товаров);
- информационная (сообщает потребителю об отдельных потребительских свойствах группы товаров, для которых он зарегистрирован);
- гарантийная (гарантирует потребителю определенный уровень качества товара исходя из известной на рынке репутации производителя данного товара);
- ограничительная (запрещает использование товарного знака другими лицами без разрешения правообладателя).

Товарные знаки, обозначая товары, помогают стимулировать и сохранять спрос на них со стороны потребителей, а также обеспечивать товару широкую известность и позитивную репутацию у потребителя.

Товарный знак, используемый производителем для индивидуализации своих товаров, подлежит правовой охране в случае его регистрации в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации.

Основанием для предоставления товарному знаку правовой охраны является факт регистрации товарного знака, которая осуществляется федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатентом) в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации.

Порядок государственной регистрации товарного знака урегулирован п. 3 § 2 гл. 76 части четвертой ГК РФ и предусматривает: подачу заявки, установление приоритета товарного знака (по дате подачи заявки), экспертизу заявки на товарный знак, принятие решения о государственной регистрации, государственную регистрацию товарного знака. При этом российские юридические лица и граждане Российской Федерации вправе зарегистрировать товарный знак в иностранных государствах или осуществить его международную регистрацию.

Регистрация товарного знака осуществляется для той группы однородных товаров, для индивидуализации которых этот товарный знак будет использоваться.

Группировка товаров по отдельным классам осуществляется на основе Международной классификации товаров и услуг.

Международная классификация товаров и услуг (МКТУ), предназначенная для целей регистрации знаков, была официально признана Соглашением, заключенным 15 июня 1957 г. странами — участницами Ниццкой дипломатической конференции, и пересмотрена в 1967 г. в Стокгольме и в 1977 г. в Женеве.

Российская Федерация как страна — участница Ниццкого соглашения обязана при регистрации знаков следовать МКТУ и в официальных публикациях о регистрации знаков указывать номера классов МКТУ в перечне товаров или услуг, в отношении которых зарегистрированы знаки.

В качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации. Товарный знак может быть зарегистрирован в любом цвете или цветовом сочетании.

Не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, не обладающие различительной способностью или состоящие только из элементов:

1) вошедших во всеобщее употребление для обозначения товаров определенного вида;

2) являющихся общепринятыми символами и терминами;
3) характеризующих товары, в том числе указывающих на их вид, качество, количество, свойство, назначение, ценность, а также на время, место и способ их производства или сбыта;

4) представляющих собой форму товаров, которая определяется исключительно или главным образом свойством либо назначением товаров.

Указанные элементы могут быть включены в товарный знак как неохраняемые элементы, если они не занимают в нем доминирующего положения.

Исключительное право на товарный знак принадлежит юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю, зарегистрировавшему товарный знак (правообладатель).

Исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака:

1) на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации;

2) при выполнении работ, оказании услуг;

3) на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;

4) в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе;

5) в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

Исключительное право на товарный знак действует в течение десяти лет со дня подачи заявки на государственную регистрацию товарного знака в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Срок действия исключительного права на товарный знак может быть продлен на десять лет по заявлению правообладателя, поданному в течение последнего года действия этого права. Продление срока действия исключительного права на товарный знак возможно неограниченное число раз.

Правообладатель может уступить исключительные права на товарный знак другому лицу по договору об отчуждении исключительного права на товарный знак, а также предоставить право на использование товарного знака на основании лицензионного договора.

Важным аспектом вопроса о правомерности использования исключительных прав на товарный знак является прекращение и исчерпание прав владельца товарного знака.

Исчерпание прав владельца товарного знака наступает в отношении товаров, которые были введены им в гражданский оборот. Факт регистрации товарного знака не дает права его владельцу запретить использование этого знака другим лицам в отношении товаров, которые были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно владельцем товарного знака или с его согласия (ст. 1487 ГК РФ). Так, не будет противоречить закону использование в рекламе товарного знака на товаре, который был нанесен на товар самим владельцем товарного знака или с его согласия другим лицом.

По смыслу приведенной нормы владельцы товарных знаков не могут препятствовать их использованию третьими лицами применительно к тем товарам, которые были изготовлены последними и через сеть дилеров введены в хозяйственный оборот на территории Российской Федерации.

Исчерпание прав не позволяет владельцам товарных знаков запрещать их использование не только на самих товарах, но и в рекламе этих конкретных товаров.

Предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным в случае нарушения установленного гражданским законодательством порядка регистрации товарного знака, а также в случае, если связанные с государственной регистрацией товарного знака действия правообладателя признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией.

Никто не вправе использовать без разрешения правообладателя сходные с его товарным знаком обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, если в результате такого использования возникнет вероятность смешения. В этом и состоит исключительное право, т.е. монопольное право его владельца пользоваться и распоряжаться результатом интеллектуальной деятельности и корреспондирующая обязанность остальных лиц воздержаться от использования такого объекта без согласия правообладателя.

В отличие от нарушения исключительного права (являющегося самостоятельным видом правонарушения, за которое законодательством Российской Федерации установлена ответственность), недобросовестная конкуренция выражается в продаже, обмене или ином введении в

оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, в связи с чем нарушитель получает конкурентные преимущества, а владелец исключительных прав терпит убытки.

При этом, помимо причинения вреда владельцу товарного знака (конкуренту), неблагоприятные последствия касаются и потребителей. В ряде случаев это связано с введением потребителя в заблуждение относительно качества и потребительских свойств товара, поскольку поддельный товар, как правило, не оправдывает ожиданий потребителя, знакомого с «оригинальной» продукцией.

Важно помнить, что ***факт введения товара в оборот является обязательным условием квалификации данной формы недобросовестной конкуренции.***

В качестве иллюстрации можно привести следующие примеры дел, рассмотренных антимонопольным органом.

В ФАС России поступило заявление ЗАО «УВЗ» (далее — Заявитель) о недобросовестной конкуренции со стороны ООО «СМК». Нарушение выразилось в реализации лекарственного препарата «КАНТЕНАТ» с незаконным использованием товарного знака.

На основании свидетельства на товарный знак владельцем товарного знака «КАНТЕНАТ» является ЗАО «Лекарь-М». В соответствии с лицензионным договором исключительное право на использование указанного товарного знака предоставлено ЗАО «УВЗ», которое размещает его на упаковке лекарственного средства.

ООО «СМК» осуществляет производство и реализацию лекарственного препарата, на упаковке которого используется словесное обозначение «КАНТЕНАТ».

Использование ООО «СМК» словесного обозначения «КАНТЕНАТ» противоречит положениям гражданского законодательства и является незаконным.

С учетом изложенного действия ООО «СМК» по введению в оборот лекарственного средства с незаконным использованием товарного знака «КАНТЕНАТ» признаны антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции.

Другой пример.

В Федеральную антимонопольную службу поступило заявление Кооператива «Кондитерское объединение» (далее — Заявитель) о недобросовестной конкуренции со стороны ООО «МПК» (далее — Общество).

По мнению Заявителя, нарушение выразилось в производстве и реализации Обществом печенья «Экстра М», сходного с товарным знаком, принадлежащим Заявителю.

Как было установлено антимонопольным органом, Заявителю принадлежат исключительные права на словесный товарный знак «Экстра», зарегистрированный для товаров 5 класса МКТУ «детское питание» и 30 класса МКТУ «кондитерские изделия».

Общество производит и реализует детское печенье со словесным обозначением «Экстра М». В качестве доказательства присутствия на российском рынке указанного товара Заявитель представил упаковку печенья «Экстра М». При этом кооператив «Кондитерское объединение» не предоставлял ООО «МПК» право на использование упомянутого товарного знака.

Учитывая, что используемое обозначение «Экстра М» является не идентичным товарному знаку «Экстра», антимонопольный орган направил официальный запрос в Роспатент с просьбой дать письменную консультацию о степени сходства упаковки печенья «Экстра М» и словесного товарного знака, принадлежащего Заявителю. Сравнительный анализ, представленный Роспатентом, показал, что упомянутые обозначения могут рассматриваться как сходные до степени смешения.

Таким образом, продажа Обществом детского печенья со словесными обозначениями «Экстра М» нарушает исключительное право Заявителя на соответствующий товарный знак и является незаконной.

В связи с изложенным действия ООО «МПК» по введению в оборот детского печенья с незаконным обозначением, сходным до степени смешения с товарным знаком, принадлежащим кооперативу «Кондитерское объединение», признаны антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции.

Пятой формой недобросовестной конкуренции, выделяемой Законом о защите конкуренции является *незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну*.

Объектом правонарушения в данном случае является информация хозяйствующего субъекта, составляющая коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну.

Согласно ст. 3 Федерального закона «О коммерческой тайне» **коммерческая тайна** — это режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду.

К информации, составляющей коммерческую тайну, Закон относит сведения любого характера (производственные, технические, экономи-

ческие, организационные и др.), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

Право на отнесение информации к информации, составляющей коммерческую тайну, и на определение перечня и состава такой информации принадлежит обладателю такой информации.

Режим коммерческой тайны не может быть установлен лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, в отношении следующих сведений:

1) содержащихся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствующие государственные реестры;

2) содержащихся в документах, дающих право на осуществление предпринимательской деятельности;

3) о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов;

4) о загрязнении окружающей среды, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом;

5) о численности, о составе работников, о системе оплаты труда, об условиях труда, в том числе об охране труда, о показателях производственного травматизма и профессиональной заболеваемости и о наличии свободных рабочих мест;

6) о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам;

7) о нарушениях законодательства Российской Федерации и фактах привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;

8) об условиях конкурсов или аукционов по приватизации объектов государственной или муниципальной собственности;

9) о размерах и структуре доходов некоммерческих организаций, о размерах и составе их имущества, об их расходах, о численности и об

оплате труда их работников, об использовании безвозмездного труда граждан в деятельности некоммерческой организации;

10) о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица;

11) обязательность раскрытия которых или недопустимость ограничения доступа к которым установлена иными федеральными законами.

Информация, составляющая коммерческую тайну, полученная от ее обладателя на основании договора или другом законном основании, считается полученной законным способом.

Коммерческая ценность информации может быть обусловлена тем, что ее использование способно увеличить доходы лица, в том числе путем снижения издержек на производство. Исходя из характера и содержания информации, составляющей коммерческую тайну, ее разглашение способно причинить хозяйствующему субъекту убытки, а лицу, незаконно получившему, использовавшему или разгласившему такие сведения, — конкурентные преимущества. Сказанное относится и к иным видам конфиденциальной информации (служебной тайне).

При квалификации нарушения следует учитывать, что информация, составляющая коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо, считается полученной незаконно, если ее получение осуществлялось с умышленным преодолением принятых обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, мер по охране конфиденциальности этой информации, а также если получающее эту информацию лицо знало или имело достаточные основания полагать, что эта информация составляет коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо, и что осуществляющее передачу этой информации лицо не имеет на то законного основания.

Закон выделяет три действия, совершение которых без разрешения владельца информации может рассматриваться в качестве недобросовестной конкуренции: получение, использование и разглашение конфиденциальной информации. При этом актом недобросовестной конкуренции может быть признано любое из этих действий.

Следует отметить, что любое из указанных действий приводит к обесцениванию конфиденциальной информации, что способно причинить убытки ее обладателю. Однако для квалификации действий в качестве недобросовестной конкуренции необходимо установить, что нарушитель получил преимущества в предпринимательской деятельности, действуя с обладателем информации на одном товарном рынке (являясь его конкурентом).

В качестве примера данной формы недобросовестной конкуренции можно привести следующее дело.

В антимонопольный орган поступило заявление СП «Медицинский центр» (далее — Компания СПМЦ) о недобросовестной конкуренции со стороны Компании «П».

Компания СПМЦ занималась оказанием медицинских услуг российским и иностранным клиентам. Компания «П» занималась изготовлением и реализацией в России безалкогольных напитков и приняла решение о создании в Российской Федерации медицинского учреждения высокого класса.

Для оценки рынка медицинских услуг вице-президент одного из подразделений Компании «П» направил сотрудника Р. Джонса в Москву. Р. Джонс посетил Компанию СПМЦ, заявив при этом, что его интересует возможность Компании «П» стать клиентом Компании СПМЦ, и попросил предоставить информацию о ее деятельности. Сотрудница Компании СПМЦ под влиянием заблуждения относительно цели визита Р. Джонса предоставила часть реестра клиентов для ознакомления в ее присутствии, однако документ не был возвращен. Реестр клиентов Компании СПМЦ, как было установлено антимонопольным органом, составлял коммерческую тайну и должным образом охранялся. Завладев данным документом, Р. Джонс предоставил его в распоряжение Компании «П».

После обнаружения исчезновения копии реестра и установления обстоятельств, связанных с этим, президент Компании СПМЦ известил руководство компании «П» о том, что реестр клиентов Компании СПМЦ является ее конфиденциальной информацией. Упомянутый реестр использовался Компанией «П» при создании медицинского учреждения. В частности, Компания «П» направила клиентам Компании СПМЦ приглашение на презентацию медицинского учреждения Компании «П». Аналогичным образом реестр использовался и в других случаях.

После начала деятельности медицинского учреждения Компании «П» было обнаружено, что около 15% его клиентов ранее обслуживались Компанией СПМЦ. С момента своего открытия и до начала разбирательства в антимонопольном органе указанное учреждение оказало медицинские услуги около 2500 пациентам.

В результате рассмотрения данного дела Комиссия решила, что действия Компании «П», выразившиеся в получении и использовании реестра клиентов Компании СПМЦ без его согласия, противоречат требованиям Закона о защите конкуренции в части, не допускающей получение и использование конфиденциальной информации без согласия ее владельца.

Отдельно следует остановиться на недобросовестной конкуренции, связанной с незаконным использованием олимпийской (паралимпийской) символики, а также с созданием ложного представления о причастности производителя товаров к Олимпийским и (или) Паралимпийским играм.

Особая форма недобросовестной конкуренции появилась в связи с подготовкой Российской Федерацией XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 г. в Сочи.

Согласно ч. 1 ст. 8 Федерального закона от 01.12.2007 № 310-ФЗ «Об организации и проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 310-ФЗ) признаются недобросовестной конкуренцией и влекут наступление последствий, предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации:

1) продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались олимпийская символика и (или) паралимпийская символика;

2) введение в заблуждение, в том числе создание ложного представления о причастности производителя товара, рекламодателя к Олимпийским играм и (или) Паралимпийским играм, в том числе в качестве спонсора.

При этом, как указал Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в постановлении от 19.07.2011 № 3255/11, указанная норма Закона № 310-ФЗ является специальной по отношению к Закону о защите конкуренции и предусмотренные ею действия признаются недобросовестной конкуренцией и в том случае, если они не приводят или не могут привести к последствиям, указанным в п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции, в том числе связанным с причинением убытков другим хозяйствующим субъектам-конкурентам или нанесением вреда их деловой репутации.

Это означает, что в случаях выявления фактов продажи, обмена или иного введения в оборот товара, если при этом незаконно использовались олимпийская символика и (или) паралимпийская символика, а также фактов введения в заблуждение, в том числе создания ложного представления о причастности производителя товара, рекламодателя к Олимпийским играм и (или) Паралимпийским играм, в частности в качестве спонсора, указанные факты признаются недобросовестной конкуренцией независимо от того, к каким последствиям для конкуренции они привели.

При этом стоит отметить, что предусмотренные ч. 1 ст. 8 Закона № 310-ФЗ формы недобросовестной конкуренции являются во многом сходными с формами недобросовестной конкуренции, предусмотренными п. 2 и 4 ч. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции.

Мы рассмотрели формы недобросовестной конкуренции, которые прямо закреплены в ч. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции и некоторых иных федеральных законах. Однако необходимо помнить, что перечень форм недобросовестной конкуренции, перечисленных в указанном Законе, является открытым. Это означает, что недобросовестной конкуренцией могут быть признаны и иные формы поведения хозяйствующего субъекта на товарном рынке, отвечающие всем признакам недобросовестной конкуренции, о которых мы говорили в предыдущем параграфе. Поэтому в рамках анализа практики применения антимонопольного законодательства антимонопольными органами и судами можно выделить и иные формы недобросовестной конкуренции, встречающиеся в практике экономической деятельности хозяйствующих субъектов. Анализ такой практики может стать основанием для расширения форм недобросовестной конкуренции непосредственно в Законе о защите конкуренции.

§ 3. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением исключительных прав

В качестве самостоятельной формы недобросовестной конкуренции Закон о защите конкуренции выделяет действия, связанные с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Особенностью данной формы является то, что актом недобросовестной конкуренции могут быть признаны действия хозяйствующего субъекта, связанные с приобретением и использованием исключительных прав, даже если они соответствуют гражданскому законодательству. Иначе говоря, лицо в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации зарегистрировавшее товарный знак (знак обслуживания) или фирменное наименование, может его лишиться в случае, если такие действия признаны антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции.

Для квалификации указанных действий в качестве акта недобросовестной конкуренции необходимо установление всех признаков недобросовестной конкуренции, рассмотренных нами в § 1 настоящей главы.

Важно отметить, что соответствие действий по регистрации исключительных прав установленным правилам не исключает возможности признания их актом недобросовестной конкуренции. Однако для этого такие действия должны противоречить требованиям добропорядочности, разумности или справедливости.

Следовательно, определяющим критерием для признания действий по регистрации исключительных прав недобросовестной конкуренцией является *недобропорядочность и несправедливость* таких действий.

В подавляющем большинстве случаев недобропорядочность действий по приобретению исключительных прав выражается в том, что хозяйствующий субъект регистрирует на свое имя товарный знак (знак обслуживания), который используется в предпринимательской деятельности конкурента. Такая ситуация возможна, когда производитель, вводя товар в оборот под определенным обозначением, не предпринял мер по регистрации данного обозначения в качестве объекта исключительных прав (товарного знака или знака обслуживания). При этом факт регистрации такого обозначения другим лицом позволяет новому владельцу запретить выпуск продукции под тем же обозначением лицу, которое ранее на законных основаниях ее производило. Это неизбежно влечет за собой убытки добросовестного производителя, которые могут выражаться как в форме прямого действительного ущерба, так и в форме упущенной выгоды.

Прямой действительный ущерб, как правило, связан с тем, что уже произведенная продукция, маркированная обозначением, зарегистрированным недобросовестным конкурентом в качестве товарного знака, признается в силу ст. 1515 ГК РФ контрафактной. При этом такая продукция подлежит изъятию из оборота и уничтожению за счет производителя. Новый правообладатель в соответствии с гражданским законодательством получает право требования от производителя товара, маркированного обозначением, возмещения убытков либо выплаты компенсации в размере от 10 тыс. до 5 млн руб. либо в размере двукратной стоимости товаров, на которых размещено такое обозначение.

Упущенная выгода производителя будет выражаться в невозможности в дальнейшем извлекать доходы от продажи товара, маркированного таким обозначением. Размер ущерба в виде упущенной выгоды напрямую зависит от того, какие усилия приложил производитель для формирования спроса на свой товар (рекламная компания, качество товара и т.д.).

При этом хозяйствующий субъект, недобросовестно зарегистрировавший такое обозначение в качестве товарного знака, обладает пре-

имуществом в предпринимательской деятельности, поскольку с момента регистрации товарного знака он получает право запретить всем другим лицам производить товар под таким же либо сходным до степени смешения обозначением, а также возможность извлекать доход, основанный на «репутации» и известности товарного знака потребителям.

Таким образом, наличие указанных обстоятельств может являться основанием признания действий по приобретению и использованию исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг актом недобросовестной конкуренции.

Важно отметить, что по смыслу Закона о защите конкуренции недобросовестной конкуренцией признаются действия по приобретению и использованию исключительных прав в совокупности. Это означает, что недобросовестные действия по регистрации в качестве товарного знака обозначения, использовавшегося добросовестным производителем, не должны признаваться недобросовестной конкуренцией в случае, если новый правообладатель не использует товарный знак для обозначения взаимозаменяемых товаров, которые введены в торговый оборот.

Поэтому для квалификации действий в качестве акта недобросовестной конкуренции необходимо установить не только факт приобретения исключительных прав путем регистрации товарного знака в установленном гражданском законодательством порядке, но и факт его использования путем нанесения на вводимый в оборот товар. Отсутствие совокупности указанных обстоятельств исключает возможность признания действий актом недобросовестной конкуренции.

Следует отметить, что решение антимонопольного органа о признании действий хозяйствующего субъекта, связанных с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг, актом недобросовестной конкуренции является основанием для прекращения правовой охраны товарного знака.

Согласно ч. 3 ст. 14 Закона о защите конкуренции решение федерального антимонопольного органа о признании факта недобросовестной конкуренции в отношении приобретения и использования исключительного права на товарный знак направляется заинтересованным лицом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности для признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

В качестве примера недобросовестной конкуренции в такой форме можно привести дело по заявлению ООО «Нарине».

В антимонопольный орган поступило заявление ООО «Нарине» о недобросовестной конкуренции со стороны ЗАО «Эвалар», выразившейся в приобретении и использовании исключительного права на товарный знак.

Как было установлено в процессе рассмотрения дела, ЗАО «Эвалар» в 1999 г. приобрело исключительные права на товарный знак «Красный корень» в отношении таких товаров, как биологически активные добавки к пище, лекарственные масла, напитки диетические для медицинских целей, лекарственные напитки, чаи из лекарственных трав, лекарственные травы (чаи, сборы). В начале 2004 г. ЗАО «Эвалар», узнав, что ООО «Нарине» и ряд других производителей производит и реализует свой товар, аналогичный товару ЗАО, с использованием на упаковке обозначения «Красный корень», потребовало от них прекратить нарушение исключительных прав на товарный знак путем удаления словосочетания «красный корень» с товаров и упаковок.

Антимонопольным органом было установлено, что наименование «Красный корень» является широко известным народным названием одного из 126 видов растения копеечник (*Hedysarum*) рода бобовых, имеющего отличный от всех других видов этого рода химический состав, определяющий его специфические лекарственные свойства. Результаты химического анализа красного корня свидетельствуют о хорошо выраженной способности генотипа этого растения синтезировать в корнях значительное количество фенольных веществ, что отличает его от других растений данного вида.

«Красный корень» как наименование конкретного лекарственного растения является общепринятым среди населения и специалистов (фармацевтов, медиков). Под этим названием данное растение в качестве сырья входило в состав ряда биологически активных добавок к пище и лекарственных сборов, а также указывалось на этикетке продукции, имеющей в своем составе это растение, многими производителями задолго до регистрации ЗАО «Эвалар» указанного обозначения в качестве товарного знака.

Антимонопольным органом установлено, что указание народного названия растения на упаковке товара способствует повышению эффективности его реализации в связи с известностью потребителю лечебных свойств красного корня. Это было использовано ЗАО «Эвалар» после регистрации обозначения «Красный корень» в качестве товарного знака для продвижения своей продукции. Так, на этиках продукции общества указывалось: «Красный корень известен в народной меди-

цине как средство для укрепления мужской силы... Красный корень — уникальное растение экологически чистого субальпийского пояса Алтая, в других районах нашей страны и за рубежом не встречается».

Одновременно ЗАО «Эвалар» направило в адрес конкурентов, использовавших на упаковке наименование «Красный корень» при указании состава продукции или его наименования, требование прекратить использовать указанное обозначение, поскольку это является нарушением исключительных прав Общества.

Учитывая изложенные обстоятельства, факт регистрации ЗАО «Эвалар» товарного знака «Красный корень» для биологически активных добавок и лекарственных трав с последующим предъявлением к производителям однородной продукции требования прекратить ее реализацию под этим обозначением, а также введение в оборот собственной продукции, маркированной таким товарным знаком, признан антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции.

Как указали суды, рассматривавшие вопрос о правомерности принятого антимонопольным органом решения, приобретение права на товарный знак «Красный корень» было осуществлено с целью его монополизации и вытеснения конкурентов с рынка товаров, для которых данный товарный знак зарегистрирован.

При этом суд указал на право ООО «Нарине» направить решение антимонопольного органа в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности для признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

Небезынтересным представляется и позиция Конституционного суда Российской Федерации по вопросу о конституционности положений антимонопольного законодательства, предусматривающих возможность признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку, приобретение и использование исключительных прав на который признано актом недобросовестной конкуренции.

Так, по результатам судебного обжалования описанного выше дела ЗАО «Эвалар» обратилось в Конституционный суд Российской Федерации с заявлением о признании неконституционными положений антимонопольного законодательства, запрещающих недобросовестную конкуренцию путем приобретения и использования исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг, а также предусматривающих возможность признания на основании решения антимонопольного органа недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

По мнению заявителя, указанные нормы противоречат Конституции Российской Федерации, поскольку допускают лишение заявителя прав на объект интеллектуальной собственности не по решению суда, а на основании заявления юридического лица и решения антимонопольной службы.

Вместе с тем, отказывая в принятии жалобы к рассмотрению⁵, Конституционный Суд разъяснил, что указанное положение антимонопольного законодательства, предусматривающее возможность на основании заявления юридического лица и решения антимонопольной службы признать недействительным предоставление правовой охраны товарному знаку, приобретение и использование прав на который является недобросовестной конкуренцией, само по себе не означает, что признание предоставления правовой охраны товарному знаку недействительным не может быть оспорено в судебном порядке, в том числе по мотиву признания такой регистрации недействительной полностью.

Последующий судебный контроль внесудебного порядка полного или частичного аннулирования регистрации товарного знака осуществляют арбитражные суды на основании п. 2 ст. 11 ГК РФ. Поэтому, по мнению Конституционного Суда, указанные положения не являются препятствием для реализации заявителем конституционного права на судебную защиту его прав и свобод.

В завершение следует отметить, что Гражданский кодекс Российской Федерации в ст. 1512 предусматривает, что предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным полностью или частично в течение всего срока действия правовой охраны, если связанные с государственной регистрацией товарного знака действия правообладателя признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией.

Возражение против предоставления правовой охраны товарному знаку по данному основанию подается заинтересованным лицом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При этом в случае, если действия лица по приобретению исключительных прав на товарный знак являются недобросовестными, но такое лицо не использует товарный знак в предпринимательской деятельности (в связи с чем его действия не могут быть признаны недобросовестной конкуренцией), такая регистрация товарного знака может быть оспорена на основании ст. 10 ГК РФ как связанная с злоупотреблением правом.

⁵ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15.05.2007 № 370-О-О.

Основные понятия

- *Недобросовестная конкуренция*
- *Признаки недобросовестной конкуренции*
- *Товарный знак*
- *Знак обслуживания*

Вопросы для обсуждения

1. Понятие недобросовестной конкуренции.
2. Основные признаки недобросовестной конкуренции.
3. Распространение ложных, неточных или искаженных сведений как акт недобросовестной конкуренции.
4. Введение в заблуждение в отношении товара или его производителя как акт недобросовестной конкуренции.
5. Некорректное сравнение как акт недобросовестной конкуренции.
6. Введение в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности как акт недобросовестной конкуренции.
7. Незаконное использование информации, составляющей охраняемую законом тайну, как акт недобросовестной конкуренции.
8. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением исключительных прав.

Приложения

1. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15.05.2007 № 370-О-О

Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Закрытого акционерного общества «Эвалар» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пунктов 2 и 3 статьи 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», подпункта 4 пункта 1 и абзаца четвертого пункта 3 статьи 28 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»

Конституционный Суд Российской Федерации в составе Председателя В.Д. Зорькина, судей Н.С. Бондаря, Г.А. Гаджиева, Ю.М. Данилова, Л.М. Жарковой, Г.А. Жилина, С.М. Казанцева, М.И. Клеандрова, А.Л. Кононова, Л.О. Красавчиковой, С.П. Маврина, Н.В. Мельникова, Ю.Д. Рудкина, Н.В. Селезнева, А.Я. Сливы, В.Г. Стрекозова, О.С. Хохряковой, Б.С. Эбзеева, В.Г. Ярославцева,

заслушав в пленарном заседании заключение судьи Г.А. Гаджиева, проводившего на основании статьи 41 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» предварительное изучение жалобы ЗАО «Эвалар»,

у с т а н о в и л:

1. Товарный знак «Красный корень» был зарегистрирован ЗАО «Эвалар» с приоритетом от 15 февраля 1999 года в отношении ряда товаров 5 класса МКТУ (бальзамы для медицинских целей, экстракты медицинские; эликсиры, таблетки для фармацевтических целей, биологически активные добавки к пище, лекарственные масла и др.). Палата по патентным спорам решением от 5 октября 2004 года отказала ООО «Нарине» в признании недействительным предоставления правовой охраны указанному товарному знаку как противоречащего требованиям пункта 4 статьи 6 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». Палата указала, в частности, что фактические данные, которые подтверждали бы, что наименование «Красный корень» вошло во всеобщее употребление как обозначе-

ние товаров, приведенных в перечне товаров 5 класса МКТУ (биологически активных добавок), представлены не были, что этим народным наименованием в различных местностях обозначаются не только различные виды растения копеечник, но и другие растения, в большинстве своем имеющие корень красного цвета (лапчатка прямостоячая, женьшень, мыльнянка и др.), и что ссылка заявителя на пункт 4 статьи 6 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» является несостоятельной, поскольку на дату приоритета заявки данная норма в этом Законе отсутствовала (введена Федеральным законом от 11 декабря 2002 года № 166-ФЗ). Решением Палаты по патентным спорам от 11 апреля 2005 года в признании по возращению ЗАО «Алтайвитамины» и ряда других хозяйствующих субъектов недействительным предоставления правовой охраны данному товарному знаку как не соответствующего требованиям пунктов 1 и 2 статьи 6 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» также отказано.

Решением Арбитражного суда Республики Алтай от 19 декабря 2005 года, оставленным в силе постановлениями апелляционной и кассационной инстанций, со ссылкой на статью 10 ГК Российской Федерации и пункт 2 статьи 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» отказано в требовании признать недействительным решение управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Алтай от 28 июля 2005 года, которым действия ЗАО «Эвалар», связанные с приобретением и использованием исключительных прав на название «Красный корень», квалифицированы как недобросовестная конкуренция, и указано на право ООО «Нарине» направить в соответствии с пунктом 4 статьи 28 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» решение антимонопольного органа от 28 июля 2005 года в федеральный орган исполнительной власти в области патентов и товарных знаков для решения вопроса о досрочном прекращении действия регистрации объекта исключительных прав или о признании регистрации этого объекта недействительной.

Письмом от 9 августа 2006 года Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам по результатам рассмотрения поступившего 10 августа 2005 года заявления ООО «Нарине» о признании недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку «Красный корень», с учетом вступивших в законную силу судебных актов, вынесенных в отношении решения от 28 июля 2005 года, направила ЗАО «Эвалар» уведомление о признании недействительным

предоставления правовой охраны данному товарному знаку. Определением Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 сентября 2006 года в передаче дела для пересмотра в порядке надзора названных судебных актов отказано.

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации ЗАО «Эвалар» оспаривает конституционность положений пунктов 2 и 3 статьи 10 Закона РСФСР от 22 марта 1991 года «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (в редакции Федерального закона от 9 октября 2002 года № 122-ФЗ), согласно которым не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительных прав на средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или оказываемых услуг; решение антимонопольного органа, касающееся нарушения положений пункта 2 данной статьи в части индивидуализации продукции, выполняемых работ или оказываемых услуг, направляется в федеральный орган исполнительной власти в области патентов и товарных знаков для решения вопроса о досрочном прекращении действия регистрации объекта исключительных прав или о признании регистрации этого объекта недействительной в порядке, установленном законодательством о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров.

Заявитель оспаривает также конституционность положений подпункта 4 пункта 1 и абзаца четвертого пункта 3 статьи 28 Закона Российской Федерации от 23 сентября 1992 года «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (в редакции Федерального закона от 11 декабря 2002 года № 166-ФЗ), согласно которым предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным полностью или частично в течение всего срока действия правовой охраны, если связанные с регистрацией товарного знака действия правообладателя признаны в установленном законом порядке актом недобросовестной конкуренции; заявление о признании предоставления правовой охраны товарному знаку недействительным на основании решения, принятого в порядке, предусмотренном подпунктом 4 пункта 1 данной статьи, подается любым лицом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

По мнению заявителя, приведенные положения противоречат статьям 34, 35 (части 1 и 3), 44 (часть 1) и 54 (часть 1) Конституции Российской Федерации, поскольку допускают лишение заявителя прав на объект интеллектуальной собственности не по решению суда, а на основании заявления юридического лица и решения антимонопольной службы, позволяют прекратить его права на товарный знак полностью по всем видам товаров 5 класса МКТУ, хотя недобросовестной конкуренцией были признаны

его действия только в отношении одного вида товаров этого класса (лекарственные чаи), к тому же актом недобросовестной конкуренции была признана регистрация в качестве товарного знака народного названия растения, хотя такое основание к отказу в регистрации законодательством о товарных знаках не предусмотрено. Заявитель, кроме того, выражает сомнения в том, могут ли применяться к действиям правообладателя по защите своего исключительного права нормы статьи 34 Конституции Российской Федерации, и утверждает, что в его деле была придана обратная сила норме о новом виде правонарушения и новой ответственности за него и что между оспариваемыми им нормами имеется коллизия.

2. Оспариваемые в жалобе ЗАО «Эвалар» положения Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» были воспроизведены во введенном в действие с 26 октября 2006 года Федеральном законе от 26 июля 2006 года «О защите конкуренции» (пункты 2 и 3 статьи 14).

Следовательно, в данном случае отсутствует предусмотренное частью второй статьи 43 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» основание для прекращения производства по данной жалобе.

3. Согласно Конституции Российской Федерации в Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности; не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (статья 8, часть 1; статья 34, часть 2).

Закрепленное в Законе Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» положение, согласно которому заявление о признании предоставления правовой охраны товарному знаку недействительным на основании решения, принятого в порядке, предусмотренном подпунктом 4 пункта 1 данной статьи, подается любым лицом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (абзац четвертый пункта 3 статьи 28), само по себе не означает, что признание предоставления правовой охраны товарному знаку недействительным не может быть оспорено в судебном порядке, в том числе по мотиву признания такой регистрации недействительной полностью.

Вопрос о допустимости досрочного прекращения действия регистрации товарного знака на основании решения административного органа и о возможности судебной проверки такого решения уже был предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации.

В Определении от 2 октября 2003 года № 393-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ООО «Продюсерская фирма «Самый СМАК» на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 3 статьи 22

Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» Конституционный Суд Российской Федерации указал, что Конституция Российской Федерации, ее статья 46 (части 1 и 2), гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод; решения и действия (бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд. Последующий судебный контроль внесудебного порядка полного или частичного аннулирования регистрации товарного знака осуществляют арбитражные суды на основании пункта 2 статьи 11 ГК Российской Федерации, согласно которому решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд.

Таким образом, оспариваемые заявителем законоположения не являются препятствием для реализации им конституционного права на судебную защиту его прав и свобод.

Разрешение же вопроса об обеспечении баланса прав и законных интересов всех заинтересованных участников конкретного дела — как правообладателя товарного знака, так и хозяйствующих субъектов, прежде него начавших выпуск продукции с аналогичным названием, — требует установления и исследования фактических обстоятельств дела, от чего Конституционный Суд Российской Федерации воздерживается во всех случаях, когда это входит в компетенцию других судов или иных органов (часть четвертая статьи 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Кроме того, Конституция Российской Федерации, ее статьи 118, 125 и 126, не допускает подмену судопроизводства по гражданским, административным или уголовным делам конституционным судопроизводством, в том числе при решении вопроса о том, какой закон должен быть применен в случае, если имеется противоречивое законодательное регулирование. При этом устранение подобных несоответствий в правовом регулировании также не относится к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации.

Исходя из изложенного и руководствуясь пунктами 1 и 2 части первой статьи 43 и частью первой статьи 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации

определил:

1. Отказать в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Эвалар», поскольку разрешение поставленных в ней вопросов Конституционному Суду Российской Федерации неподведомственно и

поскольку она не отвечает требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», в соответствии с которыми жалоба в Конституционный Суд Российской Федерации признается допустимой.

2. Определение Конституционного Суда Российской Федерации по данной жалобе окончательно и обжалованию не подлежит.

**2. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда
Российской Федерации
от 19.07.2011 № 3255/11**

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в составе:

председательствующего — заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации Исайчева В.Н.;

членов Президиума: Амосова С.М., Андреева Е.И., Андреевой Т.К., Бациева В.В., Валявиной Е.Ю., Завьяловой Т.В., Иванниковой Н.П., Козловой О.А., Маковской А.А., Пановой И.В., Першутова А.Г., Сарбаша С.В. —

рассмотрел заявление Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области о пересмотре в порядке надзора решения Арбитражного суда Архангельской области от 23.08.2010 по делу № А05-8003/2010, постановления Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.10.2010 и постановления Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 26.01.2011 по тому же делу.

В заседании приняли участие представители заявителя — Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области — Гаврилов Д.А., Гриднев Е.И., Романенкова И.И.

Заслушав и обсудив доклад судьи Андреева Е.И., а также выступление представителя заявителя, Президиум установил следующее.

Общество с ограниченной ответственностью «Аркада» (далее — общество) обратилось в Арбитражный суд Архангельской области с заявлением о признании незаконным постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области (далее — антимонопольный орган) от 04.05.2010 о привлечении общества к административной ответственности, предусмотренной частью 2 статьи 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ).

Решением Арбитражного суда Архангельской области от 23.08.2010 требование удовлетворено.

Постановлением Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.10.2010 решение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа постановлением от 26.01.2011 решение суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции оставил без изменения.

В заявлении, поданном в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, о пересмотре названных судебных актов в порядке надзора антимонопольный орган просит их отменить, ссылаясь на неправильное применение судами законодательства, нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права.

Проверив обоснованность доводов, изложенных в заявлении и выступлении представителя заявителя, Президиум считает, что заявление подлежит удовлетворению по следующим основаниям.

Прокуратурой города Коряжмы и отделом внутренних дел по городу Коряжме Управления внутренних дел Архангельской области в результате совместной проверки установлено, что в принадлежащем обществу лотерейном клубе «Лотто» проводилась всероссийская негосударственная стимулирующая лотерея «Поймай удачу»; оборудование для проведения лотереи находилось в рабочем состоянии; на лотерейных автоматах наклеены этикетки красно-синего цвета с надписью «Стимулирующая лотерея ЛОТТО» и логотипом, внешне напоминающим товарный знак, принадлежащий Олимпийскому комитету России, в виде пяти переплетающихся колец и стилизованных языков пламени белого, синего и красного цветов, что отражено в акте от 27.11.2009.

Материалы проверки были направлены антимонопольному органу, который возбудил дело по признакам нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции).

Антимонопольный орган решением от 26.03.2010 признал действия общества, выразившиеся в использовании чужого товарного знака, представляющего собой факел, выполненный в цветах российского флага с изображением пяти переплетенных колец, без заключения с правообладателем договора на его использование, нарушающими пункт 4 части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции и статью 8 Федерального закона от 01.12.2007 № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 310-ФЗ).

Постановлением антимонопольного органа от 04.05.2010 общество привлечено к административной ответственности, предусмотренной частью 2 статьи 14.33 КоАП РФ.

Удовлетворяя требование общества о признании незаконным данного постановления, суды пришли к выводу о том, что антимонопольным органом не приведены доказательства, свидетельствующие о наличии в действиях общества недобросовестной конкуренции и состава правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.33 КоАП РФ.

При этом суды исходили из того, что антимонопольным органом не установлены границы товарного рынка обращения соответствующего товара, состав хозяйствующих субъектов, конкурирующих между собой на рынке проведения негосударственных стимулирующих лотерей на территории города Коряжмы; не выяснено, какие именно преимущества по отношению к другим участникам рынка получило общество при использовании упомянутых этикеток на электронном оборудовании.

Между тем судами не учтено следующее.

Частью 2 статьи 14.33 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность за недобросовестную конкуренцию, выразившуюся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг.

Из материалов дела усматривается, что на лотерейных автоматах, установленных в принадлежащем обществу клубе, были наклеены этикетки красно-синего цвета с надписью «Стимулирующая лотерея ЛОТТО» и логотипом, внешне напоминающим товарный знак, принадлежащий Олимпийскому комитету России, в виде пяти переплетающихся колец и стилизованных языков пламени белого, синего и красного цветов.

Законом № 310-ФЗ (часть 2 статьи 7) определено, что использование олимпийской символики для обозначения юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, производимых ими товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг (в фирменных наименованиях, коммерческих обозначениях, товарных знаках, знаках обслуживания, наименованиях мест происхождения товаров), в составе доменных имен и иным способом допускается при условии заключения соответствующего договора с правообладателем товарного знака.

Оргкомитет «Сочи 2014» на запрос антимонопольного органа письмом от 25.01.2010 сообщил о том, что на спорных наклейках содержится товарный знак, правообладателем которого является Олимпийский комитет России на основании свидетельства от 29.03.1996 № 139795, а исключительным лицензиатом Олимпийского комитета России в отношении указанного товарного знака с 24.03.2009 выступает Оргкомитет «Сочи 2014». Данные наклейки на территории Российской Федерации

правообладателями или с их согласия не производились, соответствующие договоры с лицами, причастными к организации упомянутой лотереи, на использование товарного знака не заключались.

Таким образом, общество использовало олимпийскую символику без соблюдения предусмотренных законом условий.

Согласно части 3 статьи 7 Закона № 310-ФЗ использование олимпийской символики с нарушением требований частей 2 и 2.1 данной статьи признается незаконным.

В соответствии с пунктом 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции недобросовестная конкуренция — это 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.

В силу части 1 статьи 8 Закона № 310-ФЗ продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались олимпийская символика и (или) паралимпийская символика, а также введение в заблуждение, в том числе создание ложного представления о причастности производителя товара, рекламодателя к Олимпийским и (или) Паралимпийским играм, в том числе в качестве спонсора, признаются недобросовестной конкуренцией.

Указанная норма является специальной по отношению к пункту 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции. С учетом этого такие действия признаются недобросовестной конкуренцией и в том случае, если они не приводят и не могут привести к последствиям, упомянутым в пункте 9 статьи 4 Закона о защите конкуренции.

При этом в зависимости от того, выражаются ли соответствующие действия во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг или нет, они подлежат квалификации по части 1 или части 2 статьи 14.33 КоАП РФ.

Использование обществом олимпийской символики в нарушение требований закона образует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.33 КоАП РФ.

При таких обстоятельствах оспариваемые судебные акты подлежат отмене на основании пункта 1 части 1 статьи 304 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации как противоречащие закону

и нарушающие единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права.

Учитывая изложенное и руководствуясь статьей 303, пунктом 3 части 1 статьи 305, статьей 306 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

п о с т а н о в и л:

решение Арбитражного суда Архангельской области от 23.08.2010 по делу № А05-8003/2010, постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.10.2010 и постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 26.01.2011 по тому же делу отменить.

Обществу с ограниченной ответственностью «Аркада» в удовлетворении заявления о признании незаконным постановления Управления Федеральной антимонопольной службы по Архангельской области от 04.05.2010 о привлечении общества к административной ответственности, предусмотренной частью 2 статьи 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, отказать.

Антимонопольный орган

§ 1. Система антимонопольных органов

Место и роль антимонопольного органа в системе федеральных органов исполнительной власти, а также его ключевые функции впервые были определены в 1990 г.¹ В таблице 9.1 приведены основные полномочия, перечень и краткая характеристика функций административных органов, которые в разное время осуществляли антимонопольное регулирование в Российской Федерации.

Таблица 9.1

Федеральные органы исполнительной власти, осуществлявшие антимонопольный контроль с 1990 г. по н/в

Период деятельности	Наименование	Перечень основных функций и их краткая характеристика
Сентябрь 1990 г. — май 1999 г.	Государственный комитет Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур (ГКАП России). С 1997 г. — Государственный антимонопольный комитет Российской Федерации (ГАС России)	<ul style="list-style-type: none"> • Инициирование и реализация программ поддержки конкуренции в различных секторах экономики* • Контроль за соблюдением антимонопольного законодательства: <ul style="list-style-type: none"> — выявление и пресечение монополистической деятельности; — контроль за экономической концентрацией; — контроль за антиконкурентными актами и действиями публично-правовых образований; — пресечение недобросовестной конкуренции • Контроль за соблюдением законодательства о рекламе • Контроль за соблюдением законодательства о защите прав потребителей

¹ Постановление Совета Министров РСФСР от 10.09.1990 № 344 «Вопросы Государственного комитета РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур» (вместе с «Временным положением о Государственном комитете РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур»).

Окончание табл. 9.1

Период деятельности	Наименование	Перечень основных функций и их краткая характеристика
Май 1999 г. — март 2004 г.	Министерство Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства (МАП России)	<ul style="list-style-type: none"> • Все перечисленные функции ГАК России, а также (в пределах полномочий, установленных Правительством России) нижеследующие • Контроль за соблюдением законодательства о товарных биржах • Контроль за соблюдением законодательства о естественных монополиях: <ul style="list-style-type: none"> — государственное регулирование и контроль деятельности субъектов естественных монополий в области связи (оказание услуг общедоступной электрической и почтовой связи)
Март 2004 г. — н/в	Федеральная антимонопольная служба (ФАС России)	<ul style="list-style-type: none"> • Инициирование и реализация программ поддержки конкуренции в различных секторах экономики* • Контроль за соблюдением антимонопольного законодательства: <ul style="list-style-type: none"> — выявление и пресечение монополистической деятельности; — контроль за экономической концентрацией; — контроль за антиконкурентными актами и действиями публично-правовых образований; — пресечение недобросовестной конкуренции • Контроль за соблюдением законодательства о естественных монополиях (в части нетарифного регулирования) • Контроль за соблюдением законодательства о рекламе • Контроль за соблюдением законодательства о размещении государственных и муниципальных заказов • Контроль за соблюдением законодательства о торговле • Контроль за соблюдением законодательства об иностранных инвестициях в российские хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение

* Разработка мер государственной поддержки субъектов малого предпринимательства, программ демополизации экономики страны, мер по снятию административных барьеров в экономике, рекомендаций по отмене избыточных защитных мер во внешнеэкономической деятельности и др.

В рассматриваемый период федеральный антимонопольный орган сохранял полный объем функций и полномочий, необходимый для антимонопольного контроля: пресечения монополистической деятельности, антиконкурентных актов и действий публично-правовых образований, а также контроля за экономической концентрацией.

По состоянию на сентябрь 2013 г. антимонопольное регулирование в Российской Федерации осуществляют следующие федеральные органы государственной власти:

— Министерство экономического развития Российской Федерации (в части разработки государственной политики защиты конкуренции, координации деятельности федеральных и региональных органов власти, реализующих мероприятия по развитию и защите конкуренции);

— Федеральная антимонопольная служба (в части функций, установленных в ст. 22 Закона «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции));

— Банк России (в части функций, установленных ст. 11 и 32 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-І «О банках и банковской деятельности»).

§ 2. Ключевые контрольные функции и полномочия антимонопольного органа

Главной целью деятельности антимонопольного органа является предотвращение, выявление и пресечение нарушений антимонопольного законодательства. Исходя из этого *антимонопольный орган наделен следующими основными функциями*²:

1) контролировать добросовестное конкурентное поведение хозяйствующих субъектов на рынке;

2) контролировать добросовестное регуляторное поведение властных субъектов;

3) предотвращать возможные антиконкурентные проявления на рынке:

а) обеспечивать государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, хозяйствующими

² Статья 22 Закона о защите конкуренции.

субъектами, физическими лицами, в том числе в сфере использования земли, недр, водных ресурсов и других природных ресурсов;

б) выявлять нарушения антимонопольного законодательства, принимать меры по прекращению нарушения антимонопольного законодательства и привлекать к ответственности за такие нарушения;

в) предупреждать монополистическую деятельность, недобросовестную конкуренцию, другие нарушения антимонопольного законодательства федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, хозяйствующими субъектами, физическими лицами;

г) осуществлять государственный контроль за экономической концентрацией, в том числе в сфере использования земли, недр, водных ресурсов и других природных ресурсов, а также при проведении торгов в случаях, предусмотренных федеральными законами.

Полномочия антимонопольного органа, необходимые для осуществления указанных выше функций, определены в ст. 23 Закона о защите конкуренции. В их основе — стандартный для надзорного органа набор:

- 1) выявление нарушений;
- 2) предписание устранить нарушение;
- 3) привлечение к административной ответственности нарушителя;
- 4) обращение с иском в арбитражный суд;
- 5) передача материалов в правоохранительные органы.

Важнейшее полномочие антимонопольного органа — возбуждать и рассматривать дела о нарушении антимонопольного законодательства. Эта административная процедура подробно описана в гл. 11 настоящего учебника, где также дана оценка предела полномочий антимонопольного органа при выдаче предписаний хозяйствующим субъектам. Если антимонопольный орган, рассмотрев материалы дела, выявляет факт нарушения закона, он выдает нарушителю **предписания**:

а) прекратить ограничивающие конкуренцию соглашения и (или) согласованные действия хозяйствующих субъектов;

б) прекратить злоупотребление доминирующим положением;

в) прекратить нарушение правил недискриминационного доступа к товарам;

г) прекратить недобросовестную конкуренцию;

д) не совершать действий, которые могут стать препятствием для возникновения конкуренции и (или) вызвать ограничение, устранение конкуренции и нарушение антимонопольного законодательства;

е) устранить последствия нарушения антимонопольного законодательства;

ж) прекратить иные нарушения антимонопольного законодательства;

з) восстановить положение, существовавшее до нарушения антимонопольного законодательства;

и) заключить договоры, изменить их условия или расторгнуть в случае, если при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства лица, права которых нарушены или могут быть нарушены, заявили соответствующее ходатайство, либо в случае, если антимонопольный орган осуществляет государственный контроль за экономической концентрацией;

к) перечислить в федеральный бюджет доход, полученный вследствие нарушения антимонопольного законодательства;

л) изменить или ограничить использование фирменного наименования в случае, если при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства лица, права которых нарушены или могут быть нарушены, заявили соответствующее ходатайство, либо в случае, если антимонопольный орган осуществляет государственный контроль за экономической концентрацией;

м) выполнить экономические, технические, информационные и иные требования об устранении дискриминационных условий и о предупреждении их создания;

н) совершить действия, направленные на обеспечение конкуренции.

Все разновидности предписаний можно разделить на четыре группы:

1) предписание совершить действия, направленные на прекращение нарушений (а, б, в, г, ж);

2) предписание воздержаться от совершения действий, которые могут стать препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут вызвать ограничение, устранение конкуренции и нарушение антимонопольного законодательства (д);

3) предписание совершить действия, направленные на восстановление надлежащего конкурентного порядка (е, з, и, к, л, м);

4) предписание совершить действия, направленные на обеспечение (поддержание и развитие) конкуренции (н).

В соответствии с обстоятельствами дела антимонопольный орган предписывает нарушителю совершить строго определенные, однозначно понимаемые действия, вытекающие:

— из природы нарушения и его воздействия на состояние конкуренции на товарном рынке;

— отношений, в которых состоят нарушитель антимонопольного законодательства и лица, права которых были нарушены (интересы ущемлены);

— выводов перспективного анализа состояния конкуренции на товарном рынке, с использованием которых предписываются действия, направленные на обеспечение (поддержание и развитие) конкуренции.

Зачастую содержание предписания основывается на заявленных в ходе рассмотрения дела требованиях лица, права которого нарушены (интересы ущемлены). Действия, указанные в предписании, должны быть совершены в указанный в нем срок. Кроме того, предписание всегда предусматривает способ, которым будет подтверждено исполнение содержащихся в нем требований (как правило, отчет нарушителя об исполнении предписания с приложением подтверждающих документов).

Следует отметить, что антимонопольный орган выдает хозяйствующим субъектам указанные в ст. 23 Закона о защите конкуренции предписания и в иных случаях:

— при осуществлении контроля за экономической концентрацией (т.е. при согласовании антимонопольным органом ходатайств либо после получения им уведомлений, предусмотренных гл. 7 Закона);

— при осуществлении государственного контроля за ограничивающими конкуренцию соглашениями хозяйствующих субъектов в соответствии с ч. 1–9 ст. 35 Закона о защите конкуренции (когда антимонопольный орган выносит решение о том, что проект соглашения соответствует антимонопольному законодательству, и выдает предписание, которое участники соглашения обязаны исполнить, если соглашение будет ими заключено).

Разновидности предписаний, которые могут быть выданы нарушителю антимонопольного законодательства — административно-властному лицу³, определены законодателем в п. 3 ч. 1 ст. 23. Это предписания:

³ Антимонопольный орган выдает обязательные для исполнения предписания федеральным органам исполнительной власти, органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов или организациям, а также государственным внебюджетным фондам, их должностным лицам, за исключением случаев, установленных п. 4 ч. 1 ст. 23 Закона. Иначе говоря, исключения составляют случаи, когда антимонопольный орган выявляет нарушение законодательства Банком России или федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг. Таким публично-правовым образованиям антимонопольный орган направляет предложения привести принятые ими акты в соответствие с антимонопольным законодательством или прекратить нарушающие антимонопольное законодательство действия.

а) отменить или изменить акты, нарушающие антимонопольное законодательство;

б) прекратить или изменить соглашения, нарушающие антимонопольное законодательство;

в) прекратить иные нарушения антимонопольного законодательства, в том числе принять меры по возврату имущества, иных объектов гражданских прав, переданных в качестве государственной или муниципальной преференции;

г) совершить действия, направленные на обеспечение конкуренции.

Обязанность хозяйствующих субъектов исполнять решения и предписания антимонопольного органа закреплена в ст. 36 Закона о защите конкуренции. Процедура выдачи и исполнения предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства установлена в ст. 50 и 51 Закона. Уклонение от исполнения этой обязанности влечет за собой административную ответственность юридических и должностных лиц. Должностные лица антимонопольного органа наделены полномочием привлекать к административной ответственности лиц, совершивших соответствующие правонарушения.

Законодательство наделяет антимонопольный орган полномочием обращаться с иском (заявлением) в суд. Виды таких исков определены в Законе о защите конкуренции следующим образом. Во-первых, в силу ст. 34 Закона антимонопольный орган вправе обращаться с заявлением о признании сделки, иного действия недействительными и о применении последствий недействительности сделки, иного действия, если они вызвали ограничение конкуренции и были совершены с нарушением порядка государственного контроля за экономической концентрацией. Во-вторых, антимонопольный орган вправе обращаться в суд с заявлением о признании недействительными торгов и заключенных по их результатам сделок в отношении государственного и муниципального имущества, которые были совершены с нарушением правил, установленных в гл. 4 Закона.

Статья 23 Закона определяет иные важные виды исков антимонопольного органа:

— о признании недействующими либо недействительными полностью или частично противоречащих антимонопольному законодательству нормативных правовых актов или ненормативных актов федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных органов или организаций, а также государственных внебюджетных фондов, Центрального банка Российской Федерации;

- о признании недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству;
- об обязательном заключении договора;
- об изменении или о расторжении договора;
- о ликвидации юридических лиц в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством;
- о взыскании в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства;
- о привлечении к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства лиц, допустивших такое нарушение;
- о признании торгов недействительными;
- о понуждении к исполнению решений и предписаний антимонопольного органа.

Исчерпывающий перечень видов исков (заявлений), обращаться с которыми в суд уполномочен антимонопольный орган, содержится не только в антимонопольном законодательстве, но и в некоторых других федеральных законах⁴. Антимонопольный орган, как правило, обращается с иском в суд, когда нарушитель закона не исполняет выданное ему предписание. Исключения составляют иски о признании торгов либо сделок недействительными: антимонопольный орган обращается с иском в суд сразу же после того, как обнаружит нарушение ст. 17–18 Закона о защите конкуренции.

Компетенция антимонопольного органа была расширена в 2012 г. посредством наделения его:

- полномочием выдавать предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства (применяется для профилактики и предотвращения злоупотребления доминирующим положением)⁵;
- полномочием направлять в письменной форме за подписью руководителя или заместителя руководителя антимонопольного органа предостережения о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства должностным лицам хозяйствующих субъектов, публично заявляющим о планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению антимонопольного законодательства (применяется для профилактики и предотвращения согласованных действий хозяйствующих субъектов).

⁴ Такие положения содержит, например, законодательство об электроэнергетике.

⁵ Подробнее об институте предупреждения и предостережения см. в гл. 11 настоящего учебника.

§ 3. Полномочия антимонопольного органа по контролю за состоянием конкуренции на товарных рынках и в отдельных секторах экономики

Некоторые полномочия антимонопольного органа могут быть названы вспомогательными, поскольку они позволяют эффективно исполнить рассмотренные выше ключевые функции и полномочия.

1. Установление доминирующего положения

Антимонопольный орган — единственный орган в системе федеральных органов исполнительной власти, уполномоченный устанавливать доминирующее положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке. Знание товарных рынков, а также владение методикой исследования состояния конкуренции на товарном рынке есть сфера исключительной компетенции антимонопольного органа. Например, когда суд рассматривает иск хозяйствующего субъекта, содержащий требование о возмещении ущерба, причиненного занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, то для установления доминирующего положения суд обязательно привлекает антимонопольный орган. Как правило, основанием для признания судом решения антимонопольного органа (об установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта) недействительным может послужить только нарушение таким органом процессуальных аспектов установленной процедуры. Установление антимонопольным органом доминирующего положения определено в административном регламенте⁶, оно применяется при рассмотрении дел о злоупотреблении доминирующим положением, а также при рассмотрении ходатайств и уведомлений, представляемых в антимонопольный орган в рамках контроля за экономической концентрацией.

2. Ведение реестра хозяйствующих субъектов, доля которых на соответствующем товарном рынке превышает 35%

По результатам исследования состояния конкуренции на товарном рынке антимонопольный орган обязан принять решение о внесении в

⁶ Приказ ФАС России от 17.01.2007 № 5 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией».

реестр хозяйствующих субъектов, доля которых превышает 35% на соответствующем рынке (далее — Реестр). Реестр пополняется в случаях:

- рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, если при этом был проведен анализ состояния конкуренции на товарном рынке и по его итогам подготовлен аналитический отчет о наличии на рынке хозяйствующего субъекта с долей свыше 35%;

- рассмотрения ходатайств и уведомлений, представляемых заинтересованными лицами в антимонопольный орган в соответствии с гл. 7 Закона о защите конкуренции;

- инициативного проведения антимонопольным органом исследования состояния конкуренции на товарном рынке;

- решения суда о внесении хозяйствующего субъекта в Реестр.

В момент своего создания⁷ в 1996 г. Реестр рассматривался в качестве дополнительного инструмента контроля за экономической концентрацией. Обязанность представить соответствующее ходатайство либо уведомление обусловлена в антимонопольном законодательстве как экономическими показателями (размером совокупных активов либо выручкой от реализации лиц, участвующих в сделке), так и тем фактом, что одно из таких лиц (а также лиц, входящих с ними в одну группу) находится в Реестре. С помощью Реестра антимонопольный орган может контролировать процессы экономической концентрации на высококонцентрированных, но относительно небольших (по размеру его участников) рынках.

Внесение в Реестр записи о хозяйствующем субъекте связано с возникновением у такого субъекта двух обязанностей: во-первых, представлять ходатайства в случаях, установленных в гл. 7 Закона о защите конкуренции; во-вторых, ежегодно представлять в антимонопольный орган сведения по форме государственного статистического наблюдения 1-МОН.

Начиная с 2008 г., в Реестр вносятся также записи о хозяйствующих субъектах, занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара, если в отношении такого рынка другими федеральными законами установлены случаи признания доминирующим положения хозяйствующих субъектов. Такие случаи установлены в законодательстве об электроэнергетике и в законодательстве о связи.

⁷ Постановление Правительства РФ от 19.02.1996 № 154 (в редакции от 01.02.2005) «О Реестре хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более 35 процентов».

3. Проведение проверочных мероприятий

В этой сфере антимонопольный орган уполномочен:

а) проводить проверки соблюдения антимонопольного законодательства коммерческими организациями, некоммерческими организациями, федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, физическими лицами;

б) получать необходимые документы и информацию, объяснения в письменной или устной форме;

в) в установленном законодательством Российской Федерации порядке обращаться в органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, с просьбой о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Полномочия антимонопольного органа проводить проверки установлены в ст. 24–25.6 Закона о защите конкуренции. Указанные положения Закона применяются дополнительно к общим нормам о проверках, закрепленным в Федеральном законе от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля». На основе положений этих федеральных законов процедура проверки регламентирована в нормативном акте — приказе ФАС России от 24.02.2010 № 89 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства».

4. Особые виды контроля

Законодательство об отдельных секторах экономики (например, об электроэнергетике) наделяет антимонопольный орган контрольными полномочиями в отношении организаций, которые обеспечивают организованную по специальным правилам торговлю в этих секторах. Соответствующее полномочие в Законе о защите конкуренции закреплено как за территориальными, так и за федеральным антимонопольным органом. Антимонопольный орган «осуществляет контроль за деятельностью юридических лиц, обеспечивающих организацию торговли на рынках определенных товаров, например на рынке электрической

энергии (мощности), в условиях прекращения государственного регулирования цен (тарифов) на такие товары». Во многом деятельность антимонопольного органа здесь соприкасается с полномочиями Федеральной службы по тарифам.

5. Доведение информации до неопределенного круга лиц (размещение информации на официальном сайте антимонопольного органа)

Закон о защите конкуренции предусматривает три случая, когда антимонопольный орган обязан размещать информацию в общем доступе на сайте в сети Интернет (далее — сайт):

- при рассмотрении ходатайства в рамках контроля за экономической концентрацией — в случае продления срока его рассмотрения. На сайте должны быть опубликованы сведения о сделке, ином действии, заявленные в ходатайстве. Заинтересованные лица вправе представить в антимонопольный орган сведения о влиянии на состояние конкуренции такой сделки, иного действия;
- при принятии решений и выдаче предписаний, затрагивающих интересы неопределенного круга лиц;
- для публикации ежегодного доклада о состоянии конкуренции в Российской Федерации, который также направляется в Правительство Российской Федерации.

6. Дополнительные полномочия федерального антимонопольного органа

Федеральный антимонопольный орган:

- издает нормативные правовые акты, предусмотренные законодательством;
- дает разъяснения о применении антимонопольного законодательства;
- дает в установленном порядке заключения о последствиях воздействия специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер, последствиях изменения ставок таможенных пошлин на конкуренцию на товарном рынке Российской Федерации;
- вносит в лицензирующие органы предложения об аннулировании, отзыве лицензий на осуществление хозяйствующими субъектами, нарушающими антимонопольное законодательство, отдельных видов деятельности или о приостановлении действия таких лицензий;

- сотрудничает с международными организациями, государственными органами иностранных государств, участвует в разработке и реализации международных договоров Российской Федерации, международных программ и проектов по вопросам защиты конкуренции, в работе межправительственных или межведомственных комиссий, координирующих международное сотрудничество Российской Федерации;
- обобщает и анализирует практику применения антимонопольного законодательства, разрабатывает рекомендации по его применению.

§ 4. Распределение полномочий между федеральным антимонопольным органом и его территориальными органами

Антимонопольное законодательство предусматривает двухуровневую систему антимонопольных органов. Первый уровень иерархии составляет **федеральный антимонопольный орган** (далее также — федеральный орган), второй — его **территориальные органы** (далее также — территориальные органы).

По состоянию на 2013 г. в каждом субъекте Российской Федерации функционирует территориальное подразделение федерального антимонопольного органа. Набор полномочий территориального органа закреплен в ст. 23 Закона о защите конкуренции, он совпадает с набором полномочий федерального органа, за исключением полномочий, указанных в § 3 настоящей главы, — так называемых дополнительных полномочий федерального антимонопольного органа⁸.

Изданные во исполнение Закона о защите конкуренции нормативные акты устанавливают разный объем участия федерального и территориальных органов в осуществлении ряда полномочий. Так, объем участия каждого из них в исполнении полномочия по контролю за экономической концентрацией установлен в Положении о территориальном органе. В качестве критерия для разделения сфер ответственности федерального и территориальных органов применяются экономические показатели, используемые для контроля за экономической концентрацией, например:

⁸ Набор полномочий территориального органа определен приказом ФАС России от 26.01.2011 № 30 (в редакции от 27.07.2012) «Об утверждении Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы» (далее также — Положение о территориальном органе).

- если суммарные активы лиц (а также всех иных лиц, входящих с ними в одну группу), которые будут ликвидированы в результате слияния и создания нового юридического лица, не превышают 15 млрд руб., то ходатайство о даче согласия на слияние подается в территориальный антимонопольный орган по месту нахождения вновь возникающего юридического лица;

- если суммарная выручка от реализации лиц (а также всех иных лиц, входящих с ними в одну группу), которые будут ликвидированы в результате слияния и создания нового юридического лица, не превышает 30 млрд руб., то ходатайство о даче согласия на слияние подается в территориальный антимонопольный орган по месту нахождения вновь возникающего юридического лица.

Схожий юридический прием — использование экономических показателей, характеризующих участников соответствующих отношений, — применен и при разделении сфер ответственности федерального и территориальных органов в ходе контроля за деятельностью субъектов естественных монополий.

Вопрос подведомственности федеральному либо территориальному органу заявлений и дел о нарушении антимонопольного законодательства решен в административном регламенте⁹ по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства. Изданные ФАС России административные регламенты содержат также процедуру обжалования в федеральном антимонопольном органе действий должностных лиц территориальных органов. В Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ) установлена процедура обжалования постановлений должностных лиц территориальных органов при привлечении ими к административной ответственности нарушителей антимонопольного законодательства. Такие постановления могут быть обжалованы в порядке, установленном гл. 30 КоАП РФ, путем подачи жалобы в федеральный антимонопольный орган.

Закон о защите конкуренции определяет сферу исключительной компетенции федерального антимонопольного органа. Все иные аспекты распределения полномочий между федеральным и территориальными антимонопольными органами установлены в подзаконных актах и относительно изменчивы.

⁹ Приказ ФАС России от 25.05.2012 № 339 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации».

Кроме того, Закон о защите конкуренции предусматривает обязанность реализации антимонопольным органом своих полномочий на паритетных началах и при обязательном учете мнения иного федерального органа власти (фактически на условиях консенсуального принятия решений). Совместное принятие решения происходит, когда антимонопольный орган выявляет нарушения антимонопольного законодательства со стороны кредитных и иных финансовых организаций. Для этого в соответствии с ч. 3 и 4 ст. 40 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган формирует комиссию, половину членов которой составляют представители Банка России (для выявления нарушений, совершенных кредитными организациями) либо представители федерального органа исполнительной власти по рынку ценных бумаг (для выявления нарушений, совершенных финансовыми организациями, деятельность которых лицензирует указанный орган). В комиссии участвует четное количество специалистов, должно быть обеспечено равное представительство антимонопольного органа и регулятора на соответствующем рынке финансовых услуг. Комиссии с участием финансовых регуляторов действуют на постоянной основе, а не формируются, как в остальных случаях, для рассмотрения лишь одного дела о нарушении антимонопольного законодательства.

К полномочиям по принятию совместных решений следует отнести и предусмотренное Законом о защите конкуренции издание федеральным антимонопольным органом отдельных нормативных актов по согласованию с Банком России¹⁰.

§ 5. Программные цели и задачи федерального антимонопольного органа

Программные цели и задачи федерального антимонопольного органа сформулированы в *Докладе о результатах и основных направлениях деятельности ФАС России на 2013–2015 годы* (далее — Доклад)¹¹.

¹⁰ В частности, п. 2 и 3 ч. 2 ст. 23 Закона о защите конкуренции предусматривают согласование с Банком России методики определения необоснованно высокой и необоснованно низкой цены услуги кредитной организации, а также порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации.

¹¹ Такие доклады федеральные органы исполнительной власти разрабатывают и утверждают в соответствии с Положением о докладах о результатах и основных направлениях деятельности субъектов бюджетного планирования, утвержденным постановлением Правительства РФ от 22.05.2004 № 249 «О мерах по повышению результативности бюджетных расходов» (в редакции постановления Правительства РФ от 23.12.2004 № 838).

Стратегические цели и тактические задачи ФАС России установлены на основе стратегических целей, определенных в Сводном Докладе о результатах и основных направлениях деятельности Правительства Российской Федерации на 2008–2010 годы.

Миссия ФАС России — обеспечение свободы конкуренции и эффективной защиты предпринимательства ради будущего России.

Руководствуясь этой миссией, ФАС России ставит перед собой ***четыре стратегические цели.***

1. Создавать условия для развития конкуренции в сферах деятельности хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественных монополий.

2. Предотвращать и пресекать антиконкурентное вмешательство органов государственной власти и местного самоуправления в функционирование рынков, повышать эффективность использования бюджетных средств при размещении государственного и муниципального заказа.

3. Обеспечивать равный доступ к товарам (работам, услугам), реализуемым субъектами естественных монополий, и развивать конкуренцию в потенциально конкурентных видах деятельности субъектов естественных монополий.

4. Создавать условия для эффективной реализации государственной политики в области контроля иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Поставленные цели достигаются путем решения целого ряда задач. Например, достижение первой из них требует:

- создания благоприятной правовой и информационной среды для осуществления конкурентной политики;
- снижения уровня недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы¹²;
- снижения числа нарушений антимонопольного законодательства, совершенных хозяйствующими субъектами (за исключением недобросовестной конкуренции).

Достижение цели характеризуется значениями показателей и степенью приближения их к целевым. Например, по каждой из четырех стратегических целей ФАС России разработаны решаемые задачи и наборы показателей, характеризующих степень ее достижения (табл. 9.2). Доклад содержит перечень мероприятий, с помощью которых решаются поставленные задачи.

¹² Хотя ФАС России ведет деятельность по данным направлениям в соответствии с разными законодательными актами, контроль за недобросовестной конкуренцией и контроль за ненадлежащей рекламой сгруппированы в рамках одной задачи, исходя из единства достигаемых целей.

Таблица 9.2

**Показатели деятельности Федеральной антимонопольной службы,
оценивающие достижение цели 1**

Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2010	2011	Текущий период	2013	2014	2015		
			2012					
Цель 1. Создание условий для развития конкуренции в сферах деятельности хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественных монополий								
Показатель 1.1. Место ФАС России в международном рейтинге эффективности деятельности конкурентных ведомств	19	19	19	19	19	19	19	2010
Показатель 1.2. Доля хозяйствующих субъектов от общего числа опрошенных, считающих, что состояние конкурентной среды улучшилось за истекший год, %	20	21	24	29	32	35	40	2017

Реализации программных целей и задач антимонопольного органа призвана содействовать долгосрочная Стратегия развития антимонопольного регулирования на период до 2024 года, разработанная ФАС России и утвержденная на ее коллегии в феврале 2013 г. Основные мероприятия Стратегии приводятся в приложении к данной главе.

Основные понятия

- *Федеральный антимонопольный орган*
 - *Территориальный антимонопольный орган*
 - *Применяемое антимонопольными органами законодательство*
 - *Ключевые функции и полномочия антимонопольного органа*
 - *Разновидности предписаний, выдаваемых антимонопольным органом*
 - *Разновидности исков, с которыми антимонопольный орган обращается в суд*
 - *Дополнительные полномочия антимонопольного органа*
 - *Сорегулирование в антимонопольном контроле*
-

Вопросы для обсуждения

1. Перечислите ключевые полномочия антимонопольного органа.
2. Может ли решение территориального подразделения федерального антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства быть обжаловано в федеральном антимонопольном органе?
3. Укажите правовой статус разъяснений антимонопольного законодательства, которые дает антимонопольный орган. Вправе ли территориальные антимонопольные органы давать такие разъяснения?
4. Укажите случаи, когда антимонопольный орган в обязательном порядке размещает информацию на своем сайте в сети Интернет. Почему?
5. Какие публично-правовые образования, помимо ФАС России, осуществляют антимонопольное регулирование в нашей стране?
6. Какие дополнительные обязанности ложатся на хозяйствующих субъектов, внесенных в Реестр хозяйствующих субъектов, доля которых на товарном рынке превышает 35%?
7. Как распределяются полномочия между федеральным и территориальными антимонопольными органами? Чьим решением такое распределение установлено?
8. Можно ли говорить о совместном регулировании применительно к антимонопольному регулированию?

Приложение

Федеральная антимонопольная служба Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013–2024 гг.

1. Введение

Конкуренция — это основа поступательного развития страны, она обеспечивает постоянное и динамичное внедрение инновационных технологий, является главным движущим фактором эволюционного развития общества, порождает разнообразие и обеспечивает максимально эффективное распределение ресурсов. Исходя из этого защита и развитие конкуренции становится одним из главных приоритетов государственной политики.

Особенностью российской экономики является ее значительная зависимость от деятельности монополий в различных секторах производства товаров и услуг. Такая специфика обусловлена преемственностью структуры экономических отношений, сложившихся в Советском Союзе. 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.

В соответствии с обозначенными приоритетами государственной политики определена миссия Федеральной антимонопольной службы (ФАС России): *свобода конкуренции и эффективная защита предпринимательства ради будущего России.*

Свободная конкуренция между участниками рынков стимулирует развитие новых технологий и поиск наиболее эффективных способов производства. Это приводит к повышению конкурентоспособности товаров, сбалансированности их качества и цены, расширению выбора для потребителя. Соответственно усилия ФАС России направлены на предотвращение и пресечение ограничивающих конкуренцию действий со стороны хозяйствующих субъектов, субъектов естественных монополий и органов власти.

К 2013 г. в Российской Федерации сформирована современная правовая и организационная основа защиты и развития конкуренции:

— правовые институты защиты и развития конкуренции соответствуют лучшим практикам ведущих антимонопольных органов мира и при этом учитывают специфику формирования внутренних экономических отношений;

— благодаря взаимодействию антимонопольных органов, судов, объединений предпринимателей, профессиональных сообществ юристов и экономистов создан действующий организационный механизм защиты конкуренции, позволяющий вырабатывать стандарты и практические требования антимонопольной политики в отношении важнейших товарных рынков Российской Федерации.

Особенностью современного этапа государственной политики в области защиты конкуренции является необходимость ее выхода за пределы охранительной функции с ориентацией на мероприятия системного макроэкономического характера, которые должны привести к формированию проконкурентной правовой и институциональной среды в ключевых отраслях российской экономики.

Для эффективной реализации миссии ФАС России разработаны документы, определяющие основные направления развития деятельности службы: Политика в области управления качеством государственных функций и услуг, а также Кадровая политика.

Результативность и эффективность системы антимонопольного надзора в первую очередь зависит от синтеза личных и профессиональных качеств сотрудников службы. Именно поэтому кадровой политике отдается равный приоритет с задачей формирования качественной системы надзора за соблюдением антимонопольного законодательства на товарных рынках.

В целях совершенствования институтов защиты конкуренции и ее развития ФАС России разработана Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013—2024 гг. (далее — Стратегия). Стратегия учитывает рекомендации Комитета по конкуренции ОЭСР, а также предложения бизнес-ассоциаций.

Стратегия определяет четыре приоритета в деятельности службы.

1. Создание благоприятной институциональной и организационной среды для эффективной защиты и развития конкуренции.

2. Снижение административных барьеров, препятствующих развитию и свободному функционированию рынков.

3. Обеспечение недискриминационного доступа потребителей к услугам естественных монополий, формирование эффективных механизмов тарифообразования.

4. Создание условий для эффективной конкуренции при размещении государственного или муниципального заказа и реализации на торгах государственного имущества.

2. Создание благоприятной институциональной и организационной среды для эффективной защиты и развития конкуренции

Эффективность реализации конкурентной политики зависит, с одной стороны, от качества правовой среды, определяющей степень результативности антимонопольных органов в сфере контроля и надзора за исполнением антимонопольного законодательства, с другой стороны, от результативности экономических мер, стимулирующих развитие рынков.

Несмотря на динамичное развитие антимонопольного законодательства в Российской Федерации, положительно оцениваемое как российскими, так и зарубежными экспертами, а также значительное повышение результативности деятельности антимонопольных органов России, новый этап развития конкурентной политики требует существенного повышения качества реализации мер по защите конкуренции. Именно поэтому одними из главных направлений в работе ФАС России в рамках рассматриваемого приоритета деятельности службы являются совершенствование антимонопольного законодательства и практики его правоприменения в соответствии с лучшим международным опытом, а также существенное повышение результативности деятельности антимонопольных органов за счет внедрения современных и эффективных инструментов управления качеством. Одна из важнейших задач в данной сфере — внедрение эффективных институтов по предотвращению нарушений антимонопольного законодательства, таких как правила недискриминационного доступа, недискриминационные торговые политики доминирующих хозяйствующих субъектов, а также корпоративные институциональные механизмы, обеспечивающие соблюдение норм антимонопольного законодательства.

Важнейшее значение имеет также развитие конкурентной среды как активной составляющей конкурентной политики, что требует разработки и реализации мер экономического стимулирования развития рынков и введения в различные сферы законодательства Российской Федерации норм проконкурентного характера.

Работа ФАС России в рамках рассматриваемого приоритета должна обеспечить достижение следующих целей.

1. Создание благоприятных условий для развития конкуренции в ключевых отраслях экономики.

2. Повышение качества принимаемых антимонопольными органами решений, обеспечение единообразия подходов на всей территории России.

3. Снижение количества нарушений антимонопольного законодательства за счет повышения результативности мер превентивного характера и совершенствования Кодекса об административных правонарушениях.

4. Повышение качества контроля за слияниями и поглощениями при снижении административной нагрузки на бизнес.

5. Усиление роли антимонопольного органа как макрорегулятора экономики.

6. Повышение места ФАС России в рейтинге конкурентных ведомств мира до места не ниже десятого.

7. Формирование позитивного имиджа ФАС России.

2.1. Совершенствование антимонопольного законодательства и практики его применения

2.1.1. Развитие и совершенствование институтов, предупреждающих правонарушения в сфере антимонопольного законодательства:

— распространить сферу применения новых правовых институтов — предупреждений и предостережений — на антиконкурентные акты и действия публично-правовых образований, а также на недобросовестную конкуренцию;

— внедрить нотификацию торговых политик доминирующих хозяйствующих субъектов с целью предотвращения дискриминации потребителей их товаров, работ или услуг;

— разработать и внедрить на законодательном уровне нормы, стимулирующие внедрение систем комплайенса (корпоративных мер, направленных на предотвращение нарушений антимонопольного законодательства) среди хозяйствующих субъектов, ассоциаций (союзов) участников товарных рынков;

— разработать и представить на утверждение Правительства Российской Федерации правила недискриминационного доступа к ограниченным ресурсам (недра, частоты спектра электромагнитного излучения и т.п.).

2.1.2. Оптимизация подходов к определению доминирующего положения хозяйствующих субъектов:

— исключить из статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) пункт 6.1.

2.1.3. Внедрение правового механизма предупреждения и пресечения антиконкурентных действий правообладателей интеллектуальной собственности:

— распространить сферу применения Закона о защите конкуренции на соглашения по использованию исключительных прав, приводящие к ограничению, недопущению, устранению конкуренции при реализации товара;

— провести анализ ситуации в сфере защиты конкуренции применительно к случаям использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (РИДСИ) в разрезе отдельных видов РИДСИ, отраслей экономики;

— систематизировать случаи использования прав на РИДСИ в качестве инструмента ограничения конкуренции с целью последующего формирования предложений по корректировке законодательства;

— подготовить изменения в Закон о защите конкуренции в части распространения сферы его применения на соглашения по использованию исключительных прав, приводящие к ограничению, недопущению, устранению конкуренции при реализации товара.

2.1.4. Повышение эффективности институтов пресечения и предотвращения недобросовестной конкуренции:

— сформировать в Законе о защите конкуренции детальный перечень запрещенных практик, признаваемых недобросовестной конкуренцией.

2.1.5. Повышение качества экономического анализа и контроля за экономической концентрацией:

— на основе использования лучших практик антимонопольных органов стран — членов ОЭСР стандартизировать применение экономического анализа при осуществлении контроля за экономической концентрацией и при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства;

— установить обязанность по проведению анализа конкуренции на смежных рынках при осуществлении предварительного контроля за совершением сделок, обеспечить исполнение такой обязанности;

— в целях обоснования решений по экономической концентрации обеспечить включение в мотивировочную часть решения изложение выводов о состоянии конкуренции на соответствующем товарном рынке и последствиях осуществления сделки.

2.1.6. Снижение административной нагрузки хозяйствующих субъектов в части контроля за экономической концентрацией:

— исключить уведомительный контроль за экономической концентрацией.

2.1.7. Переход от индивидуальной защиты интересов физического лица к защите интересов неопределенного круга физических лиц в случае нарушения их прав (ущемления их интересов) хозяйствующим субъектом, злоупотребляющим своим доминирующим положением:

— разработать и обеспечить принятие поправок в Закон о защите конкуренции и иные нормативные правовые акты, предполагающих применение антимонопольного законодательства к отношениям, связанным с недопущением, ограничением, устранением конкуренции и (или) ущемлением интересов лиц в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

2.1.8. Оптимизация правила ведения реестра хозяйствующих субъектов, занимающих на рынке долю свыше 35% (далее — Реестр), в целях обеспечения его своевременной актуализации и снижения административной нагрузки на хозяйствующих субъектов:

— внедрить требование о включении хозяйствующих субъектов в Реестр на срок не более трех лет;

— отменить обязательную для хозяйствующих субъектов, включенных в Реестр, государственную статистическую отчетность.

2.1.9. Повышение эффективности рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства и обоснованности принимаемых решений:

— внести в законодательство Российской Федерации изменения, предусматривающие объединение процедур рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства и дел об административных правонарушениях в единую общую процедуру;

— внедрить процедуры досудебного обжалования решений территориальных органов ФАС России в центральном аппарате ФАС России в целях повышения единообразия применения законодательства при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства;

— внедрить порядок непрерывного сопровождения рассматриваемых в центральном аппарате ФАС России дел о нарушении антимонопольного законодательства ответственным сотрудником Правового управления ФАС России (от возбуждения дела до зачисления штрафа на счет бюджета);

— внедрить персональные показатели результативности сотрудников антимонопольных органов и структурных подразделений центрального аппарата, характеризующие качество подготавливаемых решений и предписаний по делам о нарушении антимонопольного законодательства, а также результативность контроля исполнения предписаний и постановлений о наложении административных штрафов;

— создать необходимую инфраструктуру и правовые основы для дистанционного рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства.

2.1.10. Модернизация Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ):

— исключить возможность применения в отношении должностных лиц административного штрафа за наиболее общественно опасные нарушения антимонопольного законодательства в целях создания условий для безальтернативного применения дисквалификации в качестве административного наказания;

— установить «оборотный» административный штраф за злоупотребление на товарном рынке доминирующим положением (монопсонией);

— установить соразмерный оборотному штрафу для участников антиконкурентных «вертикальных» соглашений, не имеющих выручки на товарном рынке, а также штраф за координацию экономической деятельности;

— синхронизировать сроки давности привлечения к ответственности за заключение и участие в картельных соглашениях, установленные в КоАП РФ и статье 178 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ);

— разработать и внедрить действенный правовой механизм освобождения от административной и уголовной ответственности лиц, способствующих раскрытию картелей;

— установить административную ответственность должностных лиц, уполномоченных органов власти (местного самоуправления), за нарушение порядка осуществления полномочий в сфере строительства и земельных отношений.

2.1.11. Создание благоприятных условий для реализации программы освобождения от ответственности за содействие антимонопольным органам в расследовании:

— внести в законодательство Российской Федерации изменения, позволяющие обеспечить освобождение от уголовной ответственности лиц, способствующих расследованию, в том числе раскрытию преступления, предусмотренного статьей 178 УК РФ.

2.1.12. Повышение эффективности контроля за «вертикальными» соглашениями:

— в соответствии с опытом Европейского Союза дополнить часть 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции перечнем положений, запрещенных вне зависимости от рыночных долей хозяйствующих субъектов, заключающих «вертикальное» соглашение.

2.2. Реализация институциональных мер, направленных на развитие конкуренции

2.2.1. Устранение необоснованных барьеров ввоза товаров на территорию Российской Федерации:

— закрепить в законодательстве Российской Федерации международный принцип исчерпания прав на интеллектуальную собственность в целях усиления конкуренции и снижения розничных цен на товары.

2.2.2. Устранение необоснованных барьеров в сфере технического, налогового и таможенного регулирования:

— ввести требования защиты и развития конкуренции во все технические регламенты (их проекты), а также в иные акты, разрабатываемые и утверждаемые при осуществлении технического регулирования. Добиться обязательности получения заключения ФАС России на проект технического регламента; внести в законодательство о техническом регулировании требования к техническим регламентам, обеспечивающие поддержание и развитие конкуренции в соответствующих отраслях экономики;

— осуществить анализ действующего таможенного, налогового, иного законодательства, разработать предложения по его совершенствованию с целью создания равных условий конкуренции для участников рынка — юридических лиц и предпринимателей без образования юридического лица, действующих на одном и том же товарном рынке.

2.2.3. Обеспечение прозрачных и недискриминационных условий участия в торгах:

— установить в гражданском законодательстве обязанность заказчика разрабатывать и публиковать методику определения победителя в случае проведения торгов в целях создания условий, препятствующих недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении торгов;

— разработать единые правила проведения торгов на заключение договоров на установку и эксплуатацию рекламных конструкций.

2.2.4. Реализация мероприятий, направленных на развитие конкуренции на рынках с ограниченной конкурентной средой:

— совместно с отраслевыми ведомствами ежегодно разрабатывать план развития конкуренции на 5–7 рынках. Осуществлять реализацию данного плана посредством формирования и исполнения дорожных карт, а также решений Правительственной комиссии по вопросам конкуренции и развития малого и среднего предпринимательства;

— создать коммерческую инфраструктуру важнейших рынков, в том числе на основе формирования организованной торговли, электрон-

ных торговых площадок и бирж. Развить систему регистрации сделок с сырьевыми и сельскохозяйственными товарами на бирже, развить биржевую торговлю нефтью, нефтепродуктами, сельскохозяйственными товарами и другими сырьевыми товарами.

2.3. Создание правовых и организационных механизмов пресечения нарушений антимонопольного законодательства нерезидентами Российской Федерации

2.3.1. Развитие институтов международного сотрудничества в сфере антимонопольного регулирования:

- содействовать принятию Модельного закона о конкуренции Единого экономического пространства (разработать предложения и рекомендации);

- разработать проект Антимонопольного кодекса ЕврАзЭС;

- заключить новое базовое соглашение о сотрудничестве Российской Федерации с Европейским Союзом (ЕС) с учетом положений Меморандума о сотрудничестве между ФАС России и Генеральным директором по конкуренции Комиссии ЕС, предусматривающего механизм взаимодействия ФАС России и Еврокомиссии при рассмотрении конкретных случаев нарушения антимонопольного законодательства;

- содействовать вступлению Российской Федерации в ОЭСР, обеспечить активное участие в качестве ее полноценного члена в деятельности рабочих органов данной организации, в том числе комитета по конкуренции;

- обеспечить закрепление ключевых позиций ФАС России в руководящем и рабочих органах Международной конкурентной сети;

- обеспечить участие в руководстве деятельностью Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), обеспечивающей принятие согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил контроля за ограничительной деловой практикой;

- усилить работу по проведению совместных расследований с конкурентными ведомствами государств — участников СНГ, стран — членов ЕС, БРИКС и США, а также с участием МВД России, Следственного комитета России, налоговых органов, Росфиннадзора, Росфинмониторинга и Интерпола;

- обеспечить применение Закона о защите конкуренции в соответствии с принципом экстерриториальности посредством заключения с антимонопольными органами иных стран и реализации двусторонних соглашений о правовой помощи в административных делах, а также посредством наложения взысканий через суд на имущество нерезидента Российской Федерации, находящееся на территории России;

- создать систему эффективного взаимодействия ФАС России с Евразийской экономической комиссией (ЕЭК), в том числе в целях обеспечения учета позиции ФАС России при принятии ЕЭК решений по вопросам конкурентной политики и при осуществлении ею антимонопольного правоприменения;

- обеспечить условия конкуренции при введении (изменении) таможенно-тарифных и нетарифных мер в сфере регулирования внешнеторговой деятельности, в том числе в условиях членства Российской Федерации в ВТО;

- выработать механизм, обеспечивающий обязательное наличие заключения антимонопольного органа о последствиях для состояния конкуренции введения мер торговой защиты, в рамках формирования официальной позиции российской Стороны при принятии соответствующих решений ЕЭК;

- обеспечить развитие международного сотрудничества в области защиты и развития конкуренции (взаимодействие в форматах ЕС, СНГ, ОЭСР, АТЭС, БРИКС, МКС и ЮНКТАД).

2.4. Внедрение эффективных инструментов методического сопровождения деятельности антимонопольных органов с целью обеспечения высокого качества принимаемых решений и единства в правоприменении

2.4.1. Развитие институтов разъяснений и рекомендаций (guidelines) по применению антимонопольного законодательства в целях повышения обоснованности принимаемых решений и обеспечения единообразия в правоприменении:

- определить статус и порядок подготовки разъяснений (guidelines) ФАС России о практике применения антимонопольного законодательства;

- разработать и утвердить рекомендации (guidelines) по определению размера причиненного ущерба (убытков) или извлеченного дохода при установлении нарушения антимонопольного законодательства;

- разработать и утвердить рекомендации по оценке на допустимость соглашений о совместной деятельности;

- разработать и опубликовать постатейный комментарий к Закону о защите конкуренции;

- разработать и внедрить методику доказывания ограничения конкуренции органами власти;

- разработать и внедрить методику оценки ущерба публично-правовому образованию, а также хозяйствующему субъекту, который причиняется в результате нарушения антимонопольного законодательства органами власти;

— разработать рекомендации к содержанию торговых политик доминирующих хозяйствующих субъектов (в том числе с целью недопущения их использования для координации экономической деятельности и согласованных действий);

— разработать критерии допустимости практик ценообразования доминирующих на товарных рынках хозяйствующих субъектов в ключевых секторах промышленности в целях определения экономической обоснованности устанавливаемых цен;

— создать базу данных судебных решений, структурированную по основным статьям Закона о защите конкуренции, и других методических и аналитических материалов для повышения эффективности работы сотрудников службы;

— стимулировать широкое применение в практической деятельности антимонопольных органов методов экономического анализа и информационных источников, в том числе базы данных по конъюнктуре цен на товарных рынках и базы данных аналитических отчетов, в целях выявления сопоставимых рынков.

2.5. Повышение качества межведомственного взаимодействия и взаимодействия с судебными органами

2.5.1. Обеспечение эффективного взаимодействия между ФАС России, органами судебной и исполнительной власти в целях выработки единых подходов в правоприменении и методологической помощи:

— сформировать совместно с Верховным Судом Российской Федерации и МВД России единообразные подходы к проведению расследований правоохрнительными органами и рассмотрению судами общей юрисдикции уголовных дел, возбужденных по статье 178 УК РФ, и применению правовых механизмов освобождения от уголовной ответственности лиц, содействовавших выявлению данных преступлений. Принятие постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по данным вопросам;

— сформировать совместно с Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации единообразные подходы к применению дисквалификации к должностным лицам, совершившим нарушения антимонопольного законодательства, в том числе должностным лицам органов власти;

— подготовить предложения по актуализации постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26.08.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» и до-

полнению его отдельными положениями, требующими судебного толкования, в том числе по пресечению антиконкурентных соглашений, антиконкурентных действий органов власти и др.;

- обеспечить взаимодействие с Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации и научно-консультативными советами федеральных арбитражных судов округов для подготовки разъяснений, обобщающих ключевые правовые позиции арбитражных судов по лучшим практикам применения и толкования норм антимонопольного законодательства;

- расширить практику участия судей в проводимых ФАС России мероприятиях, в том числе в региональных семинарах-совещаниях в целях регулярного обсуждения возникающих в правоприменительной практике вопросов толкования норм антимонопольного законодательства и достижения единообразия в применении законов;

- организовать взаимодействие с арбитражными судами по вопросу формирования специализированных составов судей в арбитражных судах для рассмотрения дел, связанных с применением антимонопольного законодательства;

- обеспечить развитие взаимодействия с правоохранительными органами, налоговыми и иными государственными органами, как на федеральном, так и на региональном уровнях, в целях повышения эффективности проведения совместных мероприятий и расширения информационного обмена, в том числе в рамках реализации действующих соглашений о взаимодействии, а также заключения новых соглашений;

- законодательно определить порядок взаимодействия антимонопольных органов и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, при расследовании картелей;

- утвердить порядок сорегулирования с Банком России в целях защиты и развития конкуренции на рынках финансовых услуг;

- развивать сотрудничество антимонопольных органов с научными организациями как на федеральном, так и на региональном уровнях;

- создать совместные комиссии с Рособоронзаказом для рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства в сфере ОПК, а также законодательства о размещении заказов.

2.6. Повышение эффективности деятельности антимонопольных органов

2.6.1. Развитие системы менеджмента качества ФАС России:

- разработать и внедрить систему менеджмента качества во всех территориальных управлениях ФАС России;

- повысить качество системы рейтингования и отчетности с выделением показателей, отражающих качественную характеристику де-

тельности с учетом требований международных стандартов системы менеджмента качества;

- разработать и внедрить показатели результативности профессиональной служебной деятельности федеральных государственных гражданских служащих;

- обеспечить осуществление мониторинга удовлетворенности потребителя качеством деятельности структурных подразделений и территориальных органов ФАС России с широким использованием инструментов социологических опросов, а также включение результатов таких мониторингов в рейтинги результативности;

- передать на аутсорсинг большинство обеспечивающих функций в центральном аппарате ФАС России;

- завершить переход на электронный документооборот в центральном аппарате ФАС России и территориальных органах.

2.7. Развитие кадрового потенциала ФАС России

2.7.1. Разработка и реализация мероприятий, направленных на создание благоприятных стимулов сотрудников антимонопольных органов к результативной работе и повышению квалификации:

- разработать систему материального стимулирования государственных гражданских служащих, соответствующую условиям возрастающей нагрузки при исполнении ими контрольно-надзорных функций;

- обеспечить рост денежного содержания сотрудников антимонопольных органов до уровня денежного содержания государственных служащих федеральных министерств;

- внедрить новый формат стажировок государственных гражданских служащих в территориальных органах, занимающих лидирующие места в рейтинге, имеющих значимые дела о нарушении законодательства;

- стимулировать преподавательскую деятельность сотрудников антимонопольных органов, в том числе в магистратуре и аспирантуре;

- содействовать направлению государственных гражданских служащих в аспирантуру;

- в целях повышения эффективности противодействия коррупции осуществить законодательные, административные, организационные и иные меры, направленные на:

- устранение необоснованных запретов и ограничений в области экономической деятельности;

- обеспечение открытости, добросовестной конкуренции и объективности при размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для ФАС России;

оптимизацию деятельности по регламентации и конкретизации полномочий государственных служащих ФАС России;

развитие системы доступа граждан к информации о деятельности ФАС России и ее территориальных органов;

активизацию противодействия коррупции, формирование в ФАС России нетерпимости к коррупционному поведению, привлечение к данному процессу граждан и институтов гражданского общества.

2.7.2. Развитие инфраструктуры подбора кадров и повышения квалификации сотрудников антимонопольных органов:

— внедрить эффективную систему подбора кадров на государственные должности ФАС России исходя из принципа соответствия потенциального сотрудника требованиям к личностным и профессиональным качествам в рамках принятой Кадровой политики;

— развивать систему повышения квалификации сотрудников, в том числе через стажировки государственных служащих из территориальных органов ФАС России в центральном аппарате ФАС России, а также в иных федеральных органах власти;

— создать базу данных по правоприменению антимонопольного законодательства в других странах, в том числе через изучение лучших международных практик антимонопольного регулирования в ходе зарубежных стажировок;

— обеспечить эффективное включение в работу ФАС России новых сотрудников, в том числе через развитие института наставничества;

— разработать программу развития Учебно-методического центра (г. Казань), предусматривающую получение лицензии, внедрение курсов прикладных дисциплин, связанных с антимонопольным регулированием, адвокатирование конкуренции, просвещение в вопросах антимонопольной политики и размещения государственного заказа;

— придание Учебно-методическому центру ФАС России международного статуса в рамках СНГ, ОЭСР, БРИКС, ЮНКТАД;

— подготовить учебные фильмы и интерактивные разъяснения по ключевым вопросам правоприменения;

— добиться включения журнала ФАС России в перечень рецензируемых научных журналов и изданий для опубликования основных научных результатов диссертаций.

2.8. Развитие внешних и внутренних коммуникаций

2.8.1. Развитие внешнего информирования:

— создать имидж ФАС России как открытого и эффективного ведомства, действующего в интересах граждан и бизнеса за счет:

активизации работы ФАС России и ее территориальных органов со СМИ, в том числе путем создания видеоконтента по ключевым направлениям деятельности структурных подразделений;

увеличения присутствия ФАС России и ее территориальных органов в социальных медиасетях с целью повышения информированности граждан о состоянии конкуренции и мерах, предпринимаемых ФАС России и ее территориальными органами для развития и защиты конкуренции;

размещения социальной рекламы на наружных носителях, радио и ТВ с целью пропаганды ценностей конкуренции;

внедрения новых методов адвокатирования конкуренции для увеличения эффективности проводимых мероприятий по адвокатированию конкуренции;

проведения открытых заседаний комиссий ФАС России и ее территориальных органов по госзаказу и в отношении органов власти;

развития деятельности общественной приемной ФАС России с целью повышения удобства получения информации и консультаций по разъяснению законодательства для граждан и предпринимателей;

периодического издания книг, отчетов, буклетов и другой печатной продукции о работе ведомства;

модернизации и развития сайта ФАС России, в том числе за счет добавления видеоконтента, проведения открытых опросов и викторин и внедрения других интерактивных сервисов, размещения на сайте ФАС России раздела с исчерпывающим перечнем и копиями решений и иных нормативных и ненормативных актов ФАС России;

модернизации сайтов территориальных органов ФАС России с целью повышения доступности информации для граждан и повышения прозрачности деятельности ведомства;

модернизации английской версии сайта с целью информирования и обмена опытом с другими конкурентными ведомствами;

создания мобильной версии сайта ФАС России;

создания мобильных приложений в виде игр с целью популяризации деятельности ведомства и повышения уровня знаний о законах конкуренции у граждан;

создания виртуального музея на официальном сайте ФАС России;

активизации работы Экспертных и Общественно-консультативных Советов при ФАС России и ее территориальных органах с целью вовлечения участников рынка, практикующих юристов и экономистов к обсуждению актуальных проблем в сфере антимонопольного регулирования;

активизации работы с ведущими высшими учебными заведениями с целью формирования у выпускников ВУЗов оптимального набора знаний о законах конкуренции;

— добиться внесения профессионального праздника «День работника антимонопольных органов» в перечень государственных профессиональных праздников;

— организовать проведение политики социальной ответственности, направленной на создание равных возможностей детям-сиротам путем: реализации социальных программ и социальных инициатив, рассчитанных на молодежь;

подготовки и реализации программ обучения и развития граждан в области конкурентного права и антимонопольного регулирования в России;

— обеспечить публичность обсуждения доклада «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» в целях подготовки к рассмотрению этого вопроса на заседании Правительства Российской Федерации, а также публикацию доклада на сайте ФАС России в сети Интернет и в печатных изданиях;

— обеспечить издание журнала «Российское конкурентное право и экономика» на английском языке, а также издание дайджеста журнала на английском языке;

— разработать и реализовать комплекс мер по адвокатиrowанию антимонопольного комплаенса как одного из основных направлений снижения рисков нарушения антимонопольного законодательства;

— разработать и реализовать эффективные программы обучения для внешней среды (малый, средний, крупный бизнес) в части применения антимонопольного законодательства для защиты конкуренции.

2.8.2. Развитие внутренних коммуникаций:

— повысить эффективность внутриорганизационного обмена посредством развития системы внутренних коммуникаций и использования новых современных каналов информирования;

— расширить использование инструментов нематериальной мотивации персонала в целях адвокатиrowания конкуренции и развития HR-бренда ФАС России как ответственного и привлекательного работодателя;

— обеспечить проведение конкурсов профессионального мастерства, по результатам которых осуществлять формирование банка идей и инноваций, предложенных сотрудниками, с последующей реализацией лучших проектов победителей конкурса в целях совершенствования де-

тельности службы. В качестве дополнительного поощрения использовать резерв кадров, обучение и международные стажировки;

— стимулировать развитие спортивной и творческой активности, вести пропаганду здорового образа жизни и семейных ценностей как базовых элементов жизнедеятельности;

— повысить эффективность взаимодействия с территориальными органами ФАС России за счет:

определения в каждом структурном подразделении центрального аппарата сотрудника не ниже заместителя начальника управления, ответственного за организацию взаимодействия с территориальными органами ФАС России;

оснащения переговорных комнат и рабочих мест специальным оборудованием для внедрения системы видеоконференций с территориальными органами ФАС России.

3. Снижение административных барьеров, препятствующих развитию и свободному функционированию рынков

Развитие конкуренции на рынках требует устранения институциональных и инфраструктурных барьеров ведения бизнеса. В условиях вступления России в ВТО указанное направление приобретает особую актуальность и должно рассматриваться в качестве основного стратегического приоритета экономической государственной политики. Реализация данного направления требует последовательного осуществления мер по снижению присутствия государства в экономике, устранению избыточного государственного регулирования, ограничивающего свободное функционирование рынков.

Работа ФАС России в рамках рассматриваемого приоритета должна обеспечить достижение следующих целей.

1. Повышение эффективности деятельности государственных органов исполнительной власти, органов власти субъектов Российской Федерации (повышение уровня удовлетворенности потребителей качеством государственных услуг).

2. Устранение избыточных административных барьеров ведения бизнеса.

3. Снижение количества нарушений со стороны органов государственной власти.

4. Снижение доли государства в рыночных секторах экономики.

3.1. Внедрение институтов, обеспечивающих повышение эффективности функционирования органов власти

3.1.1. Внедрение системы менеджмента качества ИСО 9001 в федеральных органах исполнительной власти на основе опыта ФАС России:

— на основе опыта ФАС России разработать методические материалы, обеспечивающие эффективное внедрение системы менеджмента качества ИСО 9001 в федеральных органах исполнительной власти;

— подготовить предложения в Правительство Российской Федерации по принятию национальных требований к управлению качеством государственных и муниципальных услуг на основе международных стандартов серии ИСО 9000.

3.1.2. Внедрение механизмов стимулирования федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации:

— содействовать формированию системы показателей состояния и развития конкуренции в целях использования их при оценке результатов деятельности федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, а также в качестве целевых показателей программ развития конкуренции;

— внедрить в перечни показателей государственных бюджетных программ по каждому федеральному органу власти показатели, отражающие вклад органа власти в развитие конкуренции в соответствующей сфере регулирования.

3.1.3. Реализация мер, направленных на устранение избыточного государственного регулирования и снижение участия государства в экономике:

— разработать меры, направленные на развитие конкуренции и сокращение избыточного вмешательства государственных органов в деятельность субъектов малого и среднего предпринимательства в рамках деятельности Правительственной комиссии по вопросам конкуренции и развития малого и среднего предпринимательства;

— ликвидировать государственные и муниципальные унитарные предприятия во всех конкурентных секторах экономики, за исключением предприятий, действующих в сфере обороны и безопасности страны;

— ввести процедуры согласования с антимонопольным органом решений органов власти о создании унитарных предприятий, а также некоммерческих организаций, которые планируется наделить правом осуществления предпринимательской деятельности;

— разработать и внедрить законодательные меры по пресечению «увода» государственного имущества через унитарные предприятия в частные руки;

— содействовать развитию конкуренции посредством приватизации и акционирования государственных корпораций, а также приватизации государственного имущества;

— обеспечить защиту субъектов малого предпринимательства от административного давления со стороны органов власти и местного самоуправления, установить в этих целях постоянное взаимодействие с союзами (ассоциациями) субъектов малого предпринимательства;

— установить прямой запрет для органов исполнительной власти наделять хозяйствующих субъектов, являющихся участниками рынка, полномочиями по формированию и хранению отраслевых стандартов, а также осуществлению «разрешительных» функций в части допуска на товарный рынок хозяйствующих субъектов (их товаров);

— установить процедуру административного обжалования действий (бездействия) органов государственной власти и местного самоуправления, связанных с нарушением порядка осуществления полномочий в области строительства и земельных отношений;

— установить обязанность разработчика получать заключение на проекты актов федеральных органов власти, органов власти субъектов Российской Федерации, проекты федеральных законов на предмет влияния таких актов на состояние конкуренции на рынках в Российской Федерации;

— обеспечить перевод государственных услуг, предоставление которых является необходимым условием ведения бизнеса, в разряд бесплатных, обеспечить пресечение необоснованного навязывания дополнительных услуг;

— усовершенствовать механизмы взаимодействия федеральных органов исполнительной власти и бизнес-сообщества, экспертного сообщества и организаций гражданского общества в рамках системы «Открытое правительство» на основе Совета по конкуренции, общественно-консультативных и экспертных советов при ФАС России;

— создать механизм взаимодействия антимонопольных органов с институтом уполномоченного по защите прав предпринимателей на федеральном и региональном уровнях, в том числе в рамках деятельности Совета по конкуренции при ФАС России и общественно-консультативных советов при территориальных органах ФАС России.

3.1.4. Реализация мер, направленных на совершенствование механизма предоставления государственных преференций:

— обеспечить прозрачность механизма предоставления государственных или муниципальных преференций путем опубликования информации о преференциях на сайтах органов власти и в федеральной информационной системе «Электронный бюджет» в сети Интернет;

— упростить процедуру предоставления и повысить доступность государственной или муниципальной поддержки хозяйствующих субъек-

ектов за счет отмены предварительного согласования и уведомления антимонопольного органа о предоставлении преференции;

- разработать количественные и качественные показатели преференций и критерии для оценки влияния преференций на конкурентную среду;

- разработать и внедрить методологию оценки влияния государственных преференций на состояние конкурентной среды с учетом задач социально-экономического развития Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в сфере развития инновационной, инвестиционной деятельности, поддержки реализации инфраструктурных проектов;

- ввести ответственность органов власти за контроль использования государственных или муниципальных преференций и обязательность отчетности хозяйствующего субъекта за использование преференции;

- обеспечить методическую поддержку в сфере предоставления и контроля использования государственных или муниципальных преференций путем разработки guidelines, создания на сайте службы постоянной рубрики «антимонопольный контроль ГМП» с разделами «вопрос/ответ», «лучшие/худшие практики» в сфере предоставления преференции.

4. Обеспечение недискриминационного доступа потребителей к услугам естественных монополий, формирование эффективных механизмов тарифообразования

Уровень эффективности функционирования субъектов естественных монополий играет ключевую роль в создании благоприятных условий развития рынков. Реализация «активной» формы конкурентной политики в условиях ограничений, вызванных недостатками работы инфраструктурных монополий, будет характеризоваться низкой результативностью. Поэтому ключевыми направлениями работы службы в рамках рассматриваемого приоритета являются: 1) обеспечение недискриминационного доступа к инфраструктуре, товарам и услугам субъектов естественных монополий; 2) повышение доступности товаров, работ и услуг, предоставляемых субъектами естественных монополий; 3) внедрение рыночных принципов тарифообразования.

Работа ФАС России в рамках рассматриваемого приоритета должна обеспечить достижение следующих целей.

1. Формирование рыночных механизмов ценообразования на товары, работы, услуги субъектов естественных монополий.

2. Обеспечение равного доступа участников рынков к инфраструктуре, товарам и услугам субъектов естественных монополий.

3. Повышение качества и доступности товаров, работ, услуг субъектов естественных монополий.

4. Повышение вовлеченности предприятий малого и среднего бизнеса в кооперационные процессы деятельности субъектов естественных монополий.

4.1. Реформа базовых институтов регулирования деятельности субъектов естественных монополий

4.1.1. Стимулирование снижения цен на услуги субъектов естественных монополий, повышения качества таких услуг и их доступности:

— упразднить федеральный закон «О естественных монополиях» и ввести в Закон о защите конкуренции положения, предусматривающие особенности государственного регулирования деятельности субъектов естественных монополий;

— законодательно закрепить современные методы тарифного регулирования деятельности субъектов естественных монополий;

— в сфере теплоснабжения осуществлять ценообразование на основе тарифа, рассчитанного для эталонных (наиболее дешевых) источников тепловой энергии, тепловых сетей;

— создать правовые и экономические гарантии доступности услуг субъектов естественных монополий для потребителей;

— создать правовые и экономические гарантии качества услуг субъектов естественных монополий;

— ввести в отраслевое законодательство нормы, отражающие специфику регулирования отдельных рынков;

— отменить тарифное регулирование в секторах экономики, перешедших в конкурентное состояние.

4.1.2. Повышение эффективности реформирования субъектов естественных монополий:

— разработать и представить в Правительство Российской Федерации предложения по реформам сферы железнодорожного транспорта и электроэнергетики, а также по введению проконкурентного стимулирующего регулирования в отраслях электро- и почтовой связи;

— содействовать утверждению правил недискриминационного доступа в сферах функционирования субъектов естественных монополий:

услуг портов;

почтовой связи;

электросвязи;

транспортных терминалов;

— отменить регулируемые тарифы в секторах экономики, в которых возникает конкуренция между участниками рынка.

4.1.3. Повышение прозрачности закупок, осуществляемых субъектами естественных монополий, в целях снижения себестоимости и повышения эффективности использования ограниченных ресурсов:

— внести изменения в Федеральный закон № 233-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» и иные нормативные акты Российской Федерации в части:

конкретизации понятий и более детальной регламентации процедур закупки товаров, работ, услуг субъектами естественных монополий, государственными корпорациями и хозяйственными обществами, подконтрольными государству (по примеру законодательства о государственных закупках);

введения санкций за нарушения положений Федерального закона № 233-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»;

введения в положения Федерального закона № 233-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» перечня запрещенных практик;

определения в качестве адресатов норм Федерального закона № 233-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» исключительно субъектов, функционирование которых оказывает существенное воздействие на рынки.

4.1.4. Повышение доступности услуг и инфраструктуры субъектов естественных монополий:

— подготовить и обеспечить утверждение Правительством Российской Федерации правил недискриминационного доступа на товарные рынки и (или) к товарам, производимым или реализуемым субъектами естественных монополий, а также к объектам инфраструктуры, используемым субъектами естественных монополий непосредственно для оказания услуг в сфере деятельности естественных монополий, и осуществление контроля за их применением.

5. Создание условий для эффективной конкуренции при размещении государственного или муниципального заказа и реализации на торгах государственного имущества

Реализация норм законодательства Российской Федерации о размещении государственного заказа оказала положительное влияние на развитие конкуренции, обеспечила открытость и публичность процедур

размещения заказов и привлечение широкого круга лиц для участия в них, открыла возможность для беспрепятственного участия в торгах, в том числе субъектам малого и среднего предпринимательства, и, как следствие, имеет своим результатом эффективное расходование бюджетных средств.

Вместе с тем существует необходимость дальнейшего развития и совершенствования процедур размещения государственного заказа, устранения существующих барьеров с целью привлечения в данную сферу еще большего количества хозяйствующих субъектов, оптимизации временных и материальных затрат на участие в торгах, расширения возможностей применения электронных форм размещения заказа.

5.1. Развитие и совершенствование механизмов размещения государственного заказа:

- внедрить информационно-аналитическую систему, позволяющую в режиме реального времени осуществлять сбор и анализ данных по государственным закупкам и операциям по реализации государственного имущества;

- внести изменения в Постановление Правительства Российской Федерации от 10.09.2009 № 722 «Об утверждении Правил оценки заявок на участие в конкурсе на право заключить государственный или муниципальный контракт на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд» с целью снижения значимости субъективных критериев при оценке заявок;

- расширить перечень продукции, потребляемой для оборонных нужд, закупка которой осуществляется посредством открытых аукционов;

- внедрить механизмы, позволяющие выявлять плагиат при выполнении по государственным контрактам научно-исследовательских работ;

- законодательно закрепить на уровне федеральных законов обязанность размещать на сайте «Торги.ру» информацию о реализации государственного имущества и ресурсов всех видов, находящихся в государственной собственности;

- стимулировать вовлеченность предприятий малого и среднего бизнеса в выполнение государственного заказа;

- сохранить и усовершенствовать механизм отбора исполнителей работ в сфере строительства по результатам аукционов, проводимых в электронной форме;

- ввести электронную форму открытого конкурса.

Реализация рассмотренных направлений деятельности службы в рамках обозначенных приоритетов позволит существенно повысить качество антимонопольного регулирования в России, а также улучшить инвестиционный климат в Российской Федерации. Последовательное решение задач Стратегии развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации должно обеспечить достижение следующих результатов:

- создание условий для динамичного развития ключевых секторов экономики Российской Федерации;
- снижение административного давления на функционирование рынков со стороны органов государственной власти;
- повышение эффективности функционирования субъектов естественных монополий.

Государственный контроль за экономической концентрацией

§ 1. Природа государственного контроля за экономической концентрацией

Под *экономическая концентрацией* **Федеральный закон «О защите конкуренции»** (п. 21 ст. 4) (далее — Закон о защите конкуренции) понимает, как уже говорилось в гл. 3 настоящего учебника, *сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции*¹.

(Напомним, что согласно п. 7 ст. 4 Закона 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.)

Определение в Законе о защите конкуренции термина «экономическая концентрация» есть скорее правовая дефиниция, нежели точное описание явления, которое обозначает этим термином экономическая наука². В экономической науке под концентрацией понимается *характеристика товарного рынка, которая соответствует доле одного (крупнейшего) участника товарного рынка*³ (или суммарной доле нескольких крупнейших участников, конкурирующих друг с другом⁴). Рост экономической концентрации свидетельствует о возможности появления на товарном рынке хозяйствующего субъекта, который будет занимать доминирующее положение.

Экономическая концентрация может увеличиваться в следующих случаях:

¹ Уточним, что под *иными действиями* в настоящей главе понимается слияние, присоединение и создание юридических лиц.

² Анализ термина «экономическая концентрация» в контексте права конкуренции США и Евросоюза приводится в § 5 гл. 3 настоящего учебника.

³ Подробнее о том, как определяются доли хозяйствующих субъектов на товарном рынке, см. в гл. 4 настоящего учебника.

⁴ Далее мы будем говорить только о доле одного крупнейшего участника рынка, понимая, что концентрация рынка может характеризоваться и суммой долей нескольких крупнейших участников.

- присоединения к участнику рынка иного (иных) участников рынка — его непосредственного конкурента (конкурентов);
- слияния двух или нескольких участников рынка — конкурентов;
- приобретения участником рынка у иного участника производственного имущественного комплекса (функционирующего предприятия) по выпуску товара, обращающегося на соответствующем рынке;
- получения участником рынка контроля над одним или несколькими своими конкурентами, что ведет к экономическому объединению их деятельности при сохранении каждого в качестве отдельного юридического лица;
- «естественного» увеличения доли крупнейшего участника рынка за счет развития собственного производства товара, расширения сбытовой сети, удачного маркетинга, рекламы и иных подобных мероприятий.

Контроль за экономической концентрацией вносит элементы государственного регулирования в увеличение размера доли (долей) крупнейших участников рынка и направлен на предотвращение возникновения на товарном рынке хозяйствующего субъекта, который бы мог в одностороннем порядке определять условия обращения товара на рынке. Контроль не распространяется только на указанный выше случай «естественного» увеличения доли крупнейшего участника рынка. Поэтому в общем случае **объектами экономического контроля** должны являться:

- сделки, которые ведут к установлению контроля одного участника рынка над другим;
- сделки, в результате которых между участниками рынка перераспределяются производственные имущественные комплексы (функционирующие предприятия) по выпуску товара;
- слияния участников рынка и присоединение данного участника рынка к другому.

Указанные выше сделки, иные действия, которые совершаются конкурентами на одном товарном рынке, принято называть собирательным экономическим термином **«горизонтальные слияния»**⁵. Уточним, что экономическое содержание термина «слияние» предполагает:

- установление высокой степени организационного и экономического единства хозяйствующих субъектов;
- нерыночные условия экономического обмена между ними в случае, если слияние не ведет к ликвидации юридических лиц — хозяй-

⁵ Помимо негативного последствия в виде возникновения доминирующего хозяйствующего субъекта, горизонтальное слияние иногда можно рассматривать в качестве легального аналога картельного соглашения.

ствующих субъектов (а осуществляется, например, в форме приобретения одним хозяйствующим субъектом значимого пакета акций другого хозяйствующего субъекта);

- действия хозяйствующих субъектов в едином экономическом интересе на любом товарном рынке после осуществленного слияния.

Однако легальное определение экономической концентрации не сводится только к горизонтальным слияниям. На состояние конкуренции могут влиять сделки, иные действия, которые совершаются хозяйствующими субъектами, состоящими в отношениях «покупатель — продавец». К таким сделкам, иным действиям относятся:

- сделки, которые ведут к установлению контроля покупателя товара (продавца товара) над продавцом товара (покупателем товара);

- сделки, в результате которых между покупателем и продавцом товара перераспределяются производственные имущественные комплексы (функционирующие предприятия) по выпуску товара, производимого покупателем либо продавцом;

- слияние покупателя и продавца товара и присоединение покупателя (продавца) товара к продавцу (покупателю) товара.

Перечисленные выше сделки, иные действия, которые совершаются покупателем и продавцом товара, принято называть собирательным экономическим термином *«вертикальные слияния»*. Примером вертикального слияния может быть, например, приобретение компанией, производящей автомобили, 100% акций хозяйственного общества — поставщика двигателей для автомобилей, или приобретение сетевой организацией розничной торговли 100% акций хозяйственного общества — производителя молочных продуктов, предназначенных для розничной продажи, или, например, приобретение киностудией сети кинотеатров.

Опасные для конкуренции последствия вертикального слияния:

- 1) оно может устранить существовавшую ранее потенциальную конкуренцию между покупателем и продавцом, т.е. реалистичную угрозу появления на рынке нового конкурента. Например, до слияния компания — владелец сети кинотеатров может основать собственную киностудию и начать производить кинофильмы, а компания — владелец киностудии может выйти на рынок услуг кинотеатров за счет самостоятельного создания их сети и проч.;

- 2) оно может привести к тому, что конкуренты компаний, осуществивших вертикальное слияние, окажутся устранены с рынка определенного товара. Такая ситуация может возникнуть, например, если компания — оптовый торговец нефтепродуктами приобретает компа-

нию, владеющую сетью бензоколонок: владельцы иных бензоколонок могут лишиться поставок нефтепродуктов от компании-приобретателя, поскольку теперь они становятся прямыми конкурентами компании-приобретателя на рынке розничной реализации нефтепродуктов.

Негативные последствия для конкуренции в результате вертикального слияния возникают, как правило, если одна из компаний обладает существенной рыночной властью (занимает доминирующее положение) на каком-либо товарном рынке.

Наконец, принято выделять так называемые **конгломератные слияния**, т.е. сделки, иные действия, которые приводят к объединению экономической деятельности двух прежде независимых друг от друга компаний, не являвшихся конкурентами и не состоявших в отношениях покупателя и продавца товара. Конгломератное слияние устраняет возможность (или факт) потенциальной конкуренции на товарном рынке.

Таким образом, данное в Законе о защите конкуренции определение экономической концентрации выходит за рамки понимания этого явления в экономической науке и включает в себя также случаи вертикальных и конгломератных слияний, которые не изменяют степень экономической концентрации товарных рынков, но могут негативно повлиять на конкуренцию⁶.

Приведенные выше случаи экономической концентрации (т.е. перечисленные сделки, иные действия) должны рассматриваться в контексте групп лиц, в которых состоят хозяйствующие субъекты — участники товарного рынка. Например, в случае горизонтального слияния сторонами сделки или участниками иного действия могут быть не непосредственно конкурирующие на товарном рынке хозяйствующие субъекты, а управляющие компании, выполняющие функции единоличных исполнительных органов хозяйствующих субъектов-конкурентов. Слияние таких управляющих компаний по своему экономическому значению является горизонтальным слиянием, хотя участники рынка — конкуренты сохранили юридическую обособленность друг от друга. Если управляющие компании конкурирующих хозяйствующих субъектов являются акционерными обществами, то приобретение одним лицом контрольных пакетов акций в каждой из управляющих компаний по своему экономическому значению также тождественно горизонтальному слиянию. С учетом многообразия форм отношений

⁶ Чтобы избежать терминологической двусмысленности, было бы целесообразно в Законе о защите конкуренции вместо термина «экономическая концентрация» ввести иной термин, например «крупные слияния» или «крупные сделки, иные действия», сохранив его нынешнее значение.

внутри группы лиц круг сделок, иных действий, которые приводят к горизонтальным, вертикальным или конгломератным слияниям, неограниченно широк и не может быть описан в виде закрытого перечня.

Широкое понимание экономической концентрации позволяет конкретизировать понятие государственного контроля за этим экономическим процессом. ***Цель государственного контроля за экономической концентрацией — предотвращение антиконкурентных последствий горизонтальных, вертикальных или конгломератных слияний. Для его осуществления необходимо:***

- установить наиболее общие разновидности контроля за экономической концентрацией (контроль *ex ante* и контроль *ex post*);

- установить объекты контроля:

- а) предварительно определить сделки, иные действия, которые с высокой вероятностью соответствуют горизонтальному, вертикальному или конгломератному слиянию;

- б) указать экономические критерии, позволяющие выделить из круга сделок, иных действий, указанных выше, те, которые с высокой вероятностью оказывают негативное воздействие на состояние конкуренции в масштабах рынка в целом;

- установить процедуру контроля:

- а) определить лиц (заявителей), которым вменяется в обязанность запрашивать решение антимонопольного органа по сделке, иному действию, а также иные обязанности заявителей, налагаемые на них в связи с осуществлением государственного контроля за экономической концентрацией;

- б) определить сроки, основания и виды решений антимонопольного органа по запросу заявителя;

- определить последствия нарушения установленной процедуры контроля:

- а) ответственность за неисполнение обязанности запрашивать решение антимонопольного органа (или информировать антимонопольный орган о совершенных сделках, иных действиях);

- б) судьбу сделок, иных действий, совершенных с нарушением правил контроля за экономической концентрацией.

§ 2. Предварительный и последующий контроль за экономической концентрацией

Государственный контроль за экономической концентрацией осуществляется в форме предварительного и последующего контроля:

1) **предварительный контроль** (ex ante) предполагает получение заявителем согласия антимонопольного органа на сделку, иное действие, еще не совершенные заявителем, но в совершении которых заявитель заинтересован;

2) **последующий контроль** (ex post) антимонопольный орган проводит после совершения заявителем сделки, иного действия, подлежащего контролю.

Предварительный и последующий контроль имеют общую цель — предотвращение антиконкурентных последствий горизонтальных, вертикальных или конгломератных слияний, но **различаются по объектам и процедуре контроля, а также по юридическим последствиям** нарушения правил контроля за экономической концентрацией (ответственностью нарушителей таких правил и судьбой сделок, совершенных с их нарушением). Различия указанных разновидностей контроля будут учитываться в дальнейшем изложении.

§ 3. Объекты контроля за экономической концентрацией

Объекты контроля за экономической концентрацией — перечисленные в ст. 27–30 Закона о защите конкуренции⁷ сделки и иные действия с акциями (долями) или имуществом (например, с активами, основными средствами) российских коммерческих и некоммерческих организаций, а также иностранных лиц или организаций, которые осуществляют поставки товаров на территорию Российской Федерации в сумме более чем 1 млрд руб. в течение года, предшествующего дате осуществления сделки, иного действия, подлежащих государственному контролю. Объектом контроля являются и иные сделки, если в результате таких сделок лицо приобретает права, позволяющие ему определять условия осуществления предпринимательской деятельности российским

⁷ См. также: Административный регламент Федеральной антимонопольной службы 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 (утвержден приказом ФАС России от 20.09.2007 № 297); Административный регламент Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций в случаях, установленных антимонопольным законодательством Российской Федерации (утвержден приказом ФАС России от 20.09.2007 № 293 (с изменениями и дополнениями)).

хозяйствующим субъектом (российской или иностранной финансовой организацией) или осуществлять функции их исполнительного органа.

В качестве экономических критериев, позволяющих выделить сделки, иные действия, с высокой вероятностью оказывающие негативное влияние на состояние конкуренции в масштабах рынка, российское антимонопольное законодательство использует:

1) суммарный размер активов следующих хозяйствующих субъектов: хозяйствующего субъекта, акции (доли) в уставном капитале которого приобретаются, либо который прекращает свою деятельность в результате слияния (присоединения), а также хозяйствующего субъекта, который приобретает акции (доли) либо к которому присоединяется (с которым сливается) иной хозяйствующий субъект;

2) суммарный размер выручки от реализации указанных выше хозяйствующих субъектов;

3) факт включения любого из указанных выше хозяйствующих субъектов в Реестр хозяйствующих субъектов, предусмотренный ст. 23 Закона о защите конкуренции⁸.

1. Слияние коммерческих организаций, не являющихся финансовыми организациями

Слияние коммерческих организаций подлежит предварительному контролю, если выполняется хотя бы одно из условий:

1) суммарная стоимость активов коммерческих организаций превышает 7 млрд руб. либо их суммарная выручка от реализации превышает 10 млрд руб.;

2) хотя бы одна из таких организаций включена в Реестр хозяйствующих субъектов, предусмотренный ст. 23 Закона о защите конкуренции.

Стоимость активов каждой коммерческой организации в понимании Закона о защите конкуренции измеряется посредством арифметического сложения размера активов коммерческой организации, деятельность которой прекратится в результате слияния, а также активов всех лиц, с которыми такая организация входит в одну группу лиц⁹.

Сходным образом определяется величина выручки коммерческой организации от реализации товаров: выручку от реализации, полученную коммерческой организацией, деятельность которой прекратится в резуль-

⁸ Подробнее о таком Реестре см. в § 3 гл. 9 настоящего учебника.

⁹ Для определения величины активов используется бухгалтерский баланс организации на последнюю отчетную дату, предшествующую дате ходатайства (для предварительного контроля) либо дате слияния (для последующего контроля).

тате слияния, надо суммировать с выручкой от реализации каждого лица, с которым такая коммерческая организация входит в одну группу лиц¹⁰.

Слияние подлежит последующему контролю, если суммарная стоимость активов коммерческих организаций (деятельность которых прекратилась в результате слияния) либо их суммарная выручка от реализации превышает 400 млн руб. В расчет не принимаются активы и выручка от реализации лиц, с которыми такие коммерческие организации входят в одну группу лиц.

2. Присоединение одной или нескольких коммерческих организаций к иной коммерческой организации (за исключением финансовых организаций)

Присоединение одной или нескольких коммерческих организаций к иной коммерческой организации (далее — присоединение коммерческих организаций) подлежит предварительному контролю, если выполняется хотя бы одно из условий:

1) суммарная стоимость активов коммерческих организаций превышает 7 млрд руб. либо их суммарная выручка от реализации превышает 10 млрд руб.;

2) хотя бы одна из таких организаций включена в Реестр хозяйствующих субъектов, предусмотренный ст. 23 Закона о защите конкуренции.

Расчет величин активов и выручки от реализации коммерческих организаций осуществляется по тем же правилам, что и в случае слияния коммерческих организаций.

Присоединение коммерческих организаций подлежит последующему контролю, если суммарная стоимость активов коммерческих организаций либо их суммарная выручка от реализации превышает 400 млн руб. В расчет не принимаются активы и выручка от реализации лиц, с которыми такие коммерческие организации входят в одну группу лиц.

3. Приобретение акций акционерных обществ (за исключением финансовых организаций)

Под приобретением акций (долей) хозяйственного общества Закон о защите конкуренции понимает покупку, а также *получение иной возможности осуществления предоставленного акциями (долями) хозяйственного*

¹⁰ Выручка от реализации рассчитывается за календарный год, предшествующий году слияния, и для предшествующего, и для последующего контроля.

общества права голоса на основании договоров доверительного управления имуществом, договоров о совместной деятельности, договоров поручения, других сделок и по иным основаниям¹¹.

Таким образом, любая сделка, в результате которой лицо получает право голоса, предоставляемое акциями (долями) хозяйственного общества, является приобретением акций (долей) хозяйственного общества.

Приобретение акций (долей) подпадает под предварительный контроль в том случае, если выполняется хотя бы одно из условий:

1) суммарная стоимость активов приобретателя акций и хозяйственного общества, акции которого приобретаются, превышает 7 млрд руб. и при этом стоимость активов хозяйственного общества, акции которого приобретаются, составляет не менее 250 млн руб.;

2) суммарная выручка от реализации приобретателя акций и хозяйственного общества, акции которого приобретаются, превышает 10 млрд руб. и при этом стоимость активов хозяйственного общества, акции которого приобретаются, составляет не менее 250 млн руб.;

3) хотя бы одна из таких организаций включена в Реестр хозяйствующих субъектов, предусмотренный ст. 23 Закона о защите конкуренции.

Стоимость активов приобретателя акций, а также общества, чьи акции приобретаются, в соответствии с Законом о защите конкуренции рассчитывается посредством арифметического сложения стоимости активов приобретателя и стоимости активов общества, чьи акции приобретаются, а также стоимости активов всех лиц, с которыми такие организации входят в одну группу лиц¹².

Сходным образом определяется величина совокупной выручки от реализации приобретателя акций и общества, акции которого приобретаются: суммируется выручка от реализации приобретателя и общества, акции которого приобретаются, а также всех лиц, с которыми такие организации входят в одну группу лиц.

Приобретение акций подлежит последующему контролю, если выполняется хотя бы одно из условий:

1) суммарная стоимость активов приобретателя и общества, акции которого приобретаются, превышает 400 млн руб. и при этом стоимость активов общества, акции которого приобретаются, составляет не менее 60 млн руб.;

¹¹ Пункт 16 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

¹² Целесообразность включения в расчет стоимости активов общества, чьи акции приобретаются, также активов лиц, с которыми такое общество входит в одну группу лиц, подвергают сомнению многие специалисты. Для случаев приобретения пакета акций, равного контрольному или превосходящего контрольный, оправдание такому способу расчета величины активов найти трудно. Сходные рассуждения справедливы в отношении расчета суммарной выручки от реализации в целях контроля приобретений акций.

2) суммарная выручка от реализации приобретателя и общества, акции которого приобретаются, превышает 400 млн руб. и при этом выручка от реализации общества, акции которого приобретаются, составляет не менее 60 млн руб.

В целях предварительного контроля приобретений акций суммарная величина активов и выручки от реализации рассчитывается с учетом активов и выручки от реализации лиц, входящих в одну группу как с приобретателем, так и с обществом, акции которого приобретаются.

При выполнении данных условий под предварительный и последующий контроль подпадают приобретения строго определенного количества акций:

1) приобретение лицом (группой лиц) голосующих акций акционерного общества, если такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем 25% указанных акций при условии, что до этого приобретения такое лицо (группа лиц) не распоряжалось голосующими акциями данного акционерного общества или распоряжалось не более чем 25% голосующих акций данного акционерного общества. Указанное требование не распространяется на учредителей акционерного общества при его создании;

2) приобретение голосующих акций акционерного общества лицом (группой лиц), распоряжающимся не менее чем 25% и не более чем 50% голосующих акций акционерного общества, если это лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем 50% таких акций;

3) приобретение голосующих акций акционерного общества лицом (группой лиц), распоряжающимся не менее чем 50% и не более чем 75% голосующих акций акционерного общества, если это лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем 75% таких акций.

Обратим внимание на вопрос приобретения акций *группой лиц*¹³. Чтобы дать устоявшееся толкование подконтрольного случая приобретения акций группой лиц, развернем формулировку закона более подробно и приведем пример.

Итак: приобретение акций группой лиц, подпадающее под контроль, подразумевает приобретение голосующих акций акционерного общества *любым лицом из группы лиц*, при условии, что *все лица, входящие в группу, распоряжались до приобретения суммарно* не менее чем 25%

¹³ См. Регламент Федеральной антимонопольной службы по осуществлению государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц (утвержден приказом ФАС России от 28.12.2007 № 457), определяющий порядок действий антимонопольной службы в отношении сделок и иных действий, предпринимаемых группой лиц.

и не более чем 50% голосующих акций акционерного общества, если *в результате приобретения акций все лица, входящие в одну группу, получают* право распоряжаться *суммарно* более чем 50% таких акций.

Таким образом, в случае приобретения акций группой лиц она отождествляется с отдельным приобретателем: все условия, которые в законе относятся к отдельному лицу (приобретателю), применяются к совокупности лиц, входящих в одну группу. Если условию соответствует хотя бы одно лицо из группы, считается, что вся группа соответствует такому условию, а если условию соответствуют суммарные характеристики нескольких лиц из группы, считается, что вся группа также соответствует условию. Например, условие о том, что до совершения сделки приобретатель не распоряжался более чем 50% голосующих акций, означает в применении к группе лиц, что суммарное количество голосующих акций, имеющихся в распоряжении всех лиц группы, не превышает 50%.

4. Приобретение долей хозяйственных обществ (за исключением финансовых организаций)

Подконтрольные случаи приобретения долей хозяйственных обществ определяются согласно экономическим критериям и правилам, полностью соответствующим экономическим критериям и правилам, применяемым для определения круга подконтрольных приобретений акций.

Под предварительный и последующий контроль подпадают приобретения строго определенного количества долей:

1) приобретение лицом (группой лиц) долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, если такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем одной третью долей в уставном капитале данного общества при условии, что до этого приобретения такое лицо (группа лиц) не распоряжалось долями в уставном капитале данного общества или распоряжалось менее чем одной третью долей в уставном капитале данного общества;

2) приобретение долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью лицом (группой лиц), распоряжающимся не менее чем одной третью и не более чем 50% долей в уставном капитале этого общества, если такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем 50% указанных долей;

3) приобретение долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью лицом (группой лиц), распоряжающимся не менее чем 50% и не более чем двумя третями долей в уставном капитале этого общества, если такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем двумя третями указанных долей.

Пороговые значения экономических критериев, исходя из которых применяется предварительный либо последующий контроль, соответствуют пороговым значениям, применяемым для контроля за приобретением акций.

5. Сделки с производственными активами хозяйствующих субъектов

Подконтрольные случаи приобретения производственных активов хозяйствующих субъектов определяются согласно экономическим критериям и правилам, соответствующим экономическим критериям и правилам, применяемым для определения круга подконтрольных приобретений акций. Закон уточняет, что под контроль подпадают только те приобретения производственных активов, которые осуществляются хозяйствующим субъектом (а не любым лицом); при этом лицом, отчуждающим производственные активы, также должен быть хозяйствующий субъект.

Под **производственными активами** понимаются:

1) основные производственные средства (за исключением земельных участков и не имеющих промышленного назначения зданий, строений, сооружений, помещений и частей помещений, а также объектов незавершенного строительства);

2) нематериальные активы.

Контролю подлежит получение хозяйствующим субъектом в собственность, пользование или во владение производственных активов иного хозяйствующего субъекта, если балансовая стоимость передаваемых производственных активов превышает 20% балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующего субъекта, который отчуждает или передает производственные активы.

Пороговые значения экономических критериев, согласно которым применяется предварительный либо последующий контроль за приобретением производственных активов, соответствуют пороговым значениям, применяемым для контроля за приобретением акций.

6. Приобретение прав, позволяющих определять условия осуществления хозяйствующим субъектом (за исключением финансовой организации) предпринимательской деятельности

Широкий круг сделок подпадает под предварительный и последующий контроль за экономической концентрацией в соответствии с п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции. В общем случае подконтрольной

сделкой является: «приобретение лицом (группой лиц) в результате одной или нескольких сделок (в том числе на основании договора доверительного управления имуществом, договора о совместной деятельности или договора поручения) прав, позволяющих определять условия осуществления хозяйствующим субъектом (за исключением финансовой организации) предпринимательской деятельности или осуществлять функции его исполнительного органа».

Говоря о приобретении «прав, позволяющих определять условия осуществления хозяйствующим субъектом... предпринимательской деятельности» как о подконтрольной сделке, следует отметить: закон не уточняет, о каких видах прав может идти речь и какой объем приобретенных прав считается формальным признаком подконтрольности сделки. Если руководствоваться приведенным в § 1 настоящей главы экономическим пониманием термина «слияние», то приобретение «прав, позволяющих определять условия осуществления хозяйствующим субъектом... предпринимательской деятельности» может являться подконтрольной сделкой в случае, например, установления между хозяйственными обществами в результате такого приобретения отношений «дочернее — основное хозяйственные общества» в понимании ст. 105 ГК РФ. Напомним, хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное общество или товарищество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом. Кроме того, если возможность определять решения может быть реализована в форме права давать дочернему обществу, в том числе по договору с ним, обязательные для него указания, закон устанавливает солидарную ответственность основного общества по сделкам, заключаемым дочерним обществом во исполнение таких указаний.

В административной практике антимонопольных органов и судебных решениях по спорам, связанным с государственным контролем за экономической концентрацией, мы не можем указать случаи приобретения «прав, позволяющих определять условия осуществления хозяйствующим субъектом... предпринимательской деятельности», которые бы подпадали под государственный контроль и не вели к установлению между хозяйственными обществами в результате такого приобретения отношений «дочернее — основное хозяйственные общества».

В соответствии с формулировкой п. 8 ч. 1 ст. 28 под контроль подпадают любые сделки, в результате которых физическое или юридическое лицо получает права, позволяющие осуществлять функции исполнительного органа хозяйствующего субъекта.

Подконтрольные случаи приобретения прав в отношении хозяйствующих субъектов определяются исходя из экономических критериев и правил, соответствующих критериям и правилам, применяемым для определения круга подконтрольных приобретений акций. Пороговые значения экономических критериев, исходя из которых применяется предварительный либо последующий контроль за приобретением прав в отношении хозяйствующих субъектов, соответствуют пороговым значениям, применяемым для контроля за приобретением акций.

7. Создание коммерческой организации (за исключением случаев оплаты акций (долей) такой организации акциями (долями) финансовой организации)

Создание коммерческой организации подлежит контролю, если:

а) приобретение создаваемой коммерческой организацией акций (долей) хозяйственных обществ происходит в результате оплаты учредителями ее уставного капитала акциями (долями) хозяйственных обществ;

б) указанное в п. «а» приобретение акций (долей) подпадает под предварительный или последующий контроль в соответствии с общими правилами, установленными для случаев приобретения акций (долей) хозяйственных обществ.

Приобретение вновь создаваемой коммерческой организацией производственных активов в результате оплаты такими активами ее уставного капитала также подпадает под контроль по общим правилам, установленным для случаев приобретения производственных активов.

Расчет экономических критериев осуществляется в отношении суммарной стоимости активов учредителей и лиц, акции (доли) или имущество которых вносится в уставный капитал, либо суммарной выручки этих лиц от реализации. Предварительный контроль за созданием коммерческой организации осуществляется, если суммарная стоимость активов превышает 7 млрд руб. либо если суммарная выручка от реализации превышает 10 млрд руб. Основанием для предварительного контроля является также тот факт, что лицо, акции (доли) или имущество которого вносится в уставный капитал, внесено в Реестр.

Последующий контроль за созданием коммерческой организации осуществляется, если в совокупности выполняются следующие условия:

1) суммарная стоимость активов созданной коммерческой организации и лица, акции (доли) или имущество которого внесены в оплату ее уставного капитала, превышает 400 млн руб.;

2) суммарная выручка от реализации созданной коммерческой организации и лица, акции (доли) или имущество которого внесены в оплату ее уставного капитала, превышает 400 млн руб.;

3) стоимость активов лица, акции (доли) или имущество которого внесены в оплату ее уставного капитала, превышает 60 млн руб.

Для целей последующего контроля суммарные величины активов и выручка от реализации рассчитываются с учетом активов и выручки от реализации всех лиц, входящих в одну группу лиц с вновь созданной коммерческой организацией и лицом, акции (доли) или имущество которого вносятся в уставный капитал вновь созданной коммерческой организации.

Создание коммерческой организации в результате выделения или разделения также подпадает под контроль. Следует учитывать, что в случае создания коммерческой организации в результате выделения или разделения вновь созданная коммерческая организация приобретает акции (доли) или имущество не в виде вклада в уставный капитал, но на основании передаточного акта или разделительного баланса.

8. Сделки с активами, акциями (долями) финансовых организаций и правами в отношении финансовых организаций, а также слияние финансовых организаций, присоединение финансовой организации к другой финансовой организации, создание коммерческой организации в случае оплаты ее уставного капитала акциями (долями) или имуществом финансовой организации

Для определения круга сделок с акциями (долями), активами финансовых организаций, а также для определения круга слияний и иных действий финансовых организаций, подлежащих контролю за экономической концентрацией, антимонопольное законодательство вводит особые экономические критерии:

1) суммарная стоимость активов финансовых организаций по бухгалтерским балансам на последнюю отчетную дату для случая слияния финансовых организаций, а также для случая присоединения финансовой организации к иной финансовой организации;

2) стоимость активов финансовой организации, акции (доли) или активы которой приобретаются.

Указанные экономические критерии устанавливает Правительство Российской Федерации. В настоящее время они также дифференцированы по видам финансовых организаций (см. постановление Правительства РФ от 30.05.2007 № 334 (в редакции от 01.06.2012) «Об установлении

величин активов финансовых организаций (за исключением кредитных организаций) в целях осуществления антимонопольного контроля»).

Например, предварительный контроль за слиянием фондовых бирж или присоединением фондовой биржи к иной фондовой бирже осуществляется, если суммарная стоимость активов таких бирж превышает 1 млрд руб. Если суммарная стоимость активов таких бирж — менее 1 млрд руб., слияние либо присоединение подлежит последующему контролю.

Если сделкой является приобретение акций фондовой биржи, то такая сделка подпадает:

1) под предварительный контроль, если стоимость активов фондовой биржи превышает 1 млрд руб.;

2) под последующий контроль, если стоимость активов фондовой биржи превышает 500 млн руб.

Если сделкой является приобретение активов фондовой биржи, то такая сделка подпадает:

1) под предварительный контроль, если стоимость активов фондовой биржи превышает 1 млрд руб. и приобретается более 10% активов такой организации;

2) под последующий контроль, если стоимость активов фондовой биржи превышает 500 млн руб. и приобретается более 10% активов такой организации.

За исключением особых экономических критериев, а также замены контроля приобретения производственных активов на контроль приобретения активов, иные правила определения круга подконтрольных сделок с акциями (долями) финансовых организаций совпадают с правилами, установленными в антимонопольном законодательстве для определения круга подконтрольных сделок с акциями (долями) иных хозяйственных обществ.

§ 4. Процедура контроля за экономической концентрацией: заявитель; представляемые в антимонопольный орган документы и сведения; виды решений антимонопольного органа и сроки их принятия

Административный регламент Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций в случаях, установленных

антимонопольным законодательством Российской Федерации (утвержден приказом ФАС России от 20.09.2007 № 293 (с изменениями и дополнениями)), определяет требования к процедуре контроля за экономической концентрацией.

1. Заявитель

В целях осуществления предварительного контроля за экономической концентрацией законом определен заявитель, т.е. лицо, которое обязано:

1) обратиться в антимонопольный орган с ходатайством о даче антимонопольным органом согласия на планируемую сделку, иное действие и представить в антимонопольный орган информацию о планируемой сделке и ее участниках, а также иную информацию, которая находится в распоряжении таких лиц и необходима антимонопольному органу для принятия решения по ходатайству;

2) до совершения планируемой сделки, иного действия получить решение антимонопольного органа по ходатайству и действовать в соответствии с таким решением.

Заявителем является:

1) лицо, которое прекратит свою деятельность в результате слияния (ходатайство подписывается всеми остальными лицами, которые прекратят свою деятельность в результате слияния, а также содержит информацию обо всех таких лицах);

2) лицо, которое прекратит свою деятельность в результате присоединения, либо лицо, к которому иные лица будут присоединены (ходатайство подписывается всеми остальными лицами, которые прекратят свою деятельность в результате присоединения, или лицом, к которому иные лица будут присоединены, а также содержит информацию обо всех таких лицах);

3) лицо, которое приняло решение о создании коммерческой организации (ходатайство подписывается всеми остальными лицами, которые приняли решение о создании коммерческой организации, а также содержит информацию обо всех таких лицах);

4) лицо, которое в результате сделки, иного действия станет приобретателем акций (долей), имущества или активов коммерческой организации.

Заявителями в целях осуществления последующего контроля являются лица, указанные в законе:

1) вновь созданные организации;

2) коммерческие организации, к которым присоединились иные коммерческие организации;

3) приобретатели акций (долей), имущества, активов.

Обязанность таких лиц — уведомить антимонопольный орган о сделках, иных действиях не позднее 45 дней после их совершения.

Обратим внимание на то, что интересы заявителей может реализовывать их законный представитель, действующий в соответствии с правилами гл. 10 ГК РФ.

2. Представляемые в антимонопольный орган документы и сведения

Одновременно с ходатайством или уведомлением об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю, в антимонопольный орган представляются:

1) нотариально заверенные копии учредительных документов заявителя — юридического лица или фамилия, имя, отчество заявителя — физического лица и данные документа, удостоверяющего его личность (серия и (или) номер документа, дата и место его выдачи, орган, выдавший документ), по состоянию на дату представления указанных ходатайства или уведомления;

2) нотариально заверенные копии учредительных документов лица, являющегося объектом экономической концентрации (т.е. лица, акции, доли, основные производственные средства, активы которого приобретаются или вносятся в уставный капитал), по состоянию на дату представления указанных ходатайства или уведомления либо заявление в письменной форме о том, что заявитель такими документами не располагает;

3) документы и (или) сведения, определяющие предмет и содержание сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю;

4) сведения о видах деятельности, которые осуществлялись заявителем в течение двух лет, предшествующих дню представления указанных ходатайства или уведомления, либо в течение срока осуществления деятельности, если он составляет менее чем два года, а также копии документов, подтверждающих право на осуществление видов деятельности, если в соответствии с законодательством Российской Федерации для их осуществления требуются специальные разрешения;

5) сведения о наименованиях видов продукции, об объеме продукции, произведенной, реализованной заявителем в течение двух лет, предшествующих дню представления указанных ходатайства или уведомления, либо в течение срока осуществления деятельности, если он составляет менее чем два года, с указанием кодов номенклатуры продукции;

6) имеющиеся у заявителя сведения об основных видах деятельности лиц, указанных в ст. 27–30 Закона о защите конкуренции, о наименованиях видов продукции, об объеме продукции, произведенной, реализованной такими лицами в течение двух лет, предшествующих дню представления указанных ходатайства или уведомления, либо в течение срока осуществления деятельности, если он составляет менее чем два года, с указанием кодов номенклатуры продукции, а также копии документов, подтверждающих право на осуществление этих видов деятельности, если в соответствии с законодательством Российской Федерации для их осуществления требуются специальные разрешения, или заявление в письменной форме о том, что заявитель данными сведениями и документами не располагает;

7) бухгалтерский баланс заявителя по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате представления указанного ходатайства, а при представлении указанного уведомления — по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате осуществления сделки, иного действия;

8) сведения о суммарной балансовой стоимости активов заявителя и его группы лиц по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате представления указанного ходатайства, а при представлении указанного уведомления — по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате осуществления сделки, иного действия;

9) сведения о суммарной балансовой стоимости активов лица, являющегося объектом экономической концентрации, и его группы лиц по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате представления указанного ходатайства, а при представлении указанного уведомления — по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате осуществления сделки, иного действия, либо заявление в письменной форме о том, что заявитель данными сведениями не располагает;

10) финансово-экономическая и иная отчетность заявителя, представляемая в Центральный банк Российской Федерации и в осуществляющие регулирование на рынке финансовых услуг федеральные органы исполнительной власти, по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате представления указанного ходатайства, а при представлении указанного уведомления — по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате осуществления сделки, иного действия, если заявителем является финансовая организация;

11) представляемая в Центральный банк Российской Федерации и в осуществляющие регулирование на рынке финансовых услуг федераль-

ные органы исполнительной власти, если приобретаются акции (доли), имущество и (или) активы финансовой организации и (или) права в отношении ее, финансово-экономическая и иная отчетность лица, являющегося объектом экономической концентрации, по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате представления указанного ходатайства, а при представлении указанного уведомления — по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате осуществления сделки, иного действия, либо заявление в письменной форме о том, что заявитель данными документами не располагает;

12) перечень коммерческих организаций, более чем 5% акций (долей) которых заявитель распоряжается на любом основании, по состоянию на дату представления указанных ходатайства или уведомления либо заявление в письменной форме о том, что заявитель не распоряжается акциями (долями) коммерческих организаций;

13) перечень коммерческих организаций, более чем 5% акций (долей) которых лицо, являющееся объектом экономической концентрации, распоряжается на любом основании, по состоянию на дату представления указанных ходатайства или уведомления, либо заявление в письменной форме о том, что указанное лицо не распоряжается акциями (долями) коммерческих организаций, либо заявление в письменной форме о том, что заявитель такими сведениями не располагает;

14) перечень лиц, которые распоряжаются на любом основании более чем 5% акций (долей) заявителя, по состоянию на дату представления указанных ходатайства или уведомления;

15) перечень лиц, которые распоряжаются на любом основании более чем 5% акций (долей) лица, являющегося объектом экономической концентрации, по состоянию на дату представления указанных ходатайства или уведомления либо заявление в письменной форме о том, что заявитель такими сведениями не располагает;

16) перечень лиц, входящих в группу лиц с заявителем, по форме, утвержденной федеральным антимонопольным органом, с указанием признаков, по которым такие лица входят в эту группу, на дату представления ходатайства, а при представлении указанного уведомления на момент осуществления сделки, иного действия. В данный перечень лиц, входящих в группу лиц с заявителем, включаются лица, находящиеся под контролем заявителя; лица, под контролем которых находится заявитель; лица, входящие в группу лиц с заявителем и осуществляющие деятельность на тех же товарных рынках, на которых осуществляет деятельность заявитель, лица, участвующие в слиянии, присоединении,

и (или) лицо, являющееся объектом экономической концентрации, а также находящиеся под их контролем лица. В перечень лиц, входящих в группу лиц с заявителем, не включаются физические лица, если они не являются индивидуальными предпринимателями и (или) не входят в одну группу лиц с хозяйствующим субъектом по признакам, указанным в п. 1–3, 5, 6 и 9 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции;

17) перечень лиц, входящих в одну группу лиц с иными указанными в ст. 27–30 Закона о защите конкуренции лицами, по форме, утвержденной федеральным антимонопольным органом, с указанием признаков, по которым такие лица входят в эту группу, на дату представления указанного ходатайства, а при представлении указанного уведомления на момент осуществления сделки, иного действия либо заявление в письменной форме о том, что заявитель такими сведениями не располагает. В перечень лиц, входящих в группу лиц с иными указанными в ст. 27–30 Закона о защите конкуренции лицами, включаются лица, участвующие в присоединении, и (или) лицо, являющееся объектом экономической концентрации; лица, под контролем которых находятся лица, участвующие в присоединении, и (или) лицо, являющееся объектом экономической концентрации; лица, находящиеся под контролем лица, являющегося объектом экономической концентрации; лица, входящие в группу лиц с лицом, являющимся объектом экономической концентрации, и осуществляющие деятельность на товарных рынках, на которых осуществляют деятельность заявитель и лицо, являющееся объектом экономической концентрации, а также находящиеся под их контролем лица. В перечень лиц, входящих в группу лиц с иными указанными в ст. 27–30 настоящего Закона о защите конкуренции лицами, не включаются физические лица, которые не являются индивидуальными предпринимателями и (или) не входят в одну группу лиц с хозяйствующим субъектом по признакам, указанным в п. 1–3, 5, 6 и 9 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции;

18) сведения о лицах, в интересах которых осуществляется владение более чем 5% акций (долей) заявителя их номинальными держателями, в том числе о таких лицах, учрежденных в государстве, которое предоставляет льготный налоговый режим и (или) законодательством которого не предусматриваются раскрытие и предоставление информации о юридическом лице (оффшорные зоны);

19) перечень лицензий лица, являющегося объектом экономической концентрации, на осуществление видов деятельности, предусмотренных ст. 6 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и

безопасности государства», либо заявление в письменной форме о том, что заявитель данными сведениями не располагает;

20) документ, подтверждающий уплату государственной пошлины за принятие решения об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю.

Если необходимые документы и сведения, указанные выше, представлены не в полном объеме, ходатайство считается непредставленным, о чем антимонопольный орган в 10-дневный срок уведомляет заявителя. Срок хранения антимонопольным органом представленных документов, в течение которого заявитель вправе истребовать их, составляет 14 дней с даты получения заявителем уведомления.

Если сделка, иное действие требуют предварительного согласия антимонопольного органа или последующего его уведомления по нескольким основаниям, предусмотренным ст. 27–31 Закона о защите конкуренции, такая сделка, иное действие подлежат согласованию в рамках одного ходатайства или одного последующего уведомления.

3. Виды решений антимонопольного органа по ходатайству и сроки их принятия

В течение 30 дней с даты получения ходатайства антимонопольный орган обязан рассмотреть его и сообщить в письменной форме заявителю о принятом решении с указанием основания его принятия.

Получив ходатайство, антимонопольный орган проводит исследование воздействия планируемой сделки, иного действия на состояние конкуренции на всех товарных рынках, на которые может воздействовать сделка, иное действие. Для этого выявляются все товарные рынки, на которых осуществляют свою деятельность хозяйствующие субъекты, непосредственно участвующие в сделке, ином действии¹⁴ (а также хозяйствующие субъекты, входящие с ними в одну группу лиц). Сделка, иное действие оцениваются в качестве:

1) горизонтального слияния. Для этого устанавливаются рынки, на которых такие хозяйствующие субъекты действуют в качестве конкурентов, а также анализируется, приводит ли сделка, иное действие к

¹⁴ Таковыми лицами являются: для случая приобретения акций (долей), активов, имущества, прав в отношении хозяйствующего субъекта — приобретатель и лицо, акции (доли), активы, имущество или права в отношении которого приобретаются; для случая слияния — лица, которые прекратят свою деятельность в результате слияния; для присоединения — лица, которые прекратят свою деятельность в результате присоединения, а также лицо, к которому иные лица присоединяются.

горизонтальному слиянию в экономическом понимании (возникает ли необходимая степень организационной и экономической общности, которая характеризует горизонтальное слияние). Если такие рынки существуют и степень общности хозяйствующих субъектов позволяет говорить о горизонтальном слиянии, антимонопольный орган проводит *перспективный* анализ состояния конкуренции на товарном рынке¹⁵, чтобы подтвердить или отвергнуть гипотезу о появлении на каком-либо рынке хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение в результате горизонтального слияния;

2) вертикального слияния. Для этого выявляются рынки, на которых непосредственно участвующие в сделке, ином действии хозяйствующие субъекты действуют в качестве покупателя и продавца (либо являются потенциальными покупателями и продавцами). Проверяется гипотеза о наличии доминирующего положения любого из таких хозяйствующих субъектов на любом из рынков, на которых они действуют в качестве покупателей и продавцов товара. Анализируется вероятность исключения иных хозяйствующих субъектов с какого-либо рынка в результате вертикального слияния;

3) конгломератного слияния. Для этого выявляются рынки, на которых такие хозяйствующие субъекты находятся в состоянии потенциальной конкуренции, а также определяются негативные последствия для состояния конкуренции в случае устранения потенциальной конкуренции в результате конгломератного слияния.

Антимонопольный орган оценивает воздействие сделки, иного действия на состояние конкуренции в соответствии с приказом ФАС России от 25.05.2012 № 345 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией». Названный административный регламент предусматривает проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке в соответствии с Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке (утвержден приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220). Выводы

¹⁵ В соответствии с п. 2.2 приказа ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» перспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке — это анализ, «в ходе которого выявляется состояние конкуренции, существующее на момент проведения исследования, и анализируется воздействие, которое окажут подконтрольные действия на состояние конкуренции».

такого анализа являются основанием для решения антимонопольного органа по ходатайству¹⁶.

Перечислим предусмотренные ст. 33 Закона о защите конкуренции решения антимонопольного органа по ходатайству.

1. Решение об удовлетворении ходатайства. Оно принимается, если сделка, иное действие, заявленные в ходатайстве, не приведут к ограничению конкуренции.

2. Решение о продлении срока рассмотрения ходатайства в связи с необходимостью его дополнительного рассмотрения, а также получения дополнительной информации для последующего принятия антимонопольным органом окончательного решения. Антимонопольный орган принимает решение продлить срок рассмотрения ходатайства, если установлено, что заявленные в ходатайстве сделка, иное действие могут привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения лица (группы лиц).

Срок рассмотрения ходатайства может быть продлен не более чем на два месяца. Если принято такое решение, антимонопольный орган на своем официальном сайте fas.gov.ru размещает сведения о сделке, об ином действии, заявленных в ходатайстве. Заинтересованные лица вправе представить в антимонопольный орган сведения о влиянии на состояние конкуренции планируемых сделки, иного действия.

3. Решение о продлении срока рассмотрения ходатайства в связи:

— с определением условий, *после* выполнения которых заявителем и (или) иными лицами, непосредственно участвующими в сделке, слиянии, присоединении или создании, антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении ходатайства;

— определением срока выполнения указанных выше условий, который не может превышать девять месяцев; такие условия являются неотъемлемой частью решения о продлении срока рассмотрения этого ходатайства.

¹⁶ Рассмотрение ходатайств антимонопольным органом регламентировано в следующих документах: Административный регламент Федеральной антимонопольной службы 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 (утвержден приказом ФАС России от 20.09.2007 № 294), Административный регламент Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций в случаях, установленных антимонопольным законодательством Российской Федерации (утвержден приказом ФАС России от 20.09.2007 № 293).

Выдача условий предполагает, что антимонопольный орган установил: планируемая сделка, иное действие окажут негативное воздействие на состояние конкуренции. Поскольку после совершения слияния, присоединения или создания, о которых заявляется в ходатайстве, часть непосредственно участвующих в них лиц (или все лица) прекратят свою деятельность, выполнение условий корректирующего характера целесообразно адресовать непосредственным участникам таких действий (и до совершения действий).

Условия корректирующего характера направлены на устранение негативного воздействия на состояние конкуренции планируемой сделки, иного действия. Вот как выглядит набор возможных условий, которые выдает Еврокомиссия¹⁷, если сделка, иное действие содержат признаки ограничивающего конкуренцию экономического слияния (см. § 1 настоящей главы):

- адресованное непосредственному участнику сделки, иного действия либо любому лицу, входящему с ним в одну группу лиц, предложение продать (покупателю — лицу, не входящему в группу лиц) производственные активы либо передать контроль над каким-либо хозяйствующим субъектом (приобретателю — лицу, не входящему в группу лиц) с целью снижения концентрации на товарных рынках, которая может повыситься в результате горизонтального слияния¹⁸;

- адресованное непосредственному участнику сделки, иного действия либо любому лицу, входящему с ним в одну группу лиц, требование расторгнуть эксклюзивный договор, предоставить свободный доступ к объектам инфраструктуры, ключевым технологиям, результатам НИОКР, требование обеспечить участие компаний-конкурентов в проведении НИОКР, требование предоставить лицензии на использование объектов интеллектуальной собственности компаниям-конкурентам с целью предотвратить исключение с различных рынков компаний, конкурирующих с непосредственными участниками слияния, а также с целью сохранения потенциальной конкуренции на товарных рынках, чтобы предотвратить антиконкурентные последствия вертикального или конгломератного слияния¹⁹.

Согласно Закону о защите конкуренции эти условия могут содержать:

¹⁷ Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. 2nd ed. Oxford University Press, 2004. P. 983.

¹⁸ Требование продать производственные активы или передать контроль над коммерческой организацией лицу, не входящему в группу лиц с непосредственными участниками сделки, принято называть *структурным требованием*.

¹⁹ Такие требования принято называть *поведенческими*.

1) порядок доступа к производственным мощностям, инфраструктуре или информации, которыми распоряжается заявитель, а также иные лица, непосредственно участвующие в слиянии, присоединении и создании коммерческих организаций;

2) порядок предоставления другим лицам прав на объекты охраны промышленной собственности, которыми распоряжается заявитель, а также иные лица, непосредственно участвующие в слиянии, присоединении и создании коммерческих организаций;

3) требования к заявителю, а также к иным лицам, непосредственно участвующим в слиянии, присоединении и создании коммерческих организаций, о передаче имущества другому лицу, не входящему в одну группу лиц с указанными заявителем и (или) иными лицами, об уступке прав требований и (или) обязательств указанных заявителя и (или) иных лиц другому лицу, не входящему в одну группу лиц с указанными заявителем и (или) иными лицами;

4) требования к составу группы лиц, в которую входит заявитель, а также иные лица, непосредственно участвующие в слиянии, присоединении и создании коммерческих организаций.

В целом определения Закона о защите конкуренции позволяют сформулировать в качестве условия любое условие, используемое Еврокомиссией при контроле за экономической концентрацией.

После того как заявитель выполнит указанные условия, он представляет в антимонопольный орган подтверждающие документы. В течение 30 дней с момента получения указанных документов антимонопольный орган принимает решение удовлетворить ходатайство о даче согласия на сделку, слияние коммерческих организаций, присоединение к коммерческой организации одной или нескольких коммерческих организаций, создание коммерческой организации. Если же факты выполнения условий не подтверждаются, выносится решение об отказе в удовлетворении ходатайства.

4. Решение о продлении срока рассмотрения ходатайства в случае, если сделка, иное действие, заявленные в ходатайстве, подлежат предварительному согласованию в соответствии с Федеральным законом от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», до дня принятия решения в отношении такой сделки, такого иного действия в соответствии с указанным Федеральным законом.

5. Решение об удовлетворении ходатайства о даче согласия на осуществление сделки и одновременная выдача заявителю предписания,

предусмотренного п. 2 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции, об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции, в случае осуществления им заявленных в ходатайстве сделок, иных действий. Такое решение принимается, если заявленная в ходатайстве сделка приведет или может привести к ограничению конкуренции.

Предписание подлежит исполнению лицами, которым оно выдано, после совершения сделки, иного действия в срок, указанный в таком предписании. По своему экономическому содержанию предписание не отличается от охарактеризованных выше предварительных условий: задача предписания — устранить или свести к минимуму антиконкурентные последствия горизонтального, вертикального или конгломератного слияния. Поскольку совершение подконтрольной сделки не сопровождается прекращением деятельности какого-либо лица (в отличие от слияния и присоединения коммерческих организаций), непосредственно участвующие в сделке лица могут исполнить обязательное для них предписание и после совершения сделки. Получив решение антимонопольного органа по ходатайству, непосредственные участники сделки оценивают ее целесообразность с учетом выданного антимонопольным органом предписания.

6. Решение 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 положения²⁰ заявителя либо доминирующего положения лица, которое будет создано в результате осуществления заявленных в ходатайстве сделки, иного действия). В удовлетворении ходатайства будет также отказано, если антимонопольный орган, рассмотрев представленные документы, обнаружит, что информация, содержащаяся в них и имеющая значение для принятия решения, недостоверна, либо если заявитель по ходатайству не представит имеющиеся у него и запрошенные антимонопольным органом сведения, при отсутствии которых не может быть принято решение об ограничении конкуренции или об отсутствии ограничения конкуренции по рассматриваемому ходатайству.

7. Решение об отказе в удовлетворении ходатайства. Оно принимается, если в отношении сделки, иного действия, заявленных в ходатай-

²⁰ ФАС России определила порядок установления доминирующего положения при рассмотрении ходатайств. Его фиксирует Административный регламент Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией (утвержден приказом ФАС России от 17.01.2007 № 5).

стве, в соответствии с Федеральным законом о порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, принято решение об отказе в их предварительном согласовании.

Решение антимонопольного органа о даче согласия на осуществление сделок, иных действий прекращает свое действие, если они не осуществлены в течение года с даты принятия решения антимонопольным органом.

Лица, на которых Закон о защите конкуренции возлагает обязанность уведомлять антимонопольный орган об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю, до осуществления таких сделок, иных действий вправе представить вместо уведомления ходатайство о даче согласия на их осуществление. Антимонопольный орган обязан рассмотреть это ходатайство по правилам, установленным для рассмотрения ходатайств.

Сделки, иные действия осуществляются без получения предварительного согласия антимонопольного органа, если их осуществление предусмотрено актами Президента или Правительства Российской Федерации. Антимонопольный орган должен быть уведомлен о таких сделках.

4. Рассмотрение антимонопольным органом уведомления о сделке, ином действии

Закон о защите конкуренции не устанавливает процедуру рассмотрения уведомлений, представляемых в антимонопольный орган в рамках контроля за экономической концентрацией.

Закон определяет:

- перечень сделок, иных действий, о которых необходимо уведомить антимонопольный орган;
- сроки представления уведомления (45 дней после совершения сделки, иного действия);
- лиц, которые обязаны уведомить антимонопольный орган;
- полномочие антимонопольного органа выдать заявителю (и (или) любому лицу из группы лиц, в которую входит заявитель) обязательное для исполнения предписание, если сделки, являющиеся предметом уведомления, привели или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Срок выдачи такого предписания законом не установлен, административная практика антимонопольных органов показывает, что все предписания по уведомлениям антимонопольные органы выдают не позднее одного года с даты получения уведомления.

§ 5. Особенности государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц

Закон о защите конкуренции устанавливает упрощенные правила контроля за экономической концентрацией для сделок, иных действий, которые совершаются лицами, входящими в одну группу. Основание для упрощения правил — наличие между лицами, входящими в одну группу, тесной организационной и экономической общности, которая не может быть усилена в результате экономической концентрации. Поэтому вероятность антиконкурентного слияния внутри группы лиц крайне невелика; такое слияние может иметь место, если хозяйствующие субъекты лишь формально входят в одну группу лиц, но на деле независимы друг от друга.

Высокая степень организационной и экономической общности свойственна хозяйственным обществам и их контролирующим акционерам. Это позволило законодателю вывести из-под предварительного контроля все сделки, иные действия, осуществляемые хозяйственным обществом и контролирующим акционером. Сделки, иные действия, которые по общему правилу подлежат предварительному контролю, в случае их осуществления хозяйственным обществом и контролирующим акционером, подлежат *последующему* контролю²¹.

Лица, которые входят в одну группу по иным основаниям, имеют возможность выбора способа осуществления контроля за их сделками:

- предварительный контроль будет применен, если они представят ходатайства о даче согласия антимонопольного органа на планируемые сделки, иные действия;
- последующий контроль будет применен, если до совершения подконтрольных сделок, иных действий такие лица выполняют ряд условий,

²¹ Вхождение в одну группу лиц хозяйственного общества и его контролирующего акционера установлено п. 1 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции; Закон устанавливает принадлежность к одной группе лиц хозяйственного общества и лица, которое является его контролирующим акционером, поскольку приобрело более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале хозяйственного общества.

определенных в ст. 31 Закона о защите конкуренции, и после совершения сделок, иных действий представят в антимонопольный орган уведомление о них.

Условия применения последующего контроля таковы:

- перечень лиц, входящих в одну группу, с указанием оснований, по которым такие лица входят в эту группу, должен быть представлен любым входящим в эту группу лицом (заявителем) в федеральный антимонопольный орган в утвержденной им форме не позднее чем за один месяц до осуществления сделок, иных действий;

- перечень лиц, входящих в эту группу, на момент осуществления сделок, иных действий не должен изменяться по сравнению с представленным в федеральный антимонопольный орган перечнем таких лиц.

Федеральный антимонопольный орган в течение 14 дней со дня получения перечня лиц, входящих в одну группу, направляет заявителю одно из следующих уведомлений:

- 1) о получении такого перечня и размещении его на официальном сайте fas.gov.ru, если такой перечень был представлен в форме, утвержденной федеральным антимонопольным органом;

- 2) о нарушении формы представления такого перечня и несоблюдении условий, указанных выше.

Если условия соблюдены, антимонопольный орган размещает перечень лиц на сайте fas.gov.ru. Все лица, указанные в перечне, по истечении месяца после его размещения получают право не представлять ходатайства о сделках, иных действиях, которые они осуществляют друг с другом (т.е. с лицами из такого перечня).

Если будет установлено, что размещенная на fas.gov.ru информация о лицах, входящих в одну группу лиц, является недостоверной, федеральный антимонопольный орган удаляет с сайта перечень лиц такой группы.

§ 6. Последствия нарушения порядка получения от антимонопольного органа предварительного согласия на осуществление сделок, иных действий, а также порядка представления в антимонопольный орган уведомлений об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю

Закон о защите конкуренции устанавливает круг сделок, которые подлежат предварительному согласованию с антимонопольным органом. Если согласие антимонопольного органа на сделку не было получено

(независимо от того, обращались ли заинтересованные лица с ходатайством в антимонопольный орган либо не обращались), данная сделка может быть признана недействительной. Основание для признания сделки недействительной есть установление судом факта, что сделка ограничивает конкуренцию, в том числе из-за возникновения или усиления доминирующего положения. С иском в суд о признании сделки недействительной вправе обращаться только антимонопольный орган, на котором также лежит бремя доказывания факта ограничения делкой конкуренции.

Если решение антимонопольного органа об удовлетворении ходатайства сопровождалось выдачей предписания, то неисполнение такого предписания после совершения сделки также является основанием для признания судом сделки недействительной по иску антимонопольного органа.

Законом определен круг *действий*, которые участники рынка совершают только с предварительного согласия антимонопольного органа. В частности, в указанных в Законе о защите конкуренции случаях коммерческая организация может быть создана только после получения предварительного согласия антимонопольного органа, в том числе если организация создается в результате слияния или присоединения коммерческих организаций. Если предварительное согласие на совершение перечисленных выше действий не было получено, то созданная коммерческая организация ликвидируется либо реорганизуется в форме выделения или разделения в судебном порядке по иску антимонопольного органа, который докажет в суде, что создание коммерческой организации привело к ограничению конкуренции.

Сделка, о которой антимонопольный орган должен быть уведомлен и был уведомлен надлежащим лицом с соблюдением требований порядка уведомления о сделках, не может быть признана судом недействительной, даже если такая сделка ограничивает конкуренцию.

Суд признает сделки недействительными по иску антимонопольного органа, только если он докажет, что:

- лицо, обязанное уведомить антимонопольный орган о совершении сделки, нарушило порядок уведомления о сделках;
- сделка привела или может привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.

Неисполнение предписания антимонопольного органа, выданного по результатам рассмотрения уведомления о сделке, не влияет на юридическую судьбу сделки, но порождает административную ответственность лица, на которое закон возлагает обязанность представить уведомление.

Коммерческая организация, на которую возложена обязанность уведомлять антимонопольный орган о создании либо присоединении коммерческих организаций и которая нарушила порядок уведомления антимонопольного органа об осуществлении таких действий, ликвидируется либо реорганизуется в форме выделения или разделения в судебном порядке по иску антимонопольного органа, если такие действия привели или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях устанавливает ответственность:

— за непредставление ходатайств, нарушение порядка и сроков их представления, а также представление ходатайств, содержащих заведомо недостоверные сведения (ст. 19.8);

— непредставление уведомлений, нарушение порядка и сроков их представления, а также представление уведомлений, содержащих заведомо недостоверные сведения (ст. 19.8);

— невыполнение в срок предписания антимонопольного органа, выданного при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией (ст. 19.5)²².

Основные понятия

- *Экономическая концентрация*
- *Горизонтальное слияние*
- *Вертикальное слияние*
- *Конгломератное слияние*
- *Государственный контроль за экономической концентрацией*
- *Предварительный контроль*
- *Последующий контроль*
- *Ходатайство о даче согласия антимонопольного органа на сделку, иное действие*
- *Уведомление антимонопольного органа о сделках, иных действиях*
- *Виды решений антимонопольного органа по ходатайству*
- *Условия корректирующего характера*
- *Особенности государственного контроля за экономической концентрацией, совершаемой группой лиц*

²² Подробнее об ответственности за нарушения антимонопольного законодательства см. в гл. 12 настоящего учебника.

Вопросы для обсуждения

1. В чем заключается экономическое содержание государственного контроля за экономической концентрацией?
2. Перечислите основные элементы такого контроля.
3. Попробуйте обосновать выбор законодателем экономических критериев для определения подконтрольных сделок, применяемых в государственном контроле за экономической концентрацией.
4. Охарактеризуйте набор сведений и документов, которые представляются в антимонопольный орган вместе с ходатайством, с точки зрения его достаточности для принятия антимонопольным органом решения по ходатайству.
5. Перечислите виды решений антимонопольного органа по ходатайству. Дайте их юридическую характеристику.
6. Какие условия поведенческого характера вправе выдать антимонопольный орган при рассмотрении ходатайства? В чем заключается их экономическое и правовое содержание?
7. В каких случаях при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией антимонопольный орган размещает информацию на сайте fas.gov.ru? Чем вызвана необходимость публично размещать информацию в этих случаях?
8. Почему сделки, совершаемые группой лиц, подвергаются упрощенному контролю со стороны государства?
9. Назовите известные Вам случаи и основания признания судом сделок недействительными, если такие сделки подлежат государственному контролю за экономической концентрацией.
10. Назовите правовые последствия неисполнения предписания, выданного антимонопольным органом при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией.

Рассмотрение судами и антимонопольными органами дел о нарушениях антимонопольного законодательства и законодательства об ответственности за такие нарушения

§ 1. Общие положения о полномочиях антимонопольных органов возбуждать и рассматривать дела о нарушениях антимонопольного законодательства

1. Способы защиты антимонопольными органами конкуренции, а также нарушенных и оспариваемых прав хозяйствующих субъектов

Среди функций антимонопольного органа ст. 22 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) предусматривает выявление нарушений антимонопольного законодательства, принятие мер по их прекращению и привлечение к ответственности за такие нарушения. Один из способов осуществления функций надзора и контроля за соблюдением антимонопольного законодательства — наделение антимонопольных органов правомочиями возбуждать и рассматривать дела о нарушениях антимонопольного законодательства, принимать обязательные для исполнения решения и выдавать соответствующие предписания хозяйствующим субъектам и органам, осуществляющим публичные полномочия. Такой способ защиты антимонопольными органами нарушенных прав хозяйствующих субъектов и публичных интересов в товарном обороте является административным и существует наряду с судебным способом защиты.

В 1991–2006 гг. порядок рассмотрения дел определялся федеральным антимонопольным органом, актами которого неоднократно утверждались варианты такого порядка. При утверждении Закона о за-

щите конкуренции нормы о порядке возбуждения и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства были включены непосредственно в сам Закон.

К полномочиям антимонопольных органов отнесено также возбуждение и рассмотрение дел о применении ответственности за административные правонарушения. Нормы об ответственности за административные правонарушения в сфере антимонопольного законодательства включены в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. Наряду с этим КоАП РФ включает нормы о порядке возбуждения и рассмотрения дел о привлечении к такой ответственности.

Таким образом, наряду с судебным процессом, регулируемым нормами Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) и Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ) при применении и нарушении антимонопольного законодательства, существует еще два самостоятельных процесса, регулируемые разными законами — Законом о защите конкуренции и КоАП РФ.

Процедуру возбуждения и рассмотрения дел антимонопольными органами в связи с нарушением антимонопольного законодательства иногда называют квазисудебной. И хотя как суды, так и антимонопольные органы возбуждают и рассматривают дела с соблюдением процессуальной формы, применяемая антимонопольными органами процедура существенно отличается от процессуальной деятельности судов, урегулированной ГПК РФ и АПК РФ, поскольку она имеет иную правовую природу.

Рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольным органом — это административный способ защиты публичного порядка и частных (гражданских) прав. Различие между судебным и административным процессом обусловлено прежде всего различием в положении суда и антимонопольных органов в системе государственных органов: в соответствии с Конституцией суд является органом правосудия, а антимонопольные органы — это федеральные органы исполнительной власти. Следовательно, эти органы отнесены к двум разным ветвям власти — судебной и исполнительной. Наделение антимонопольных органов правомочиями по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства, применению мер воздействия и санкций к правонарушителям не противоречит функциям и задачам антимонопольных органов.

Обычно судебный процесс считается более предпочтительным, чем административный. В частности, судебная юрисдикция была использована

еще в 1980-х, когда в компетенцию судов общей юрисдикции было передано рассмотрение жалоб на неправомерные акты органов власти, нарушающие права граждан. Действующие АПК РФ и ГПК РФ содержат детальные нормы, регулирующие оспаривание в судах нормативных и ненормативных правовых актов государственных и муниципальных органов, а также незаконных решений, незаконных действий должностных лиц.

Большое количество дел в арбитражных судах составляют дела, возникающие из административных и иных публичных отношений. В их число попадают и дела об оспаривании решений и предписаний антимонопольных органов.

Антимонопольное законодательство стран с развитой рыночной экономикой знает разные системы возбуждения и рассмотрения дел в связи с правонарушениями: судебную и административную. Антитрестовское законодательство США предусматривает правомочие антимонопольных органов по расследованию антиконкурентных соглашений или индивидуальных попыток монополизации рынка. Право же принятия соответствующих решений о наказаниях правонарушителей или применении иных мер воздействия предоставлено судам.

Законодательство большинства европейских стран, в частности Франции, закрепляет административный порядок возбуждения и рассмотрения дел об антимонопольных правонарушениях. Однако законодательство этих стран предусматривает порядок и основания обжалования решений антимонопольных органов в суд, т.е. существует судебный контроль законности принятых в административном порядке решений.

Решения антимонопольного органа, направленные на обеспечение публичного порядка, в то же время служат средством защиты гражданских прав конкретных лиц или неопределенного числа лиц. Публичные и гражданско-правовые отношения, возникающие в рыночной среде, тесно взаимосвязаны. При нарушении административных норм, предусматривающих запреты хозяйственным организациям совершать (не совершать) определенные действия (например, запреты на антиконкурентные соглашения и согласованные действия, на злоупотребление доминирующим положением), антимонопольным органом применяются такие меры защиты публичного порядка (меры государственного принуждения), как предупреждение, пресечение соответствующих нарушений, восстановление нарушенных прав. Эти меры защиты прав сопоставимы со способами защиты гражданских прав, предусмотренными ст. 12 ГК РФ.

Вместе с тем в судебном процессе рассматривается спор сторон, и тем самым осуществляется защита нарушенного или оспариваемого права.

В отличие от суда антимонопольный орган не рассматривает спор сторон и не принимает решение по спору. При рассмотрении возбужденного дела антимонопольный орган, анализируя фактические обстоятельства, устанавливает, был ли нарушен соответствующими действиями (бездействием) публичный порядок, обеспечивающий конкуренцию, не использована ли хозяйствующими субъектами в договорных отношениях с их контрагентами рыночная власть. Если антимонопольный орган установит, что хозяйствующий субъект осуществляет монополистическую деятельность (под которой, например, понимается злоупотребление доминирующим положением, недопущение, устранение, ограничение конкуренции и (или) ущемление интересов контрагентов хозяйствующих субъектов), то он применяет предусмотренные антимонопольным законодательством меры воздействия, а по основаниям и в порядке, которые предусмотрены КоАП РФ, — меры наказания.

По существу, решение антимонопольного органа, направленное на защиту конкуренции, пресечение злоупотребления доминирующим положением, сговора конкурентов и иных нарушений, т.е. на обеспечение соблюдения публичного порядка, служит одновременно и средством защиты имущественных (частных) прав конкретных хозяйствующих субъектов либо прав и интересов неопределенного круга лиц, в том числе и граждан при участии в товарном обороте.

Статья 11 ГК РФ, отдавая предпочтение судебной защите гражданских прав, допускает административный порядок их защиты в случаях, предусмотренных законом. За лицами, обратившимися в орган исполнительной власти, и иными лицами, участвующими в деле, возбужденном в административном порядке, сохраняется право обжаловать в суд любое решение, принятое этим органом. ГК РФ предоставляет этим лицам право выбора судебного или административного способа защиты нарушенных или оспариваемых прав.

2. Различия судебного и административного порядка возбуждения и рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства

Гражданский и арбитражный процессы являются состязательными, основанными на принципах состязательности и равновесия сторон, закрепленных в ст. 123 Конституции. К важнейшим принципам этих процессов относится и принцип диспозитивности, в силу которого дела возбуждаются судом только на основании иска (заявления) лица, обратившегося в суд; процессуальными и материальными правами

распоряжаются сами стороны. Истец может полностью или частично отказаться от иска, изменить основания или предмет иска, ответчик может признать иск полностью или частично, стороны вправе заключить мировое соглашение. Суд, принимая такие процессуальные распоряжения сторон, проверяет, соответствуют ли они закону и не нарушают ли интересы третьих лиц. В силу принципа состязательности обязанность представления доказательств лежит на сторонах, а суд лишь способствует сбору доказательств. Правда, принцип состязательности претерпел изменения в нормах АПК РФ и ГПК РФ, регулирующих рассмотрение дел, возникающих из административных и иных публичных отношений: в этих делах у судей есть дополнительные полномочия, суду принадлежит активная роль в процессе доказывания — он вправе истребовать доказательства. Бремя доказывания правомерности акта (действия) возложено на органы государственной власти и органы местного самоуправления. Существенно изменены и иные процессуальные принципы, предусмотренные АПК РФ.

На иных принципах строится процедура рассмотрения дел антимонопольными органами. Именно на различии принципов, лежащих в основе процедуры возбуждения и рассмотрения дел административным органом и судом, основаны различия судебного и административного процессов. Они заключаются в следующем.

1. Порядок возбуждения и рассмотрения дел антимонопольным органом иной, чем судебный порядок. В нем не применяется принцип диспозитивности, по-иному действует и принцип состязательности. Антимонопольный орган не только вправе, но и обязан возбуждать дела по собственной инициативе при установлении нарушения антимонопольного законодательства. Он не только способствует сторонам в получении и представлении доказательств, но и обязан сам собирать доказательства нарушения антимонопольного законодательства. Для этого Закон о защите конкуренции предусматривает право беспрепятственного доступа представителя антимонопольного органа в органы государственной власти, органы местного самоуправления и в организации (ст. 24), право требовать представления необходимой информации (ст. 25), право плановых и внеплановых проверок (ст. 25.1–25.6).

2. Антимонопольный орган не связан заявлениями, доводами и требованиями лиц, участвующих в деле, а рассматривает дело в полном объеме. Не должен он и прекращать рассмотрение дела при отказе заявителей от своих требований. Дело рассматривается антимонопольным органом по существу (такими полномочиями арбитражный суд обладает только при рассмотрении дел об оспаривании нормативных актов).

3. Возбуждению дела антимонопольным органом часто предшествует длительное расследование и сбор доказательств, установление доминирующего положения нарушителя, для чего проводится анализ конкурентной среды. Такие действия не только не свойственны суду, но и не могут входить в его компетенцию, поскольку определение доминирующего положения является исключительной компетенцией антимонопольного органа и требует экономического анализа, знаний экономики.

4. В делах о картелях (сговоре, согласованных действиях) зачастую нет противостоящих сторон, в то время как в деле может участвовать несколько хозяйствующих субъектов, т.е. тех лиц, которые, по предположению антимонопольного органа, участвовали в картеле, осуществляли согласованные действия.

5. Антимонопольный орган вправе привлекать для участия в процессе любых лиц независимо от заявлений и согласия тех, кто участвует в деле.

6. Предписание, выдаваемое антимонопольным органом на основании решения по рассмотренному делу, может предусматривать меры воздействия, не применяемые судом. Оно подлежит обязательному исполнению.

7. Иначе решается вопрос о равенстве сторон в административном процессе и их правах. В состязательном процессе уделяется большое внимание его доступности, обеспечению равных прав сторон. Нормы о рассмотрении дел антимонопольным органом также обеспечивают лицам, привлекаемым за нарушение антимонопольного законодательства, и иным лицам, участвующим в процессе, возможность знакомиться с материалами дела, представлять возражения и доказательства, заявлять ходатайства, участвовать в рассмотрении дела. Однако при этом следует иметь в виду, что в случае нарушения ст. 10, 11 и ряда иных статей Закона о защите конкуренции отношения между хозяйствующими субъектами зачастую характеризуются экономическим неравенством или экономической зависимостью. О контрагенте хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, можно говорить как об экономически зависимой стороне рыночных отношений, так как такой контрагент часто лишен возможности выбрать другого поставщика товаров (работ, услуг), особенно когда речь идет о хозяйствующем субъекте — субъекте естественной монополии. В этих условиях экономически более слабый участник рыночных отношений (либо экономически зависимый) должен получить активную поддержку антимонопольного органа.

То же самое следует сказать о делах об оспаривании хозяйствующими субъектами актов (действий) органов государственной власти, органов местного самоуправления, их должностных лиц. Бремя доказывания правомерности принятия акта возложено на орган, принявший акт.

Таким образом, применение административного порядка возбуждения и рассмотрения дел антимонопольными органами существенно отличается от судебного порядка. Различаются не только полномочия — не совпадают сам предмет разбирательства и участники дела. При рассмотрении дела антимонопольный орган исследует поведение хозяйствующих субъектов на рынке, анализирует данные о товарном рынке, определяет географические и продуктовые границы рынка и состояние конкуренции. В ряде дел существует необходимость выявления доминирующего положения, применения особых мер принуждения и воздействия. Поэтому административный порядок возбуждения и рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства имеет в данной сфере определенное предпочтение. Следует отметить, что в тех странах, в частности в США, где существует судебный порядок применения наказания и иных мер государственного принуждения при нарушении антitrustовского законодательства, создана система предварительного расследования, которое проводят антимонопольные органы.

Обращение в антимонопольные органы заинтересованных лиц имеет некоторые преимущества. Этот процесс экономичен и оптимален. Можно назвать следующие преимущества процедуры рассмотрения дел антимонопольными органами:

- нет формальных требований к заявлению и иным документам, на основе которых антимонопольным органом возбуждается дело;
- не требуется оплаты госпошлины;
- рассмотрение дел часто 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, как правило, оказывается эффективным и быстрым способом защиты конкурентной среды и нарушенных прав хозяйствующих субъектов.

Нормы, регулирующие отношения антимонопольных органов и хозяйствующих субъектов, возникающие в процессе осуществления этим органом контроля и надзора, по своей правовой природе являются публичными. Те же нормы, как правило, устанавливают порядок поведения хозяйствующих субъектов на товарном рынке и регулируют при этом их имущественные отношения. Именно это обстоятельство по-

звolyет говорить о двойственной правовой природе антимонопольных норм. Отсюда вытекают и предусмотренные ст. 23 Закона о защите конкуренции полномочия антимонопольных органов давать хозяйствующим субъектам предписания о прекращении нарушения правил об обеспечении недискриминационного доступа к присоединенным сетям, о заключении, изменении, расторжении договора или о прекращении иных нарушений антимонопольного и гражданского законодательства (в том числе и в договорных отношениях). Антимонопольный орган, вынося решение согласно таким нормам, применяет как публичное, так и гражданское законодательство.

Следует учитывать, что только суду принадлежит исключительная компетенция признавать недействующими нормативные правовые акты или недействительными ненормативные правовые акты государственных органов, органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, признавать недействительными полностью или частично договоры, признавать недействительными торги, а также взыскивать какие-либо денежные суммы. Антимонопольным же органам принадлежит исключительная компетенция признавать положение хозяйствующего субъекта доминирующим.

Важно подчеркнуть, что содержание требований истца (заявителя) при обращении в суд или в антимонопольный орган различается; различны как природа, так и предмет процесса.

При обращении в суд хозяйствующий субъект предъявляет иск о понуждении заключить договор, о рассмотрении возникшего договорного спора, об изменении или расторжении договора. Суд в предусмотренных ст. 445 и 446 ГК РФ случаях рассматривает спор сторон и принимает соответствующее решение.

В антимонопольный орган лицо, права которого нарушены, обращается с требованием выдать предписание прекратить нарушение антимонопольного законодательства и совершить действия, предусмотренные также гражданским законодательством, в том числе заключить или изменить договор.

Дело о нарушении соответствующих запретов антимонопольный орган может возбудить: по заявлению юридического или физического лица; по собственной инициативе при обнаружении признаков нарушения антимонопольного законодательства, в том числе по результатам проведенных плановых и внеплановых проверок; при получении сообщений из средств массовой информации либо при поступлении от органов государственной власти, органов местного самоуправления материалов, указывающих на наличие признаков нарушения антимоно-

польного законодательства. Антимонопольный орган не рассматривает спор хозяйствующих субъектов, а устанавливает, нарушено ли антимонопольное законодательство, а также соответствуют ли требования гражданскому законодательству, и принимает соответствующее решение, дает предписание.

Необходимо еще раз подчеркнуть, что нормы ст. 10, 11 и ряд других норм Закона о защите конкуренции имеют двойственную правовую природу. С одной стороны, они устанавливают запрет хозяйствующим субъектам злоупотреблять доминирующим положением, нарушать публичный порядок в торговом обороте, регулируют отношения антимонопольного органа и хозяйствующего субъекта, т.е. являются публично-правовыми. С другой стороны, указанные нормы регулируют имущественные отношения хозяйствующих субъектов на товарном рынке, что характерно для гражданско-правовых норм.

Поэтому при рассмотрении дел о злоупотреблении доминирующим положением, связанном с заключением и исполнением договора, антимонопольный орган не только устанавливает доминирующее положение соответствующего лица, но и определяет:

а) имеются ли нарушения запретов, установленных ст. 10, 11 Закона о защите конкуренции, в частности, имело ли место ущемление интересов контрагентов (при этом антимонопольный орган применяет нормы Закона о защите конкуренции);

б) соответствуют ли условия договора, порядок исполнения, отказ или уклонение от заключения договора нормам гражданского права (применяются нормы ГК РФ).

Антимонопольный орган, установив нарушения публичного порядка и (или) гражданского законодательства, принимает соответствующее решение.

Учитывая вышеизложенное, нельзя говорить о преимущественном значении антимонопольного законодательства перед гражданским законодательством. Поскольку одна и та же норма регулирует и гражданско-правовые и публично-правовые отношения, то применяя ст. 10, 11 Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган должен учитывать и то, и другое. Например, если речь идет о реализации прав на результаты интеллектуальной деятельности, то при рассмотрении дела антимонопольный орган должен установить, являются ли с точки зрения гражданского права соответствующие действия распоряжением правами на результаты интеллектуальной деятельности. Затем антимонопольный орган применяет норму о том, что запреты, установленные ст. 10, 11 Закона о защите конкуренции, не подлежат применению, по-

скольку действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности не регулируются данными нормами. Речь идет о неприменимости антимонопольных запретов к действиям по осуществлению исключительных прав.

Отличается рассмотрение дел судом и антимонопольным органом и в случае, если необходимо оценить, занимает ли хозяйствующий субъект доминирующее положение, когда доминирующее положение служит предпосылкой для определения злоупотребления доминирующим положением (поскольку само доминирующее положение не является предосудительным).

Дела о картельных соглашениях, согласованных действиях, о нарушениях экономической концентрации, о предоставлении государственных преференций и другие требуют, как правило, их рассмотрения антимонопольным органом. Такие дела попадают в суд при оспаривании решения (предписания) антимонопольного органа хозяйствующим субъектом или органом с публичными полномочиями.

Отличаются решения антимонопольного органа и суда и в вопросе о принудительном исполнении решения. Невыполнение хозяйствующим субъектом предписания антимонопольного органа, выданного на основании решения, принятого при рассмотрении дела, влечет взыскание административного штрафа, предусмотренного ст. 19.5 КоАП РФ. Для реального исполнения ряда решений антимонопольный орган обращается в суд с соответствующим иском (заявлением). Примерный перечень исков (заявлений) о нарушении антимонопольного законодательства, с которыми в случае необходимости антимонопольный орган при невыполнении его решения (предписания) обращается в суд, предусмотрен ч. 6 п. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции. В частности, антимонопольный орган может предъявить иск о взыскании в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства; о понуждении заключить договор; об изменении или расторжении договора; о признании недействующим нормативного правового акта или недействительным ненормативного правового акта, в том числе в случаях, когда государственным органом и органом местного самоуправления, хозяйствующим субъектом не исполнено соответствующее предписание.

Данные особенности административного процесса приводят к тому, что количество обращений в антимонопольные органы с заявлением о нарушениях антимонопольного законодательства, в том числе и в договорных отношениях, ежегодно возрастает.

3. Применение антимонопольными органами гражданского законодательства при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства

Практика арбитражных судов по делам об оспаривании актов антимонопольных органов, по делам, возникающим по искам, предъявляемым антимонопольными органами и участниками товарного оборота, выявляет ряд проблем в применении антимонопольными органами и судами антимонопольного законодательства. Наличие таких проблем сказывается на эффективности решений и предписаний антимонопольных органов. Она снижается из-за встречающегося ненадлежащего толкования и применения антимонопольного законодательства как судами, так и антимонопольными органами.

В частности, одним из дискуссионных вопросов является следующий: вправе ли антимонопольные органы применять гражданское законодательство при принятии решений и выдаче предписаний?

В судебных решениях иногда содержится указание об отсутствии у антимонопольного органа правомочий применять гражданское законодательство при рассмотрении дел о нарушениях антимонопольного законодательства в договорных отношениях. Такую позицию, встречающуюся в судебных решениях, принимаемых при рассмотрении дел об оспаривании предписаний антимонопольных органов, Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлении от 30.06.2008 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»¹ не поддержал.

Во-первых, ст. 10 ГК РФ не допускает использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке, т.е. монополистическую деятельность, признавая такие действия нарушением пределов осуществления гражданских прав. Применение ст. 10 ГК РФ встречается в судебной практике².

¹ Вестник ВАС РФ. 2008. № 8. Постановление действует в редакции постановления Пленума ВАС РФ от 14.10.2010 № 52 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 11.

² Высший Арбитражный Суд Российской Федерации признал правомерным решение антимонопольного органа о понуждении заключить договор на передачу электроэнергии одной энергосбытовой организацией другой организации. Владелец электросети ссылался на ст. 209 ГК РФ, дающую ему право самому распоряжаться принадлежащими на праве собственности сетями. Суд признал эти возражения несостоятельными, расценив действия владельца сетей как злоупотребление доминирующим положением, и, руководствуясь п. 2 ст. 10 ГК РФ, отказал в правовой защите права собственности // Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 4. М.: Юридическая литература, 1997. С. 45–50.

Во-вторых, сам Закон о защите конкуренции содержит нормы, регулирующие имущественные отношения хозяйствующих субъектов в сфере товарного оборота, включая договорные отношения. В перечень предписаний, предусмотренных ст. 23 Закона о защите конкуренции, которые антимонопольные органы вправе выдавать хозяйствующим субъектам, включены предписания об обязанности заключить договор, об изменении его условий или о расторжении договора в случаях злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением.

Соответствующие решения на основании ст. 445 и 446 ГК РФ вправе принимать и суды, т.е. характер отношений, попадающих в круг дел, возбуждаемых и рассматриваемых судом и антимонопольными органами, совпадает.

Статья 23 Закона о защите конкуренции содержит перечень предписаний, которые вправе выдавать антимонопольные органы. Правда, Закон о защите конкуренции ограничил полномочия антимонопольных органов. Он предусмотрел, что предписания, касающиеся заключения, изменения и расторжения договоров, могут быть выданы только в случае, когда при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства путем навязывания невыгодных или дискриминационных условий, об отказе от заключения договора лицами, права которых нарушены или могут быть нарушены, было заявлено соответствующее ходатайство. Это ограничение не находит применения в судебной практике.

Выдача антимонопольным органом предписания, касающегося заключения договора и содержания его условий, не входит в противоречие со ст. 421 ГК РФ, определяющей содержание принципа свободы договора. Ст. 421 ГК РФ, закрепляя принцип свободы договора, допускает его ограничение законом. Ограничения предусмотрены нормами ГК РФ, в том числе ст. 426 ГК РФ о публичном договоре, а также могут содержаться в иных законах, к которым прежде всего относятся законы «О защите конкуренции» и «О естественных монополиях». Ограничения принципа свободы договора вызваны необходимостью защиты государством как публичных интересов, так и прав граждан и хозяйствующих субъектов. Такие исключения особенно важны в сферах экономики, отнесенных к естественным монополиям, где возможно нарушение пределов осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими на рынке доминирующее положение, т.е. в тех сферах, в которых отсутствует экономическое равенство сторон договора, отсутствует конкуренция и необходима правовая защита экономически зависимой стороны.

Ограничения принципа свободы договора, автономии воли субъекта гражданско-правовых отношений характерны для антимонопольно-

го законодательства Европы и иных континентов. В этом проявляется стремление защитить экономически зависимую сторону договора по отношению к стороне договора, обладающей рыночной властью и способной злоупотреблять доминирующим положением на рынке. Например, законодательство Франции предусматривает правомочия антимонопольного ведомства по даче указаний о заключении договора.

Злоупотребление доминирующим положением возможно по отношению как к неопределенному числу потребителей, так и к конкретному субъекту. Судебная практика показывает, что дела о злоупотреблении доминирующим положением могут возбуждаться и по заявлениям хозяйствующих субъектов, и по заявлению органов исполнительной власти, общественных организаций или по инициативе антимонопольного органа в защиту интересов как конкретного лица, так и неопределенного числа лиц.

При рассмотрении судами дел с применением антимонопольного законодательства важное значение имеет постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30. В п. 1 постановления Пленум подчеркнул, что требования антимонопольного законодательства применяются к гражданско-правовым отношениям.

В судебной практике не раз ставился вопрос: может ли суд напрямую применять антимонопольное законодательство при разрешении споров, возникающих при нарушении установленных им запретов? Признание того обстоятельства, что ряд норм антимонопольного законодательства регулирует имущественные отношения участников делового оборота, позволяет положительно ответить на этот вопрос. Например, на основании ст. 10 Закона о защите конкуренции арбитражный суд может обязать занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта заключить договор, если его отказ или уклонение от заключения договора не вызваны экономическими или технологическими обстоятельствами. В целом суд вправе самостоятельно (без какого-либо предварительного рассмотрения дела антимонопольным органом) принимать решения, основанием которых являются нормы Закона о защите конкуренции. Однако при этом должны учитываться презумпции доминирующего положения, предусмотренные ст. 5 данного Закона, и то обстоятельство, что установление доминирующего положения относится к исключительным полномочиям антимонопольного органа.

Статья 5 Закона о защите конкуренции презюмирует доминирующее положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) на рынке определенного товара, дающее ему возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товаров, если доля его на рын-

ке превышает 50%, а также доминирующее положение субъекта естественных монополий на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Презумпция имеет в этом случае процессуальное значение, т.е. не обязывает доказывать презюмируемый факт. Напротив, тот, кто оспаривает презумпцию доминирующего положения, должен представить суду доказательства, что его положение на товарном рынке не может быть признано доминирующим. Поскольку определение доминирующего положения требует специальных экономических знаний, суд при оспаривании решения антимонопольного органа согласно ст. 82 АПК РФ может назначить экспертизу. К сожалению, встречаются в судебной практике дела, когда вопреки заключению антимонопольного органа суд сам устанавливает доминирующее положение.

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в п. 13 постановления от 30.06.2008 № 30 рекомендовал арбитражным судам при возникновении разногласий относительно обстоятельств, связанных с определением доли хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара, с учетом положений п. 1 ст. 82 АПК РФ назначать экспертизу, поскольку для определения доминирующего положения и занимаемой хозяйствующим субъектом доли рынка требуются специальные знания, анализ рынка.

4. Меры воздействия, применяемые антимонопольными органами к нарушителям антимонопольного законодательства, и порядок их применения

Статья 23 Закона о защите конкуренции наделяет антимонопольные органы полномочиями применять различные меры воздействия к нарушителям антиконкурентных запретов и прав контрагентов. Различен и порядок их применения.

К мерам воздействия, предусмотренным антимонопольным законодательством, можно отнести:

1) выдачу предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат нарушения п. 3 и 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции (пп. 3.2 п. 1 ст. 23 и ст. 39.1 Закона);

2) направление предостережения о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства (пп. 4.1 п. 1 ст. 23, ст. 25.7 Закона о защите конкуренции);

3) возбуждение и рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства, принятие решений и (или) предписаний (пп. 1 п. 1 ст. 23);

4) привлечение к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, возбуждение и рассмотрение дел об административных правонарушениях (пп. 5 п. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции, КоАП РФ);

5) обращение в арбитражный суд с исками или заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства (пп. 6 п. 1 ст. 23, п. 5 ст. 18, п. 2, 4 ст. 34 Закона о защите конкуренции).

Виды выдаваемых антимонопольным органом предписаний предусмотрены ст. 23 Закона о защите конкуренции. При этом по-разному определены виды предписаний, выдаваемые хозяйствующим субъектам и органам с публичными полномочиями (соответственно пп. 2, 3 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции). Эти перечни выдаваемых предписаний не являются исчерпывающими.

Между мерами воздействия установлена определенная связь. Законом о защите конкуренции предусмотрена последовательность порядка их применения. При нарушении пп. 3 и 5 п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции административный орган не вправе возбуждать дело. В этом случае направляется предупреждение. Только при невыполнении предупреждения в обусловленный срок возбуждается дело.

Дела о применении ответственности, предусмотренной ст. 14.9, 14.31–14.33 КоАП РФ, возбуждаются на основании решения антимонопольного органа, установившего соответствующее нарушение. Только решение антимонопольного органа о нарушении антимонопольного законодательства служит основанием для возбуждения дела о применении наказания, предусмотренного перечисленными статьями КоАП РФ.

Подпункт 5 п. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции содержит перечень исков, заявлений о нарушении антимонопольного законодательства, с которыми антимонопольный орган может обращаться в суд. Основанием для такого обращения главным образом служит невыполнение предписания, выданного при рассмотрении возбужденного дела.

Ряд других статей Закона о защите конкуренции называет гражданско-правовые иски о недействительности сделок, с которыми антимонопольные органы вправе обращаться в суд. Во-первых, это иски о признании судом недействительными торгов или заключенных по результатам таких торгов сделок (п. 5 ст. 18 Закона о защите конкуренции); во-вторых, иски о признании недействительными сделок, осуществленных с нарушением ст. 28 и 29 Закона о защите конкуренции, т.е. сделок без получения предварительного согласия антимонопольного органа, если такие сделки привели или могут привести к ограничению конкуренции (п. 2 ст. 34 Закона); в-третьих, иски о признании не-

действительности сделок, указанных в п. 5 ч. 1 ст. 30 и в ст. 31 Закона о защите конкуренции, осуществленных с нарушением порядка уведомления антимонопольного органа, если такие сделки привели или могут привести к ограничению конкуренции (п. 4 ст. 34 Закона).

Применяя перечисленные меры воздействия с соблюдением установленного порядка, антимонопольные органы выполняют свои функции, предусмотренные ст. 22 Закона о защите конкуренции.

5. Срок давности возбуждения антимонопольными органами дел о нарушениях антимонопольного законодательства и срок привлечения к административной ответственности

Статья 41.1 Закона о защите конкуренции устанавливает срок давности возбуждения дел о нарушениях антимонопольного законодательства и порядок его исчисления. Этот срок равняется трем годам. Моментом начала течения трехгодичного срока является день нарушения антимонопольного законодательства. При длящемся нарушении антимонопольного законодательства срок исчисляется со дня обнаружения или со дня прекращения нарушения.

В случае обращения с заявлением по окончании давностного срока антимонопольный орган отказывает в возбуждении дела, а при обнаружении истечения срока в процессе рассмотрения возбужденного дела прекращает производство по нему.

Иначе определен срок давности привлечения к административной ответственности. Этот срок установлен п. 1 ст. 4.5 КоАП РФ. Согласно этой норме по истечении двух месяцев со дня совершения административного правонарушения ответственность не может быть применена. Однако за нарушение норм ряда отраслей законодательства, в том числе антимонопольного законодательства и законодательства о естественных монополиях, установлен иной срок давности. Постановление о применении ответственности за нарушение антимонопольного законодательства не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения. При длящемся характере административного правонарушения согласно ч. 2 ст. 4.5 КоАП РФ этот срок исчисляется со дня обнаружения нарушения.

Согласно ч. 6 ст. 4.5 КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные ст. 14.9, 14.31, 14.31.1–14.33 КоАП РФ, начинается со дня вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, независимо от того, является ли нарушение длящимся.

Судебная практика признала в качестве момента, определяющего факт обнаружения нарушения, момент издания антимонопольным органом приказа о возбуждении дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства (постановление Президиума ВАС РФ от 13.12.2011 № 11132/11).

§ 2. Выдача предупреждения и направление предостережения

1. Цель и порядок выдачи предупреждения

Закон о защите конкуренции запрещает занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектам как действия (бездействие), ведущие к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, так и действия (бездействие) по ущемлению интересов других лиц — контрагентов. Последние действия (бездействие), не оказывая негативного влияния на конкуренцию, могут ущемлять интересы даже отдельного лица, т.е. социальная значимость этих видов нарушений несопоставима. Между тем жесткие санкции, установленные КоАП РФ, применялись независимо от того, каковы были характер и последствия злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением. Третий антимонопольный пакет для устранения возникшей диспропорции ввел новый правовой институт — выдачу доминирующему хозяйствующему субъекту предупреждения о прекращении действия (бездействия), содержащего признаки ущемления прав и интересов контрагентов. Применение такой меры воздействия, как предупреждение, регулируется ст. 39¹ Закона о защите конкуренции и приказом Федеральной антимонопольной службы от 14.12.2011 № 874 «Об утверждении порядка выдачи предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства».

Такая мера воздействия применяется при наличии ряда условий:

а) предупреждение выдается хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение на рынке определенного товара;

б) предупреждение выдается при нарушении п. 3 и 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, т.е. в случае выявления фактов навязывания контрагенту невыгодных для него или не относящихся к предмету договора условий, а также в случае экономически или технологически необусловленного отказа либо уклонения от заключения договора;

в) предупреждение выдается при установлении антимонопольным органом признаков нарушения хозяйствующим субъектом запретов, установленных п. 3 и 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

2. Правовая природа предупреждения

Применение такой меры воздействия предшествует возбуждению дела и рассматривается законом как обязанность антимонопольного органа. Направление предупреждения исключает как возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства, так и применение ответственности при условии, что предупреждение выполнено. Во введении этой меры воздействия видят определенную либерализацию антимонопольного законодательства.

В судебной практике возник вопрос, каков правовой характер предупреждения и может ли оно быть оспорено в суде. Из п. 1 ст. 41 Закона о защите конкуренции следует, что предупреждение, наряду с определением, решением, предписанием антимонопольного органа, отнесено к ненормативным правовым актам. Предупреждение обязательно к исполнению и по своему воздействию равнозначно предписанию. Оно, как и иные ненормативные акты, может быть оспорено в суде.

Установленный порядок подготовки и направления предупреждения не предусматривает участия хозяйствующего субъекта, которому выдается предупреждение, в рассмотрении материалов. При несогласии с предупреждением хозяйствующий субъект может оспорить (обжаловать) его в арбитражном суде либо не исполнить его, что приведет к возбуждению дела антимонопольным органом и позволит определить, было ли допущено нарушение.

Судебная практика допускает возможность обжалования предупреждения. Так, Арбитражный суд Самарской области рассмотрел заявление ЗАО «Самарские электрические сети» с требованием о признании недействительным предупреждения. При рассмотрении заявления суд пришел к выводу, что предупреждение, обязывающее заявителя заключить договоры о технологическом присоединении с каждым из предпринимателей, занимающих нежилые помещения в многоквартирном доме, выдано с нарушением законодательства, и признал предупреждение как ненормативный правовой акт недействительным. Решение суда первой инстанции было оставлено в силе постановлениями арбитражных судов апелляционной и кассационной инстанций (дело № А55-5939/2012 Арбитражного суда Самарской области).

3. Подготовка и направление предупреждения

Основанием для выдачи предупреждения является выявление антимонопольным органом признаков нарушения п. 3 и 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. По поступившим материалам проводится внутриведомственная правовая экспертиза. При выявлении признаков нарушения упомянутых запретов в течение двух дней подготавливается проект предупреждения. Проект представляется руководителю антимонопольного органа и после подписания в течение одного дня направляется хозяйствующему субъекту с уведомлением о вручении. Срок выполнения предупреждения должен составлять не менее 10 дней. Хозяйствующий субъект, которому выдано предупреждение, обязан уведомить антимонопольный орган о выполнении предупреждения в течение трех дней со дня окончания срока. Таким образом, данная мера воздействия резко укорачивает срок устранения нарушений. Однако этот срок соблюдается, если речь идет о хозяйствующем субъекте, доминирующее положение которого уже установлено. В ином случае до направления предупреждения необходимо анализировать товарный рынок и устанавливать наличие доминирующего положения (п. 7 ст. 44 Закона о защите конкуренции).

4. Содержание предупреждения

Согласно п. 4 ст. 39.1 Закона о защите конкуренции предупреждение должно содержать: 1) выводы о наличии оснований для его выдачи; 2) нормы антимонопольного законодательства, нарушенные действиями (бездействием) лица, которому выдается предупреждение; 3) перечень действий, направленных на прекращение нарушений антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствующих возникновению такого нарушения, устранению последствий нарушения; 4) разумный срок его выполнения.

5. Цель и основания направления предостережения

Цель предостережения вытекает из самого названия этой меры воздействия. Предостережение направляется до нарушения антимонопольного законодательства, для того чтобы предотвратить нарушение.

Полномочия антимонопольного органа направить предостережение предусмотрены п. 4.1 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции. Предостережение о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства направляется должностным лицам хозяйствующих субъектов.

Основанием направления является публичное заявление о планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению антимонопольного законодательства.

6. Порядок направления предостережения

Этот порядок определен ст. 25.7 Закона о защите конкуренции и приказом ФАС России от 14.12.2011 № 873 «Об утверждении порядка направления предостережения о недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению антимонопольного законодательства».

Для направления предостережения установлены очень короткие сроки. Необходимые материалы направляются для проведения внутриведомственной правовой экспертизы, которая должна быть проведена в течение двух дней со дня обнаружения или получения информации. По результату экспертизы, проводимой в срок, не превышающий трех рабочих дней, готовится заключение. При установлении наличия оснований для направления предостережения готовится его проект, который представляется руководителю антимонопольного органа. При принятии решения о направлении предостережения последнее направляется должностному лицу хозяйствующего субъекта в течение одного дня.

7. Содержание предостережения

В предостережении, подписываемом руководителем антимонопольного органа, должны содержаться нормы антимонопольного законодательства, которые могут быть нарушены хозяйствующим субъектом, и основания направления. Таким образом, короткие сроки рассмотрения публичного заявления и направления предостережения должны способствовать предупреждению нарушения антимонопольного законодательства.

§ 3. Порядок возбуждения и рассмотрения антимонопольными органами дел о нарушениях антимонопольного законодательства

1. Основания для возбуждения дела о нарушениях антимонопольного законодательства и место рассмотрения дела

Закон о защите конкуренции достаточно детально регулирует порядок возбуждения и рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного за-

конодательства. Вместе с тем существенное значение имеет и «Административный регламент Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации», утвержденный приказом ФАС России от 25.12.2007 № 447³ и действующий в редакции приказа ФАС России от 26.04.2010 № 212⁴.

Основания для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела определены ст. 39 Закона о защите конкуренции. Наряду с материалами, поступающими из государственных органов, органов местного самоуправления, заявлениями юридических или физических лиц, сообщениями средств массовой информации большое значение придается обнаружению самим антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства, установлению фактов нарушения в результате проведения антимонопольным органом плановых и внеплановых проверок соблюдения антимонопольного законодательства. Ст. 24 и 25 Закона о защите конкуренции предоставляют широкие полномочия работникам антимонопольных органов по обнаружению фактов нарушения антимонопольного законодательства. Ст. 25.1–25.6 детально урегулировали основания и порядок проведения плановых и внеплановых проверок, осуществляемых антимонопольными органами. Выявленные в результате проверок факты нарушения антимонопольного законодательства являются основанием для возбуждения дел по инициативе антимонопольного органа.

Установлению фактов нарушений способствует и норма об обязанностях органов власти и местного самоуправления, организаций (их должностных лиц) представлять в антимонопольный орган по его мотивированному требованию документы, объяснения, информацию.

Согласно п. 3 ст. 39 Закона о защите конкуренции антимонопольные органы рассматривают дела либо по месту совершения нарушения, либо по месту нахождения лица, в отношении которого подаются материалы или заявления. Широко определены права федерального антимонопольного органа, который в соответствии с п. 3 ст. 39 Закона о защите конкуренции вправе рассматривать дела независимо от места совершения нарушения или места нахождения лица, в отношении которого подано заявление.

Более детально разграничена компетенция ФАС России и его территориальных органов Административным регламентом, предусма-

³ Российская газета. 28.06.2008. № 138.

⁴ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 29.

тривающим, что заявления и материалы, указывающие на признаки нарушения антимонопольного законодательства федеральными органами исполнительной власти, иными органами и организациями, осуществляющими их функции, подаются в ФАС России. Кроме того, ФАС России в случае необходимости может запросить у территориального органа любые заявления, материалы для своего рассмотрения (п. 3 ст. 10 Регламента).

2. Порядок возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства

Государственные органы, органы местного самоуправления, юридические и физические лица направляют в соответствующий антимонопольный орган материалы и заявления в письменном виде с приложением документов, свидетельствующих о фактах нарушения антимонопольного законодательства. Юридические и физические лица в заявлении должны указать признаки нарушения антимонопольного законодательства. Содержание заявления определено ст. 44 Закона о защите конкуренции. Антимонопольный орган рассматривает заявления и материалы в срок, не превышающий одного месяца. Соответствующее структурное подразделение устанавливает наличие (отсутствие) признаков нарушения антимонопольного законодательства и представляет руководителю антимонопольного органа свое заключение. В случае положительного заключения руководитель издает приказ о возбуждении дела и создании комиссии по его рассмотрению. Состав комиссии, порядок ее формирования определены ст. 40 Закона о защите конкуренции. Комиссия выступает от имени антимонопольного органа, принимает такие акты, как предупреждения, определения, решения, предписания.

Заявление, материалы рассматриваются в срок, не превышающий месяца со дня их поступления (ст. 44 Закона о защите конкуренции). Определение о назначении дела к рассмотрению выносится председателем комиссии в срок, не превышающий 15 дней со дня издания приказа о возбуждении дела и создании комиссии.

3. Лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, и их права

Субъектами процесса являются заявители — лица, направившие материалы и заявления, и ответчики — лица, в отношении которых поданы заявления, материалы или в действиях (бездействии) которых антимо-

нопольным органом обнаружены признаки нарушения антимонопольного законодательства. В делах, возбужденных по инициативе антимонопольного органа (особенно при сговорах, согласованных действиях), ответчиками могут быть несколько лиц.

Кроме того, ст. 42 Закона о защите конкуренции предусматривает участие в процессе заинтересованных лиц, под которыми понимаются лица, чьи права и законные интересы затрагиваются в связи с рассмотрением дела.

В случае привлечения комиссией для рассмотрения дела экспертов, переводчиков и лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых обстоятельствах, они не признаются участниками процесса.

Права лиц, участвующих в деле, определены ст. 43 Закона о защите конкуренции. Они вправе знакомиться с материалами дела, представлять доказательства, задавать вопросы другим участникам процесса, заявлять ходатайства, давать пояснения в письменной и устной форме, приводить свои доводы, возражать против ходатайств других лиц.

Статья 43 Закона о защите конкуренции предоставляет участвующим в деле лицам право с помощью средств аудиозаписи фиксировать ход рассмотрения дела. Этой же статьей предусмотрена обязанность добросовестно пользоваться своими правами.

Необходимо отметить, что лица, обратившиеся с заявлением, и иные лица, участвующие в возбужденном деле, обязаны по мотивированному требованию антимонопольного органа представить соответствующую информацию, документы. Эта обязанность вытекает как из ст. 25, так и из п. 2 ст. 44 Закона о защите конкуренции.

4. Рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства

Статья 45 Закона о защите конкуренции регулирует порядок рассмотрения комиссией дела о нарушении антимонопольного законодательства. Дело рассматривается на заседании комиссии с участием лиц, участвующих в деле. Комиссия может рассмотреть дело и в отсутствие этих лиц, если они были извещены надлежащим образом. В процессе рассмотрения дела заслушиваются мнения и пояснения лиц, участвующих в деле, исследуются доказательства, заслушиваются лица, располагающие данными об обстоятельствах рассматриваемого дела. Кроме того, пояснения лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых обстоятельствах, являются, по сути, свидетельскими показаниями. В ходе рассмотрения дела ведется протокол.

Закон допускает объявление о перерыве в заседании и об отложении рассмотрения дела по основаниям, предусмотренным ст. 47 Закона о защите конкуренции. Этой статьей также предусмотрено право комиссии по указанным в статье основаниям приостановить рассмотрение дела. Комиссия с учетом оснований, предусмотренных ст. 47.1, может объединить в одно производство два и более дела о нарушении антимонопольного законодательства, а также выделить в отдельное производство несколько дел.

Дело о нарушении антимонопольного законодательства рассматривается в срок, не превышающий трех месяцев со дня вынесения определения о назначении дела к производству. При наличии оснований срок может быть продлен комиссией, но не более чем на шесть месяцев.

5. Доказательства и доказывание

При рассмотрении возбужденных дел антимонопольный орган использует обычные для процесса доказательства: объяснения участвующих в рассмотрении дела лиц, документы в письменном и электронном виде и др. Однако имеются и особенности, обусловленные характером (содержанием) норм Закона о защите конкуренции и полномочиями антимонопольного органа. Прежде всего следует отметить большое значение заключений структурных подразделений, основанных на материалах осуществляемого антимонопольным органом анализа товарного рынка. В соответствии с Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, данная деятельность используется для анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов) и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, в том числе и при рассмотрении дел о нарушениях антимонопольного законодательства.

Речь идет о заключениях, определяющих доминирующее положение хозяйствующего субъекта — предполагаемого нарушителя, если он не включен в реестр, заключениях о группе лиц и ее участниках, о географических и продуктовых границах товарного рынка, анализе цен (тарифов), если возникает проблема определения монопольно высоких или монопольно низких цен, и иных заключениях.

При рассмотрении антимонопольным органом, как правило, не используется экспертиза. В соответствии со ст. 88 АПК РФ арбитражный суд назначает экспертизу, если для разъяснения возникающих при рас-

смотреии дел вопросов требуются специальные знания. Специальными знаниями, необходимыми для применения при рассмотрении антимонопольными органами дел, обладают работники антимонопольных органов, осуществляющие анализ товарных рынков. Поэтому заключения соответствующих структурных подразделений антимонопольного органа по существу могут быть приравнены к экономической экспертизе. Они оцениваются судами при рассмотрении антимонопольных дел.

Вторая особенность связана с применением принципа *per se*, согласно которому нарушение ряда запретов, установленных ст. 10 и 11 Закона о защите конкуренции, само по себе рассматривается как нарушение антимонопольного законодательства, независимо от тех последствий, к которым оно приводит. Пленум ВАС РФ в п. 4 постановления от 30.06.2008 № 30 указал: «в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие угрозы наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом».

Третью особенность составляет предусмотренная ст. 25 Закона о защите конкуренции обязанность хозяйствующего субъекта и органов с публичными полномочиями представлять антимонопольному органу по мотивированному запросу необходимую информацию. Требование представить информацию может быть обращено в любое время, в том числе до возбуждения дела и при рассмотрении возбужденного дела. Эта обязанность существует наряду с распределением бремени доказывания и необходимостью представления лицами, участвующими в деле, доказательств в обоснование своих требований и возражений.

Судебная практика при непредставлении или просрочке представления истребованной при рассмотрении дела информации признает правомерным возбуждение антимонопольным органом дела о привлечении к ответственности, предусмотренной ст. 19.8 КоАП РФ⁵.

6. Принятие комиссией решения по делу.

Виды принимаемых актов

Согласно ст. 41 Закона о защите конкуренции комиссия принимает предупреждения, определения, решения, постановления, предписания. Виды и форма актов, принимаемых комиссией, утверждены приказом ФАС России от 22.12.2006 № 337 «Об утверждении форм актов,

⁵ См.: постановление Президиума ВАС РФ от 16.11.2010 № 9532/10 по делу № А40-122193/09-122-808 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 2.

принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства». В процессе возбуждения и рассмотрения дел в случаях, предусмотренных Законом, комиссия принимает определения.

После исследования доказательств по делу, изучения позиций лиц, участвующих в деле, проведения опроса лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых обстоятельствах, комиссия принимает соответствующий акт.

Комиссия может прекратить рассмотрение дела в случаях, установленных ст. 48 Закона о защите конкуренции. Например, при добровольном устранении нарушения лицом, совершившим такое нарушение, отсутствии нарушений в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии), ликвидации юридического лица — единственного ответчика по делу и других указанных в статье случаях.

При принятии решения по существу дела комиссия определяет факт нарушения антимонопольного законодательства, оценивает доказательства и доводы, представленные участниками процесса, определяет подлежащие применению нормы антимонопольного и иного законодательства Российской Федерации, устанавливает права и обязанности лиц, участвовавших в деле, разрешает вопрос о выдаче предписания (ст. 50 Закона).

Решение по делу подлежит оглашению по окончании рассмотрения дела. При этом согласно ст. 49 Закона может быть оглашена только его резолютивная часть. В полном объеме решение должно быть изготовлено в срок, не превышающий десяти рабочих дней со дня оглашения. Копия решения немедленно направляется или вручается сторонам. Дата изготовления решения в полном объеме (дата, указанная в самом решении) считается датой его принятия. Эта норма очень важна, так как судебная практика и разъяснения ФАС России признают, что с этой даты решение антимонопольного органа вступает в силу.

В соответствии с п. 1.2 ч. 1 ст. 28.1 КоАП РФ вступление в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, является поводом к возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 14.9, 14.31, 14.31¹—14.33. Следовательно, такое решение антимонопольного органа, принятое в порядке, предусмотренном гл. 9 Закона о защите конкуренции, приобретает новое правовое значение — освобождает антимонопольный орган от необходимости проводить административное расследование и *выявлять факты правонарушения при составлении протокола*. Решение антимонопольного органа служит поводом для возбуждения дел об административных правонарушениях,

предусмотренных ст. 14.9, 14.31, 14.31¹–14.33 КоАП РФ и прилагается к протоколу⁶.

Следует отметить, что согласно п. 2 ст. 49 Закона о защите конкуренции в случае прекращения возбужденного дела в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 48 в связи с добровольным устранением нарушения антимонопольного законодательства и его последствий лицом, совершившим такое нарушение, в резолютивной части решения должны содержаться сведения об установлении факта нарушения ответчиком или ответчиками антимонопольного законодательства. Такое решение может служить поводом к возбуждению дела о привлечении к ответственности, предусмотренной КоАП РФ.

7. Выдача предписания

В соответствии со ст. 50 Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании решения по делу административная комиссия выдает ответчику обязательное к исполнению предписание. При наличии нескольких ответчиков предписание выдается отдельно каждому ответчику. Предписание изготавливается одновременно с решением.

Решение принимается комиссией от имени антимонопольного органа, поэтому предписание, как и решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства, является правовым актом органа исполнительной власти — антимонопольного органа.

Статья 23 Закона о защите конкуренции содержит перечень возможных видов предписаний, выдаваемых антимонопольным органом. В статье отдельно предусмотрены виды предписаний, адресуемых хозяйствующим субъектам и органам государственной власти, органам местного самоуправления. Эти перечни не являются исчерпывающими.

Предписания, выдаваемые на основании решения Комиссии по делам о нарушении антимонопольного законодательства, должны соответствовать этому решению и определять срок исполнения.

Неисполнение в срок предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства влечет ответственность, предусмотренную ст. 19.5 КоАП РФ. Под неисполнением в срок предписания по делу о

⁶ См. п. 10.1 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 в редакции постановления Пленума ВАС РФ от 14.10.2010 № 52 «О внесении изменений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 “О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства”» // Вестник ВАС РФ. 2010. № 11.

нарушении антимонопольного законодательства согласно п. 4 ст. 51 Закона о защите конкуренции понимается исполнение предписания частично, исполнение с нарушением указанного в предписании срока или уклонение от его исполнения.

Как отметил в п. 23 постановления от 30.06.2008 Пленум ВАС РФ, право антимонопольного органа обратиться в арбитражный суд с исками, заявлениями о понуждении к исполнению своих решений и предписаний не может рассматриваться как предоставленная антимонопольному органу возможность заявлять требования о подтверждении законности своего решения или о выдаче исполнительного листа. В случае неисполнения предписания антимонопольный орган вправе обратиться в арбитражный суд с самостоятельным требованием к нарушителю. Так, могут быть заявлены требования (иски или заявления) о признании недействующими нормативных актов и недействительными ненормативных актов, о признании недействительным полностью или частично договора, если при его заключении нарушены требования антимонопольного законодательства, об обязательном заключении договора, об изменении и расторжении договора, о признании торгов недействительными и иные иски (заявления), предусмотренные ст. 23 Закона о защите конкуренции.

8. Порядок и сроки обжалования (оспаривания) решений и предписаний антимонопольного органа

Сроки и подведомственность заявлений о признании недействительными правовых актов антимонопольных органов определены ст. 52 Закона о защите конкуренции. Данная статья, устанавливающая сроки обжалования решений или предписаний, помещена в гл. 9 Закона, касающуюся рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, но ей присущ более общий характер, поскольку она применима и при обжаловании иных актов антимонопольного органа.

В редакции данной статьи, введенной в действие с 2012 г., во-первых, определена подведомственность заявлений об оспаривании актов антимонопольных органов. Такие заявления, независимо от того, подаются ли они гражданами или юридическими лицами, подлежат рассмотрению арбитражными судами. В качестве объекта обжалования названы решения и (или) предписания, хотя антимонопольный орган принимает различные акты — приказы об утверждении реестров, акты, выдаваемые при рассмотрении заявлений, связанных с экономической концентрацией, и т.д. Следовательно, термин «решение» подлежит широкому толкованию, так как в соответствии со ст. 46 Конституции в суд могут быть

обжалованы любые нормативные и ненормативные правовые акты государственных органов. Судебная практика рассматривает требования об оспаривании и решения и предписания как единое требование.

В ст. 41 Закона о защите конкуренции в качестве актов, принимаемых комиссиями, названы: предупреждение, определение, решение, предписание. В судебной практике возникал вопрос, все ли определения комиссии могут быть обжалованы. Так, в Арбитражный суд Владимирской области обратился общество с заявлением о признании незаконным приказа Управления Федеральной антимонопольной службы в части возбуждения против него дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства. Суд первой инстанции производство по делу прекратил, считая, что такое определение обжалованию не подлежит. Апелляционная и кассационная инстанции решение суда оставили в силе. В постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 22.09.2009 имелось указание на то, что приказ о назначении комиссии не устанавливает, было ли совершено нарушение антимонопольного законодательства, следовательно, не может выступать предметом самостоятельного судебного обжалования, поскольку является процессуальным документом и не устанавливает, не изменяет и не отменяет прав и обязанностей субъектов правоотношений в области антимонопольного законодательства и не носит властно-распорядительного характера (дело № А11-1869/2009).

Судебная практика рассматривает требования об оспаривании и решения, и предприятия как единое требование. Согласно п. 2 ст. 52 Закона о защите конкуренции исполнение предписания антимонопольного органа приостанавливается лишь в случае принятия арбитражным судом к производству заявления об обжаловании предписания. Исполнение приостанавливается до дня вступления решения арбитражного суда в силу.

Трехмесячный срок оспаривания ненормативных правовых актов установлен также п. 4 ст. 198 АПК РФ и исчисляется со дня, когда государственному или муниципальному органу, организации или гражданину стало известно о нарушении их прав. Срок обжалования не является пресекательным — при его пропуске по уважительной причине суд вправе восстановить пропущенный срок.

9. Разъяснение антимонопольным органом решений и (или) предписаний. Пересмотр решения и (или) предписания по новым и вновь открывшимся обстоятельствам

Статья 51.1 Закона о защите конкуренции предусматривает правомочие принявшей решение Комиссии по заявлению лица, участвующе-

го в деле, или по собственной инициативе дать разъяснения решения, исправить допущенные в решении описки, опечатки, арифметические ошибки. Разъяснения, исправления описок, опечаток оформляются в виде определения и направляются участвующим в деле лицам не позднее 15 рабочих дней со дня поступления заявления.

Статья 51.2 Закона о защите конкуренции вводит еще один очень важный процессуальный институт — возможность пересмотра решения и (или) предписания по новым или вновь открывшимся обстоятельствам. Статьей предусмотрены основания для пересмотра решения, срок и порядок рассмотрения ходатайств лица, обратившегося с заявлением о пересмотре решения.

Включение в Закон о защите конкуренции третьим антимонопольным пакетом более детальных процессуальных норм и ряда новых процессуальных институтов позволяет утверждать, что гл. 9 Закона о защите конкуренции, по существу, является наиболее полным нормативным актом об административном способе рассмотрения дел о защите нарушенных или оспариваемых прав и публичных интересов.

§ 4. Порядок возбуждения и рассмотрения антимонопольными органами дел о применении предусмотренной КоАП РФ административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства

1. Органы, имеющие полномочия возбуждать и рассматривать дела о применении ответственности за административные правонарушения антимонопольного законодательства

Пункт 5 ст. 23 Закона о защите конкуренции наделяет антимонопольные органы полномочиями привлекать к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства коммерческие и некоммерческие организации, их должностных лиц; физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей; должностных лиц органов государственной власти и органов местного самоуправления в порядке, который установлен законодательством Российской Федерации. Антимонопольное законодательство носит комплексный характер. За нарушение его норм предусмотрена административная, гражданско-правовая, уголовно-правовая ответственность. Порядок привлечения

к административной ответственности и применения ответственности установлен не Законом о защите конкуренции, а КоАП РФ⁷.

Согласно ст. 23.48 КоАП РФ полномочия возбуждать дела о привлечении к ответственности за нарушения антимонопольного законодательства, перечисленные в п. 1 этой статьи, возложены на федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы. Рассматривать эти дела от имени антимонопольного органа вправе:

1) руководитель федерального антимонопольного органа, его заместители;

2) руководители структурных подразделений федерального антимонопольного органа, их заместители, за исключением дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 14.3, 14.9, 14.31–14.33 КоАП РФ;

3) руководители территориальных органов и их заместители.

В процессе возбуждения дела при необходимости может проводиться административное расследование, составляться протокол об административном правонарушении. Эти действия осуществляются должностными лицами органов, уполномоченных рассматривать дела. Перечни должностных лиц Федеральной антимонопольной службы и территориальных органов, которые вправе составлять протоколы об административном правонарушении, утверждены приказами руководителя ФАС России.

2. Поводы и основания возбуждения антимонопольным органом дел об административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства

Поводы к возбуждению дел установлены ст. 28.1 КоАП РФ. В ч. 1 этой статьи перечислены пять поводов, в том числе непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы, достаточных данных, которые указывают на наличие события административного правонарушения; материалы, поступившие от правоохранительных органов, а также других государственных органов, органов местного самоуправления, от общественных организаций; сообщения и заявления физических и юридических лиц, а также сообщения в средствах массовой информации. Факты неисполнения предписаний, непредставления ходатайств, уведомлений, информации обычно известны непосредственно антимонопольному органу и служат

⁷ См. гл. 12 настоящего учебника.

поводом и основанием возбуждения дела по его инициативе. Известны факты нарушения антимонопольного законодательства также при возбуждении дел в порядке, предусмотренном гл. 9 Закона о защите конкуренции.

Согласно ч. 1.2 ст. 28.1 КоАП РФ поводом к возбуждению дел об административных нарушениях, предусмотренных ст. 14.9, 14.31, 14.31¹–14.33 КоАП РФ, является вступление в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства.

Согласно п. 3 ст. 28.1 поводы, предусмотренные ч. 1 и 1.1. этой статьи, являются основаниями для возбуждения дела об административном правонарушении. Дело считается возбужденным с момента составления уполномоченными должностными лицами антимонопольного органа протокола об административном правонарушении, вынесения определения о возбуждении дела. При необходимости проведения административного расследования выносится соответствующее определение.

В протоколе об административном правонарушении указываются данные, предусмотренные ч. 2 ст. 28.2 КоАП РФ, в том числе сведения о лицах, в отношении которых возбуждено дело, время совершения и событие административного правонарушения, статья КоАП РФ, предусматривающая ответственность за это правонарушение. Протокол составляется уполномоченными должностными лицами антимонопольного органа с участием физического лица или законного представителя юридического лица, в отношении которого возбуждено дело, и подписывается ими. Такие лица вправе представлять объяснения и замечания по содержанию протокола. В случае неявки этих лиц, если они извещены в установленном порядке, протокол составляется в их отсутствие.

Согласно ч. 62 ст. 28.3 должностные лица федерального антимонопольного органа и его территориального органа составляют протоколы об административных правонарушениях, ответственность за которые предусмотрена ч. 1 ст. 19.4, ч. 1 ст. 19.6, 19.7 КоАП РФ. В случаях, когда после выявления административного правонарушения в области антимонопольного законодательства осуществляется экспертиза или иные процессуальные действия, требующие значительных временных затрат, должностное лицо, уполномоченное в соответствии со ст. 28.3 КоАП РФ составлять протокол об административном правонарушении, принимает решение о возбуждении дела и о проведении административного расследования.

Статьи 28.2 и 28.7 КоАП РФ определяют место и срок проведения административного расследования. Административное расследование

проводится по месту совершения или выявления административного правонарушения и не может превышать одного месяца с момента возбуждения дела. При наличии решения Комиссии, принятого в порядке, установленном гл. 9 Закона о защите конкуренции, как правило, отсутствует основание для проведения административного расследования.

Протокол об административном правонарушении является актом возбуждения дела. Дело считается возбужденным с момента составления протокола. Административное расследование и действия по составлению протокола, по существу, являются первоначальными действиями производства по делам об административных правонарушениях.

Ни в ч. 4 ст. 28.1, ни в п. 62 ст. 28.1 КоАП РФ, предусматривающих основания для составления протокола об административном правонарушении и принятия определения о проведении административного расследования, не были внесены изменения, содержащие указания на необходимость составления протокола и проведения административного расследования при наличии решения комиссии, устанавливающего факты нарушения антимонопольного законодательства. Поэтому можно полагать, что решение комиссии по указанным в п. 1.2 ст. 28.1 правонарушениям служит как особым поводом, так и основанием к возбуждению дела. В этом решении уже установлены факты правонарушений, предусмотренных ст. 14.9, 14.31, 14.31¹—14.33 КоАП РФ, следовательно, отпадает необходимость проводить административное расследование и осуществлять ряд действий, обязательных при административном расследовании.

Иное значение придано в этом случае протоколу. Протокол об административном правонарушении, составленный уполномоченным должностным лицом антимонопольного органа, является ненормативным актом. В протоколе должны быть отражены факты, установленные в принятом комиссией от имени антимонопольного органа решении. В составлении протокола участвует лицо, в отношении которого возбуждается дело. Поскольку дело считается в силу п. 4 ст. 28.1 КоАП РФ возбужденным с момента составления протокола, постольку протокол, видимо, должен составляться и при наличии решения комиссии, созданной антимонопольным органом, о нарушении антимонопольного законодательства. Поводом к возбуждению дела в этом случае служит как решение комиссии, принятое по окончании рассмотрения дела, так и протокол.

В судебной практике суды часто признавали решения антимонопольного органа незаконными в связи с неполнотой содержания протокола. Пленум ВАС РФ в п. 10.2 постановления от 30.06.2008 № 30, включенном постановлением от 14.10.2010 № 52, указал, что само по

себе отсутствие в протоколе по делу об административном правонарушении, предусмотренном ст. 14.9, 14.31, 14.31¹–14.33 КоАП РФ, информации, содержащейся в решении комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, при наличии в протоколе ссылки на это решение (с приложением данного решения к протоколу) и обоснования вины нарушителя, не является существенным нарушением при производстве по делу об административном правонарушении. Тем самым Пленум ВАС РФ признал решение комиссии наряду с протоколом как поводом, так и основанием возбуждения дела об административном правонарушении и отдал предпочтение решению, принятому в порядке, установленном гл. 9 Закона о защите конкуренции.

3. Участники производства по делу об административном правонарушении

В качестве участников производства по делу в гл. 25 КоАП РФ названы: лицо, в отношении которого ведется производство по делу; потерпевший — лицо, которому причинен имущественный и моральный вред; законные представители физического или юридического лица, свидетели, специалисты, эксперты, переводчики, прокурор, т.е. дано очень широкое понятие лиц, участвующих в деле.

Лицо, в отношении которого ведется производство, должно быть своевременно извещено о возбуждении дела и вправе принимать участие в рассмотрении дела. Антимонопольный орган может признать обязательным присутствие этого лица при рассмотрении дела. Лицо, в отношении которого ведется производство, вправе знакомиться со всеми материалами дела, давать объяснения, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, что является гарантией принятия справедливого решения. К сожалению, орган, возбудивший дело, не назван в качестве участника процесса, что влияет на возможность обжалования решения суда общей юрисдикции антимонопольным органом.

4. Порядок рассмотрения дела об административном правонарушении. Место и сроки его рассмотрения

В соответствии со ст. 29.5 КоАП РФ, дело об административном правонарушении рассматривается по месту его совершения. По ходатайству лица, в отношении которого ведется производство, дело может быть рассмотрено по месту нахождения или месту жительства этого лица.

При этом необходимо учитывать, что в соответствии с ч. 2 ст. 29.5 дело, по которому было проведено административное расследование, рассматривается по месту нахождения органа, проводившего административное расследование. Если поводом и основанием возбуждения дела послужило решение антимонопольного органа, принятое комиссией, то из приведенной нормы вытекает, что дело должно быть рассмотрено органом, принявшим решение о нарушении антимонопольного законодательства. При наличии решения нет реальных оснований для проведения административного расследования, так как установленные решением факты и имеющиеся в деле доказательства учитываются при принятии решения о назначении наказания.

Дело рассматривается в 15-дневный срок со дня получения протокола об административном нарушении и других материалов, в том числе материалов по делу, рассмотренному в порядке, установленном Законом о защите конкуренции.

Антимонопольный орган при подготовке к рассмотрению дела об административном правонарушении выясняет, относится ли к его компетенции рассмотрение дела, имеются ли ходатайства и отводы, достаточно ли имеющихся в деле материалов для его рассмотрения по существу, уточняет иные вопросы, указанные в ст. 29.1 КоАП РФ.

Порядок рассмотрения дела определен ст. 29.7 КоАП РФ. Статья устанавливает круг процессуальных действий, совершаемых лицом, рассматривающим дело. При рассмотрении дела должен быть решен вопрос о наличии вины лица, в отношении которого ведется производство, так как КоАП РФ закрепляет презумпцию невиновности, а также наличие отягчающих и смягчающих административную ответственность обстоятельств. Лицо, рассматривающее дело, оценивает представленные доказательства, в том числе объяснения лица, в отношении которого возбуждено дело. Хотя уже состоявшееся решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства имеет важное значение при рассмотрении дела об административном правонарушении, однако ему не присущ преюдициальный характер. При рассмотрении дела о правонарушении лицом, рассматривающим дело, может быть принято иное решение.

По результатам рассмотрения дела выносится постановление о назначении административного наказания либо о прекращении производства по делу. Согласно ч. 1.1 ст. 29.9 КоАП РФ постановление о прекращении производства по делу об административном правонарушении выносится по основаниям, указанным в этой статье и в ст. 24.5 КоАП РФ, в том числе при отсутствии события и (или) состава адми-

нистративного правонарушения, истечении сроков давности привлечения к административной ответственности и наличии других оснований. В постановлении должны содержаться сведения, определенные ст. 29.10 КоАП РФ.

Постановление объявляется немедленно по окончании рассмотрения дела. Копия постановления вручается под расписку физическому лицу либо представителю юридического лица или высылается в течение трех дней. В такой же срок копия постановления направляется и должностному лицу, составившему протокол.

5. Исполнение постановлений по делам об административных правонарушениях антимонопольного законодательства

Постановление по делу об административном правонарушении обязательно для исполнения всеми органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами, гражданами, юридическими лицами. Порядок приведения в исполнение постановления определен разд. V КоАП РФ. Постановление о назначении наказания не подлежит исполнению, если оно не было приведено в исполнение в течение года со дня его вступления в законную силу. Годичный срок давности исполнения постановления определен ст. 31.9 КоАП РФ. Главы 31, 32 разд. V КоАП РФ устанавливают особенности исполнения постановлений о назначении отдельных видов наказаний, порядок прекращения и приостановления исполнения.

6. Пересмотр постановлений и определений по делам об административных правонарушениях антимонопольного законодательства

Постановление по делу об административном правонарушении, совершенном юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем, должностным лицом органа с публичными полномочиями, вынесенное должностным лицом территориального антимонопольного органа, может быть обжаловано в вышестоящий орган — в Федеральную антимонопольную службу либо в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством (ч. 3 ст. 30.1 КоАП РФ). Право выбора способа обжалования принадлежит лицу, привлеченному к ответственности.

Жалоба подается в территориальный орган, вынесший постановление, и направляется в зависимости от того, кому лицо, участвующее в деле, решило обжаловать постановление, либо в арбитражный суд субъ-

екта Российской Федерации, либо в Федеральную антимонопольную службу. Жалоба на постановление, вынесенное территориальным органом (заявление об оспаривании принятого решения — акта), подается в арбитражный суд субъекта Федерации по месту нахождения территориального органа. В случае первоначального обращения привлеченного к ответственности лица в ФАС России жалоба на принятое ею решение (заявление об оспаривании решения) подается вместе с жалобой на решение территориального органа⁸. Жалоба на постановление по делу об административном правонарушении государственной пошлиной не облагается.

Порядок рассмотрения жалобы (заявления об оспаривании решения) и сроки ее подачи в арбитражный суд определены гл. 24 АПК РФ. Порядок, сроки подачи жалобы и ее рассмотрения в судах общей юрисдикции установлены КоАП РФ, а не ГПК РФ.

§ 5. Участие антимонопольных органов в судопроизводстве по делам, связанным с применением антимонопольного законодательства

1. Основания и формы участия антимонопольных органов в суде общей юрисдикции и в арбитражном суде

Закон о защите конкуренции в ст. 23 к полномочиям антимонопольных органов относит обращение в арбитражный суд с исками и заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства, а также участие в рассмотрении судом дел, связанных с применением и (или) нарушением антимонопольного законодательства.

В зависимости от основания участия в судопроизводстве антимонопольного органа его статус и форма участия могут быть различными. Как участник арбитражного процесса антимонопольный орган может быть стороной по делу. В соответствии с судебной практикой антимонопольный орган часто привлекается в качестве третьего лица с самостоятельными и несамостоятельными требованиями на предмет иска (заявления). Иначе определен статус антимонопольного органа при участии в деле, рассматриваемом судом общей юрисдикции.

⁸ О порядке обжалования решения вышестоящему органу или должностному лицу см.: Регламент подготовки и ведения дел об административных правонарушениях в центральном аппарате ФАС России, утвержденный приказом ФАС России от 21.10.2008 № 415.

Статья 47 ГПК РФ предусматривает в качестве участников дела, кроме сторон и третьих лиц, еще один вид участников — лица, вступающие в процесс для дачи заключения по делу в целях осуществления возложенных на них обязанностей и защиты прав, свобод и законных интересов других лиц или публичных интересов. В случаях, предусмотренных федеральным законом, и в иных необходимых случаях суд общей юрисдикции по своей инициативе может привлечь к участию в деле государственный и муниципальный органы для дачи заключения.

Участие антимонопольного органа в процессе не превращает его в третье лицо в том понимании, как определяет АПК РФ, а требует введения понятия особого участника процесса, вступающего с соответствующими правами в процесс на любой стадии или привлекаемого по инициативе суда, как установлено в ГПК РФ.

Участие в деле для дачи заключения меняет процессуальный статус антимонопольного органа, иначе определяет его права и обязанности как участника процесса, имеющего и несущего обязанности стороны, в отличие от прав и обязанностей третьего лица без самостоятельных требований.

В ст. 23 Закона о защите конкуренции перечислены виды исков (заявлений), с которыми антимонопольный орган может обращаться в суд, в том числе иски о признании недействительным договора или об обязательном заключении договора; изменении или расторжении договора; о ликвидации юридических лиц в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством; о признании торгов недействительными и др. Перечень возможных исков, предусмотренный ст. 23 Закона о защите конкуренции, не является исчерпывающим. Предъявлению исков может предшествовать рассмотрение антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства и выдача предписания. За неисполнение предписания возможно взыскание штрафа. Однако правовые последствия решения суда и административного органа различны в связи с различием их компетенции и правового значения решения суда. Согласно ст. 8 ГК РФ решение суда является юридическим фактом. Например, в случае принятия судом решения о понуждении заключить или изменить договор, в силу ст. 446 ГК РФ договор считается заключенным и действует в редакции, принятой судом.

Иное значение имеет решение антимонопольного органа. При невыполнении предписаний антимонопольный орган вправе обратиться в арбитражный суд с заявлениями о признании недействующими нормативных актов, недействительными ненормативных актов органов власти и управления, органов местного самоуправления, полностью

или частично противоречащих антимонопольному законодательству. Ст. 23 Закона о защите конкуренции предусматривает еще одно основание для оспаривания нормативных и ненормативных актов органов власти и управления. Такие акты могут быть оспорены антимонопольным органом в случаях, если они создают необоснованные препятствия для осуществления предпринимательской деятельности.

Наиболее часто антимонопольные органы являются стороной в процессе в случаях оспаривания принятых ими ненормативных актов: решений, предписаний, приказов, в том числе при оспаривании постановлений (решений) о привлечении к административной ответственности или решений (предписаний), принятых при нарушении антимонопольного законодательства. Иное положение в арбитражном процессе занимает антимонопольный орган в случае участия в судопроизводстве на основании п. 7 ст. 23 Закона о защите конкуренции. Целью такого участия является содействие суду в правильном толковании и применении антимонопольного законодательства. До принятия соответствующих изменений в АПК РФ такое участие антимонопольного органа в арбитражном процессе возможно только в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования относительно предмета иска, но не в качестве особого участника.

В соответствии со ст. 51 АПК РФ, третье лицо вступает в судебный процесс, если судебный акт может повлиять на его права и обязанности по отношению к одной из сторон. Третье лицо может также быть привлечено к участию в деле по ходатайству стороны или по инициативе арбитражного суда. Однако судебная практика дает широкое толкование понятию влияния судебного решения на права и интересы третьего лица, в качестве которого в деле участвует антимонопольный орган. Данный орган исполнительной власти, осуществляющий контроль и надзор за исполнением антимонопольного законодательства, заинтересован в правильном толковании и применении закона, в законности судебного решения. Поэтому судебная практика трактует такое участие в процессе как участие третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет иска (заявления), хотя основания и цели его участия иные.

В участии антимонопольного органа в процессе по делам, связанным с применением и (или) нарушением антимонопольного законодательства, заинтересован и арбитражный суд. Пленум ВАС РФ в п. 21 постановления от 30.06.2008 № 30 дал указание арбитражным судам извещать антимонопольный орган о рассмотрении дел, возбужденных на

основании исков, заявлений иных лиц, и тем самым обеспечить возможность его участия в рассмотрении дел, связанных с применением и (или) нарушением антимонопольного законодательства. К сожалению, статус антимонопольного органа, принимающего участие в деле, в постановлении Пленума не определен⁹.

Иначе установлены основания и форма участия органов государственной власти и управления и органов местного самоуправления в судебном процессе, возбужденном другими лицами, в ст. 47 ГПК РФ. Они привлекаются в процесс для дачи заключения, т.е. являются особыми участниками процесса, а не третьими лицами. Таким образом, ГПК РФ и АПК РФ по-разному трактуют статус антимонопольного органа в судебном процессе, хотя и в том и в другом случае целью участия в судебном производстве, в котором антимонопольный орган не является стороной, служит содействие суду в правильном применении и толковании антимонопольного законодательства.

2. Права и обязанности антимонопольных органов в арбитражном процессе

Права и обязанности лиц, участвующих в судебном процессе, определены ст. 41 АПК РФ. Поскольку третьи лица без самостоятельных требований являются участниками процесса, то они пользуются теми же правами, что и стороны, и несут те же обязанности. Особые обязанности сторон и третьих лиц предусмотрены в гл. 24–25 АПК РФ, регулирующих производство по делам, возникшим из административных и иных публичных правоотношений. С учетом принципа состязательности каждое из лиц, участвующих в деле, обязано доказывать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений. Однако ст. 65 АПК РФ возлагает бремя доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия государственными органами, органами местного самоуправления оспариваемых актов (решений), на соответствующий орган. Ответчик обязан направить отзыв на исковое заявление в суд, а также иным участникам процесса. Третьи лица вправе направить отзыв, заключение по применению антимонопольного законодательства.

Более жесткие требования определены нормами АПК РФ, предусматривающими особенности рассмотрения дел, возникающих из ад-

⁹ См.: Комментарий судебно-арбитражной практики. 2013. Вып. 19.

министративных и иных публичных отношений. В соответствии с п. 3 ст. 189 АПК РФ обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемого акта, законности оспариваемых решений государственных органов, органов местного самоуправления возлагается на органы, которые приняли оспариваемый акт. Арбитражный суд может признать обязательной явку в судебное заседание представителей органов, принявших оспариваемый акт.

Ряд обязанностей может быть возложен на антимонопольные органы при рассмотрении дел об оспаривании решений о привлечении к административной ответственности.

Порядок рассмотрения дел об оспаривании ненормативных актов государственных органов, органов местного самоуправления и решений о привлечении к административной ответственности предусмотрен гл. 24, 25 АПК РФ.

3. Процессуальные особенности рассмотрения судами дел, связанных с применением антимонопольного законодательства

В судебной практике возникали процессуальные моменты, по которым принимались разные решения. По ряду из них для обеспечения единообразия судебной практики Пленум ВАС РФ в постановлении от 30.06.2008 № 30 дал судам ряд разъяснений и указаний.

Ни нормы антимонопольного законодательства, ни судебная практика не устанавливают обязательного первоначального обращения в антимонопольный орган, поскольку право выбора судебного или административного порядка защиты нарушенных или оспариваемых прав в силу ст. 11 ГК РФ принадлежит лицу, защищающему свои оспариваемые права и интересы. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в п. 20 постановления Пленума от 30.06.2008 № 30 указал, что суды не могут оставить без рассмотрения соответствующее заявление со ссылкой на то, что лицо до обращения с иском (заявлением) в суд не подавало соответствующего заявления в антимонопольный орган. При этом если в ходе судебного разбирательства будет установлено, что лицо одновременно обратилось и в суд, и в антимонопольный орган, Пленум ВАС РФ рекомендовал судам откладывать судебное разбирательство по делу на основании ч. 5 ст. 158 АПК РФ до принятия решения антимонопольным органом.

Иной подход должен быть применен в случае обращения в антимонопольный орган. При наличии судебного решения такое обраще-

ние становится невозможным в силу преимущества судебного порядка. Ст. 11 ГК РФ гарантирует право обжалования в суд любого решения, принятого в административном порядке, тем самым отдавая предпочтение судебным актам.

Если антимонопольным органом было принято одно решение и выдано предписание, в частности, в отношении лиц, заключивших соглашения (осуществивших согласованные действия), запрещенные ст. 11 Закона о защите конкуренции, но при этом каждое из таких лиц подало самостоятельное заявление о признании решения и предписания недействительными и по каждому из дел в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования на предмет спора, привлечены все участники соглашения, согласованных действий, то, по мнению Пленума ВАС РФ (п. 26 постановления), арбитражный суд на основании ч. 2 ст. 130 АПК РФ ввиду наличия единого предмета и общего состава лиц, участвующих в соответствующих делах, вправе объединить такие дела в одно производство для совместного рассмотрения. Можно полагать, что такое объединение дел является обязательным: это вытекает из нарушения законодательства одновременно несколькими лицами.

Пленум рекомендовал судам допускать вступление в процесс, возникший при оспаривании решения антимонопольного органа, лиц, заявления которых послужили основанием для возбуждения дела, а также иных заинтересованных лиц, чьи права и законные интересы оказались затронутыми в связи с рассмотрением дела (п. 26). Суд не вправе отказать указанным лицам во вступлении в дело, сославшись на то, что судебный акт по рассматриваемому делу не может повлиять на их права и обязанности по отношению к одной из сторон.

Необходимо учитывать взаимосвязь решений, принятых антимонопольным органом по правилам гл. 9 Закона о защите конкуренции, и постановлений о наложении антимонопольным органом штрафа за те нарушения, которые были установлены решением антимонопольного органа, послужившим поводом для возбуждения дела об административном правонарушении. Пленум ВАС РФ в п. 24.1 постановления от 14.10.2010 № 52 в дополнение к п. 24 постановления от 30.06.2008 № 30 установил, что в случае, когда в производстве арбитражного суда имеется как дело об оспаривании решения антимонопольного органа о привлечении к ответственности, так и дело об оспаривании решения, принятого комиссией в порядке, предусмотренном гл. 9 Закона о защите конкуренции, арбитражный суд на основании ч. 2.1 ст. 130 АПК РФ объединяет эти дела в одно производство для совместного рассмотрения. В случае если упомянутые дела находятся в производстве разных

арбитражных судов, Пленум ВАС РФ рекомендовал приостановить на основании ч. 9 ст. 130 и п. 1 ч. 1 ст. 143 АПК РФ дело о привлечении лица к административной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства (или дело об оспаривании постановления антимонопольного органа о привлечении к такой ответственности). Тем самым определено преюдициальное значение судебного решения по делу об оспаривании решения антимонопольного органа о нарушении антимонопольного законодательства, послужившего поводом к возбуждению дела об административном правонарушении.

Преюдициальное значение решения суда по делу об оспаривании решения о нарушении антимонопольного законодательства означает, что по делу об оспаривании решения антимонопольного органа о привлечении к ответственности за административное правонарушение при совпадении участвующих в делах лиц на основании ст. 69 АПК РФ не требуется доказывать факт правонарушения в случаях, когда первое решение антимонопольного органа признано судом законным и обоснованным.

Основные понятия

- *Административный способ защиты публичного порядка и частного права при нарушении антимонопольного законодательства*
- *Порядок возбуждения и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, дел об административных правонарушениях*
- *Сроки давности возбуждения дел о нарушении антимонопольного законодательства и о привлечении к административной ответственности*

Вопросы для обсуждения

1. Назовите характерные черты административного порядка рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства.
2. Перечислите поводы для возбуждения антимонопольными органами дел о нарушении антимонопольного законодательства.
3. Чем отличается административный порядок рассмотрения дел от судебного?
4. Какие последствия наступают при неисполнении предписания антимонопольного органа?

5. В какие сроки и в каком порядке может быть обжаловано решение антимонопольного органа по делу об административном правонарушении?

6. Назовите характерные черты административного порядка рассмотрения дел об административных правонарушениях.

7. Перечислите основания возбуждения антимонопольными органами дел о привлечении к ответственности за административные правонарушения.

Юридическая ответственность за нарушения антимонопольного законодательства

§ 1. Понятие юридической ответственности за нарушение антимонопольного законодательства

В общей теории права существуют различные определения общего понятия юридической ответственности.

По мнению С.С. Алексеева, юридическая ответственность — это обязанность виновного лица претерпеть неблагоприятные последствия за совершенное правонарушение¹.

А.В. Поляков определяет ответственность как принудительно исполняемую обязанность, возникшую в связи с правонарушением, реализуемую в конкретном коммуникативно-охранительном правоотношении и представляющую собой претерпевание предусмотренных санкцией правовой нормы лишений личного или имущественного характера, налагаемых правоприменительными органами государства, и именует при этом юридическую ответственность государственно-правовой².

При различном авторском формулировании общего понятия юридической ответственности авторы сходны в том, что это процесс претерпевания в связи с правонарушением. Вместе с тем обращают на себя внимание указания С.С. Алексеева на виновность лица и А.В. Полякова на предусмотренность лишений санкцией правовой нормы.

Таким образом, целесообразно придерживаться следующего общего понятия юридической ответственности.

Юридическая ответственность — это обязанность виновного лица претерпеть предусмотренные санкцией правовой нормы неблагоприятные последствия за совершенное правонарушение.

Закономерно, что понятие юридической ответственности за нарушение антимонопольного законодательства является производным от общего понятия юридической ответственности и определяется следующим образом.

¹ Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 9.

² Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2006. С. 834.

Юридическая ответственность за нарушение антимонопольного законодательства — это обязанность виновного лица претерпеть, предусмотренные санкцией правовой нормы неблагоприятные последствия за совершенное правонарушение в сфере антимонопольного законодательства. При этом под антимонопольным законодательством понимается совокупность нормативных правовых актов, объединяющих нормы, регулирующие и охраняющие общественные отношения в сфере защиты конкуренции, в том числе: 1) по предупреждению и пресечению монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции; 2) недопущению, ограничению и устранению конкуренции.

Основополагающим законодательным актом, который закрепляет нормы, регулирующие отношения в указанной сфере, является Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции).

Кроме того, отношения в сфере защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, а также недопущения, ограничения и устранения конкуренции, регулируются федеральными законами «О естественных монополиях», «О рекламе», другими законодательными и нормативными правовыми актами³.

В соответствии со ст. 37 Закона о защите конкуренции за нарушение антимонопольного законодательства несут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации: 1) должностные лица федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, должностные лица иных осуществляющих функции указанных органов или организаций, а также должностные лица государственных внебюджетных фондов; 2) коммерческие и некоммерческие организации и их должностные лица; 3) физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

Меры ответственности (меры неблагоприятных последствий) за нарушение антимонопольного законодательства предусматриваются в санкциях правовых норм⁴, закрепленных в актах гражданского, административного и уголовного законодательства Российской Федерации, — соответственно нормам Гражданского кодекса Российской Федерации,

³ Подробнее о законодательстве в сфере антимонопольного регулирования см. гл. 2 настоящего учебника.

⁴ Под **санкцией правовой нормы** понимается ее часть, в которой содержится указание на определенную меру ответственности за конкретное правонарушение.

Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и Уголовного кодекса Российской Федерации.

Таким образом, за нарушение антимонопольного законодательства предусмотрено три вида юридической ответственности: 1) гражданско-правовая, 2) административная, 3) уголовная.

Действующее гражданское, административное и уголовное законодательство России устанавливает за такие нарушения различные меры ответственности антимонопольного законодательства. Так, в ст. 15 ГК РФ предусмотрена гражданско-правовая ответственность в виде возмещения убытков, в ст. 19.5 КоАП РФ — административная ответственность в виде штрафа и дисквалификации, а в ст. 178 УК РФ — уголовная ответственность в виде штрафа и лишения свободы.

Такая специфическая мера воздействия за нарушение антимонопольного законодательства, как выдача антимонопольным органом обязательных для исполнения предписаний хозяйствующим субъектам, а также федеральным органам исполнительной власти, органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, а также государственным внебюджетным фондам, их должностным лицам, ст. 23 Закона о защите конкуренции, является мерой защиты, а не мерой ответственности⁵.

Основанием для применения юридической ответственности является совершение правонарушения.

Правонарушение — это противоправное, т.е. предусмотренное в законодательстве, виновное деяние лица, за которое в санкции правовой нормы установлена мера юридической ответственности. Для привлечения к ответственности противоправное деяние должно быть соотнесено с составом правонарушения.

Состав правонарушения — это совокупность признаков, относящихся к объекту и объективной стороне деяния, субъекту и субъективной стороне деяния и характеризующих деяние как правонарушение.

Объект правонарушения — это те общественные отношения, на которые осуществляется посягательство.

От объекта правонарушения необходимо отличать **предмет правонарушения** — элемент объекта правонарушения, то, на что непосредственно направлено деяние посягающего.

⁵ О дискуссии относительно правовой природы и функций предписания антимонопольного органа см., например: *Тотьев К.Ю.* Предписание антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода: правовая природа и функции // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2010. № 8.

Объективная сторона правонарушения — это внешнее проявление правонарушения. Объективная сторона правонарушения включает в себя следующие элементы: 1) само деяние (действие или бездействие); 2) наступившие в результате деяния последствия; 3) причинно-следственную связь между деянием и наступившими последствиями.

Субъект правонарушения — это лицо (физическое или юридическое), совершившее правонарушение и обладающее необходимыми признаками, которые устанавливаются в соответствующем (гражданском, административном или уголовном) законодательстве.

Субъективная сторона правонарушения — это внутреннее психологическое отношение лица к совершенному правонарушению. Элементами субъективной стороны правонарушения являются: 1) вина; 2) мотив; 3) цель.

Только в случае обнаружения необходимых и достаточных признаков правонарушения в признаках состава правонарушения деяние может быть оценено как правонарушение и лицо может быть привлечено к юридической ответственности. Необходимость и достаточность признаков определяется законодателем в конкретных правовых нормах. *Процесс соотнесения признаков правонарушения с признаками состава правонарушения называется квалификацией правонарушения.*

Среди правонарушений выделяются три основных вида: 1) гражданско-правовые деликты; 2) административные правонарушения⁶; 3) преступления.

Применение юридической ответственности должно осуществляться при неукоснительном соблюдении основных принципов: законности, обоснованности, справедливости и неотвратимости.

§ 2. Гражданско-правовая ответственность за нарушение антимонопольного законодательства

Согласно ч. 1 ст. 2 Закона о защите конкуренции антимонопольное законодательство основывается на Конституции Российской Федерации и Гражданском кодексе Российской Федерации. Данное законодательное положение указывает на взаимосвязь норм антимонопольного и

⁶ В теории права иногда выделяется как самостоятельный такой вид правонарушений, как дисциплинарные проступки. Авторы настоящей главы исходят из того, что дисциплинарная ответственность является видом административной ответственности. Вопросы дисциплинарной ответственности за нарушения, допускаемые должностными лицами антимонопольных органов при применении антимонопольного законодательства, в настоящем учебнике не рассматриваются.

гражданского законодательства и их взаимодействие в процессе совместного правового регулирования.

Применение норм антимонопольного законодательства к гражданско-правовым отношениям, а норм гражданского законодательства к отношениям в сфере антимонопольного регулирования обуславливает возможность и необходимость применения гражданско-правовой ответственности за совершение правонарушений в сфере антимонопольного регулирования.

В теории гражданского права существуют различные определения понятия *гражданско-правовой ответственности*.

По мнению В.А. Тархова гражданско-правовая ответственность — это регулируемая обязанность дать отчет в своих действиях⁷.

Н.Д. Егоров считает, что под гражданско-правовой ответственностью следует понимать санкцию, применяемую к правонарушителю, в виде возложения на него дополнительной гражданско-правовой обязанности или лишения принадлежащего ему гражданского права.

При этом Н.Д. Егоров отмечает, что необходимо различать меры гражданско-правовой ответственности и меры защиты гражданских прав, под которыми следует понимать такие санкции, которые направлены на предупреждение или пресечение правонарушения, а если оно последовало, — то на восстановление положения, существовавшего до правонарушения⁸.

В сфере антимонопольного регулирования возможно применение как *гражданско-правовой ответственности* за нарушение антимонопольного законодательства, так и *мер гражданско-правовой защиты* для предупреждения и пресечения правонарушений, а также восстановления прежних отношений в случае совершения правонарушения.

Гражданско-правовая ответственность за нарушение антимонопольного законодательства — это обязанность виновного лица претерпеть санкцию за совершенное правонарушение в сфере антимонопольного регулирования в виде возложения на него дополнительной гражданско-правовой обязанности или лишения принадлежащего ему гражданского права.

Меры гражданско-правовой защиты в сфере антимонопольного регулирования — это меры воздействия, направленные на лицо в целях предупреждения и пресечения правонарушений, а также восстановления прежних отношений в случае совершения правонарушения.

⁷ Тархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973. С. 8—11.

⁸ Егоров Н.Д. Гражданско-правовая ответственность // Гражданское право. М., 2001. Т. 1. С. 536.

Допускается применение гражданско-правовой ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в форме возмещения убытков (ст. 15 ГК РФ), если потерпевшее лицо понесло *убытки*.

Под **убытками** понимаются *те отрицательные последствия, которые наступили в имущественной сфере потерпевшего в результате совершенного против него гражданского правонарушения*⁹.

Согласно п. 2 ст. 15 ГК РФ убытки состоят из *реального ущерба* и *упущенной выгоды*.

Реальный ущерб — это расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (п. 2 ст. 15 ГК РФ).

Упущенная выгода — это неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (п. 2 ст. 15 ГК РФ).

В соответствии с п. 1 ч. 15 ГК РФ лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Полное возмещение предполагает взыскание как реального ущерба, так и упущенной выгоды.

Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы (п. 2 ст. 15 ГК РФ).

Следует отметить, что в гражданском законодательстве наряду с возмещением убытков хозяйствующими субъектами предусмотрено возмещение убытков, причиненных государственными органами и органами местного самоуправления. Так, в соответствии со ст. 16 ГК РФ убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, подлежат возмещению Российской Федерацией, соответствующим субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием.

Как уже было отмечено, в сфере антимонопольного регулирования возможно применение мер гражданско-правовой защиты.

Одной из таких мер является защита деловой репутации, предусмотренная ст. 150 ГК РФ. Деловая репутация является нематериальным благом и подлежит защите в соответствии с гражданским законодательством и другими законами (ч. 1 и 2 ст. 150 ГК РФ).

⁹ Егоров Н.Д. Указ. соч. С. 538.

Гражданин вправе требовать по суду опровержения порочащих его деловую репутацию сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности (ч. 1 ст. 152 ГК РФ). Кроме того, гражданин, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, вправе наряду с опровержением таких сведений требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненных их распространением (п. 5 ст. 152 ГК РФ).

Следует особо отметить, что в соответствии с п. 7 ст. 152 ГК РФ правила о защите деловой репутации гражданина применяются и к защите деловой репутации юридического лица. Как указано в п. 5 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20.12.1994 № 10, правила, регулирующие компенсацию морального вреда в связи с распространением сведений порочащих деловую репутацию гражданина, применяются и в случаях распространения таких сведений в отношении организации¹⁰.

Компенсация морального вреда, к требованию которой можно прибегнуть в процессе защиты деловой репутации, является еще одной возможной формой гражданско-правовой ответственности за нарушение антимонопольного законодательства наряду с возмещением убытков.

Компенсация морального вреда — это возмещение нравственных или физических страданий гражданина в денежной форме.

В соответствии со ст. 151 ГК РФ, если гражданину причинен моральный вред (физические или нравственные страдания) действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, а также в других случаях, предусмотренных законом, суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации указанного вреда.

При определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Суд должен также учитывать степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица.

Причинение или возможность причинения убытков другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесение или возможность нанесения вреда их деловой репутации является одним из обязательных признаков недобросовестной конкуренции (п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции) и подлежит установлению для признания наличия в действиях хозяйствующего субъекта недобросовестной конкуренции¹¹.

¹⁰ См.: СПС «КонсультантПлюс». 2012.

¹¹ Подробнее о понятии и признаках недобросовестной конкуренции см. гл. 8 настоящего учебника.

Необходимо отметить, что антимонопольный орган не вправе участвовать в разрешении гражданско-правовых споров хозяйствующих субъектов. Как указывается в п. 5 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», прекращая нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков¹².

Так, между ООО «Оренбург Водоканал» и ОАО «Российские железные дороги» возник спор по договору на обеспечение водой и (или) водоотведение.

Полагая, что ООО «Оренбург Водоканал» ущемляет интересы ОАО «Российские железные дороги», последнее обратилось с заявлением в антимонопольный орган, который не обнаружил нарушения в действиях ООО «Оренбург Водоканал».

Не согласившись с решением антимонопольного органа, ОАО «Российские железные дороги» обратилось с заявлением в арбитражный суд, который, в свою очередь, указал на обоснованность вывода антимонопольного органа об отсутствии нарушений в действиях ООО «Оренбург Водоканал», сославшись при этом на отсутствие права антимонопольного органа в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов¹³.

Следует отметить, что на сегодня применение мер гражданско-правовой ответственности и мер гражданско-правовой защиты в сфере антимонопольного регулирования должным образом не осуществляется, несмотря на наличие конституционных оснований для применения требований антимонопольного законодательства к гражданско-правовым отношениям и норм гражданского законодательства — к отношениям в сфере антимонопольного регулирования.

§ 3. Административная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства

Одним из наиболее эффективных механизмов, позволяющих обеспечить соблюдение антимонопольного законодательства, является механизм административной ответственности.

¹² Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

¹³ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 14.10.2011 № 909-6584/11 // СПС «КонсультантПлюс». 2012.

Административная ответственность представляет собой обязанность юридического лица и (или) физического лица понести административное наказание за совершение административного правонарушения.

Следует отметить, что в России отсутствует уголовная ответственность юридических лиц. Поэтому возможность применить меры административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в отношении компаний (юридических лиц) позволяет обеспечить соблюдение установленных в данной сфере запретов.

1. Общая характеристика административных правонарушений, в сфере антимонопольного регулирования

КоАП РФ закрепил ряд составов правонарушений, предусматривающих административную ответственность за нарушение антимонопольного законодательства (ст. 14.9, 14.31, 14.31¹–14.33, 14.40, 19.5, 19.8). Основанием для привлечения к административной ответственности по указанным статьям Кодекса является нарушение норм материального права, закрепленных в Законе о защите конкуренции, а также норм других федеральных законов, предусматривающих антимонопольные требования и являющихся частью антимонопольного законодательства.

Соотношение требований антимонопольного законодательства и административной ответственности за их несоблюдение выглядит следующим образом.

2. Административная ответственность должностных лиц органов государственной власти и местного самоуправления

Статья 14.9 КоАП РФ предусматривает административную ответственность должностных лиц органов власти за совершение действий (бездействие), недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством РФ и приводящих или способных привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, а равно к ограничению свободного перемещения товаров (работ, услуг), свободы экономической деятельности.

К административной ответственности с учетом положений ст. 2.4 КоАП РФ за административные правонарушения, предусмотренные ст. 14.9 указанного Кодекса, привлекаются должностные лица федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных лиц органов или организа-

ций, государственных внебюджетных фондов, а также организаций, участвующих в предоставлении государственных или муниципальных услуг.

Основанием административной ответственности является совершение указанными должностными лицами следующих действий, запрещенных антимонопольным законодательством:

- принятие актов и (или) осуществление действий (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в том числе введение ограничений в отношении создания хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также установление запретов или введение ограничений в отношении осуществления отдельных видов деятельности или производства определенных видов товаров; необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами, в том числе путем установления не предусмотренных законодательством Российской Федерации требований к товарам или к хозяйствующим субъектам; установление запретов или введение ограничений в отношении свободного перемещения товаров в Российской Федерации, иных ограничений прав хозяйствующих субъектов на продажу, покупку, иное приобретение, обмен товаров; дача хозяйствующим субъектам указаний о первоочередных поставках товаров для определенной категории покупателей (заказчиков) или о заключении в приоритетном порядке договоров; установление для приобретателей товаров ограничений выбора хозяйствующих субъектов, которые предоставляют такие товары; предоставление хозяйствующему субъекту доступа к информации в приоритетном порядке; создание дискриминационных условий; установление или взимание не предусмотренных законодательством Российской Федерации платежей при предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления государственных или муниципальных услуг; дача хозяйствующим субъектам указаний о приобретении товара, за исключением случаев, предусмотренных законодательством (ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции);

- предоставление государственной или муниципальной преференции в нарушение требований, установленных Законом о защите конкуренции (ч. 1 ст. 15, ст. 19–21);

- наделение органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления полномочиями, осуществление которых приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением случаев, установленных федеральными законами (ч. 2 ст. 15 Закона о защите конкуренции);

- совмещение функций федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, иных органов власти, органов местного самоуправления и функций хозяйствующих субъектов, за исключением случаев, установленных федеральными законами, указами Президента Российской Федерации, постановлениями Правительства Российской Федерации, а также наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов, в том числе функциями и правами органов государственного контроля и надзора (ч. 3 ст. 15 Закона о защите конкуренции);

- действия при проведении торгов (запроса котировок цен на товары), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе координация организаторами торгов, запроса котировок или заказчиками деятельности его участников; создание участнику (участникам) торгов, запроса котировок преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок; нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок; участие организаторов торгов, запроса котировок или заказчиков и (или) работников организаторов торгов, запроса котировок или работников заказчиков в торгах, запросе котировок, а также не предусмотренное федеральными законами или иными нормативными правовыми актами ограничение доступа к участию в торгах, запросе котировок и включение в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами поставки, выполнение (оказание) которых является предметом торгов, запроса котировок (ст. 17 Закона о защите конкуренции);

- заключение договоров аренды, безвозмездного пользования, доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества без проведения конкурсов или аукционов на право заключения этих договоров (ст. 17.1 Закона о защите конкуренции);

- отбор без проведения открытого конкурса или открытого аукциона финансовых организаций для оказания следующих финансовых услуг: привлечение денежных средств юридических лиц во вклады; открытие и ведение банковских счетов, осуществление расчетов по этим счетам; услуги по ведению реестра владельцев ценных бумаг; доверительное управление ценными бумагами; негосударственное пенсионное обеспечение (ст. 18 Закона о защите конкуренции).

За совершение указанных административных правонарушений должностные лица органов власти, местного самоуправления, госу-

дарственных внебюджетных фондов и организаций, участвующих в предоставлении государственных или муниципальных услуг несут административную ответственность в виде штрафа в размере от 15 тыс. до 30 тыс. руб.

При повторном совершении аналогичного административного правонарушения указанные должностные лица могут быть привлечены к административной ответственности в виде штрафа в размере от 30 тыс. до 50 тыс. руб. либо дисквалификации таких должностных лиц на срок до трех лет.

Соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Банком России или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции (ст. 16 Закона о защите конкуренции), влекут административную ответственность виновных должностных лиц органов власти по ч. 3 ст. 14.32 КоАП РФ. За такие административные правонарушения должностные лица несут административную ответственность в виде штрафа в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. либо дисквалификации на срок до трех лет.

3. Административная ответственность за злоупотребление хозяйствующими субъектами доминирующим положением

Статьи 14.31 и 14.31¹ предусматривают административную ответственность за совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации.

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта определяется по правилам, предусмотренным ст. 5 Закона о защите конкуренции.

Основанием для привлечения хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, к административной ответственности по указанным статьям служит злоупотребление им своим доминирующим положением, а именно совершение занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом действий (бездействие), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограниче-

ние, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе: 1) установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара; 2) изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия стало повышение цены товара; 3) навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора; 4) экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется 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 Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами; 5) экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) при наличии возможности производства или поставок соответствующего товара, а также если такой отказ или уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, 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 низкой цены финансовой услуги; 8) навязывание 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 или мощности (ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции).

Следует подчеркнуть, что КоАП РФ дифференцирует размеры административной ответственности, предусмотренной за злоупотребление доминирующим положением в зависимости от последствий такого злоупотребления, вида хозяйствующего субъекта, совершившего административное правонарушение, и особенностей установления доминирующего положения.

Так, в случае если в результате злоупотребления хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением происходит ущемление

интересов других лиц и при этом результатом таких действий не является и не может являться недопущение, ограничение или устранение конкуренции, на юридических лиц может быть наложен административный штраф в размере от 300 тыс. до 1 млн, а на должностных лиц в размере от 15 тыс. до 20 тыс. руб.

Если в результате злоупотребления доминирующим положением происходит или может произойти недопущение, ограничение или устранение конкуренции, то в этом случае должностные лица могут быть привлечены к административной ответственности в виде штрафа в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. или в виде дисквалификации на срок до трех лет, а юридические лица — привлечены к ответственности в виде «оборотного» штрафа. КоАП РФ предусматривает ответственность юридических лиц в виде штрафа в размере от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 тыс. руб., а в случае если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), — в размере от трех тысячных до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 тыс. руб.

Аналогичное наказание предусмотрено для субъектов естественных монополий, злоупотребивших своим доминирующим положением. При этом не имеют значения последствия такого злоупотребления (связано оно с недопущением, ограничением, устранением конкуренции или нет). Поэтому субъекты естественных монополий (юридические лица) всегда отвечают «оборотным» штрафом за злоупотребление доминирующим положением.

Для расчета «оборотного» административного штрафа используется сумма выручки правонарушителя от реализации товара, на рынке которого совершено административное правонарушение, за календарный

год, предшествующий году, в котором было выявлено административное правонарушение, либо за предшествующую дате выявления административного правонарушения часть календарного года, в котором было выявлено административное правонарушение, если правонарушитель не осуществлял деятельность по реализации товаров в предшествующем календарном году. При этом в соответствии со сложившейся судебной практикой при привлечении к административной ответственности за злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке штраф исчисляется исходя из выручки правонарушителя за год, предшествующий году издания антимонопольным органом приказа о возбуждении дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства¹⁴. Аналогичным образом определяется выручка для исчисления размера «оборотного» штрафа и за другие антимонопольные правонарушения (ст. 14.32 КоАП РФ)¹⁵.

Следует отметить, что хозяйствующие субъекты, доминирующее положение которых установлено по правилам, предусмотренным ч. 6.1 ст. 5 Закона о защите конкуренции (с долей менее 35%), несут за злоупотребление доминирующим положением менее строгую административную ответственность по ст. 14.31¹ КоАП РФ. Указанной статьей предусмотрена административная ответственность для должностных лиц в размере от 15 тыс. до 20 тыс. руб., а для юридических лиц — в размере от 300 тыс. до 1 млн руб.

В случае если доминирующее положение хозяйствующего субъекта с долей менее 35% определено иным федеральным законом (например, федеральными законами от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике», от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи»), субъект, злоупотребивший своим доминирующим положением, установленным на основании специального закона, будет нести административную ответственность по ст. 14.31 КоАП РФ.

Хозяйствующие субъекты, доминирующее положение которых определено по правилам, предусмотренным ч. 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции (коллективное доминирование), привлекаются к административной ответственности по ст. 14.31 КоАП РФ, поскольку минимальный порог совокупной доли на товарном рынке, которую занимают участники коллективного доминирования, составляет более 50%, а

¹⁴ См.: постановление Президиума ВАС РФ от 13.12.2011 № 11132/11 по делу № А26-9462/2010 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 5.

¹⁵ Особенности определения выручки для расчета размера административного штрафа за недобросовестную конкуренцию, выразившуюся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, рассматриваются ниже.

имеющаяся у каждого участника рыночная доля не позволяет им индивидуально доминировать на рынке. Такая трактовка положений антимонопольного законодательства разделяется и судебной практикой¹⁶.

Навязывание хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, или хозяйствующим субъектом, осуществляющим поставки продовольственных товаров в торговые сети, дискриминационных условий, в том числе создание препятствий для доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам, а также установление ими контрагенту условий, запрещенных федеральным законом (Федеральным законом от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»), в случае если такой хозяйствующий субъект не доминирует на товарном рынке (отсутствует доминирующее положение), влечет административную ответственность на основании ст. 14.40 КоАП РФ.

К числу существенных новелл, непосредственно влияющих на возможность производства по делам об административных правонарушениях, связанных со злоупотреблением доминирующим положением, следует отнести введение института предупреждения, предусмотренного ст. 39.1 Закона о защите конкуренции.

Предупреждение выдается хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, в случае выявления признаков нарушения п. 3 и 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. При условии выполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не возбуждается и лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

4. Административная ответственность за антиконкурентные соглашения и согласованные действия

Статья 14.32 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за антиконкурентные соглашения и антиконкурентные согласованные действия, а также за координацию экономической деятельности.

¹⁶ См., например: постановления Президиума ВАС РФ от 25.05.2010 № 16678/09, от 15.02.2011 по делу № 12221/10 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 10; 2011. № 5.

Основанием наступления административной ответственности по данной статье является совершение альтернативно или в совокупности действий, выражающихся в заключении:

— картеля, т.е. соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, если такие соглашения приводят или могут привести к: 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах; 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); 4) сокращению или прекращению производства товаров; 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками);

— вертикального соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением вертикальных соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со ст. 12 Закона о защите конкуренции), если: 1) такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи; 2) таким соглашением предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя (ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции);

— соглашения хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности);

— иного соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением вертикальных соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со ст. 12 Закона о защите конкуренции), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции (ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции);

— соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также го-

сударственными внебюджетными фондами, Банком России или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в частности к: 1) повышению, снижению или поддержанию цен (тарифов), за исключением случаев, если такие соглашения предусмотрены федеральными законами или нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации; 2) экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар; 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков); 4) ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов (ст. 16 Закона о защите конкуренции); а равно в осуществлении:

— координации экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит или может привести к последствию, указанным в ч. 1—3 ст. 11 Закона о защите конкуренции (ч. 5 ст. 11);

— согласованных действий хозяйствующих субъектов, ограничивающих конкуренцию (ст. 11.1 Закона о защите конкуренции).

Положения ст. 14.32 КоАП РФ дифференцируют ответственность хозяйствующих субъектов и должностных лиц органов власти. В частности, хозяйствующие субъекты, участвующие в антиконкурентных соглашениях (согласованных действиях), запрещенных ст. 11, 11.1 и 16 Закона о защите конкуренции, несут административную ответственность по ч. 1 ст. 14.32 КоАП РФ, а должностные органы власти за нарушение ст. 16 Закона о защите конкуренции отвечают по ч. 3 ст. 14.32 КоАП РФ.

За указанные правонарушения КоАП РФ предусматривает ответственность хозяйствующих субъектов — юридических лиц в виде административного штрафа в размере от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо от одной десятой до одной второй начальной стоимости предмета торгов, но не менее 100 тыс. руб., а в случае если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение

совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством Российской Федерации ценам (тарифам), — в размере от трех тысячных до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не менее 100 тыс. руб. Одновременно для должностных лиц хозяйствующих субъектов предусмотрен административный штраф в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. либо дисквалификация на срок до трех лет.

Аналогичная административная ответственность установлена и за координацию экономической деятельности, недопустимую в соответствии с антимонопольным законодательством.

Следует помнить, что для антиконкурентных соглашений хозяйствующих субъектов предусмотрены специфические обстоятельства смягчающие и отягчающие административную ответственность участвующих в них юридических лиц. Так, согласно примечанию 4 к ст. 14.32 КоАП РФ организация лицом, совершившим административное правонарушение, ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий является отягчающим ответственность обстоятельством. В то же время если лицо, совершившее административное правонарушение, не является организатором ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий, получило обязательные для исполнения указания участвовать в них либо не приступило к исполнению заключенного им ограничивающего конкуренцию соглашения, то такие обстоятельства рассматриваются Кодексом, как обстоятельства, смягчающие административную ответственность нарушителя — юридического лица (примечание 3 к ст. 14.32 КоАП РФ).

Должностные лица органов власти в соответствии с ч. 3 ст. 14.32 КоАП РФ за заключение антиконкурентных соглашений и участие в согласованных действиях несут административную ответственность в виде штрафа в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. либо дисквалификации на срок до трех лет.

5. Административная ответственность за недобросовестную конкуренцию

Статья 14.33 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за недобросовестную конкуренцию.

Запрет на недобросовестную конкуренцию установлен ст. 14 Закона о защите конкуренции, которая с учетом ст. 4 того же Закона запрещает

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 способны нанести вред их деловой репутации, в том числе: 1) распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо ущерб его деловой репутации; 2) введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей; 3) некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами; 4) продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг; 5) незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну.

Недобросовестная конкуренция, за исключением недобросовестной конкуренции, связанной с введением в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 12 тыс. до 20 тыс. руб.; на юридических лиц — от 100 тыс. до 500 тыс. руб.

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, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, но не менее 100 тыс. руб.

При этом Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации уточнен порядок исчисления выручки, из которой подлежит исчисле-

нию административный штраф. Так, в п. 18 постановления Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 11 «О некоторых вопросах применения особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» отмечается, что для целей исчисления административного штрафа, предусмотренного санкцией ч. 2 ст. 14.33 КоАП РФ, при определении суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено нарушение, судам следует исходить из того, что по смыслу указанной нормы учитывается только выручка от реализации товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг. При этом Высший Арбитражный Суд Российской Федерации указал, что данное разъяснение не применяется для целей исчисления административного штрафа, установленного ст. 14.31 и ч. 1 и 2 ст. 14.32 КоАП РФ, учитывая иную диспозицию соответствующих норм¹⁷.

Поэтому при исчислении размера выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение по ч. 2 ст. 14.33 КоАП РФ, учитывается выручка, полученная правонарушителем от реализации товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, за календарный год, предшествующий году, в котором было выявлено административное правонарушение, либо за предшествующую дате выявления административного правонарушения часть календарного года, в котором было выявлено административное правонарушение, если правонарушитель не осуществлял реализации товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности в предшествующем календарном году.

6. Административная ответственность за неисполнение предписания антимонопольного органа

Статья 19.5 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за неисполнение предписания антимонопольного органа (ч. 2.1–2.6).

Основанием административной ответственности по данной статье КоАП РФ является неисполнение предписания антимонопольного органа, выданного на основании:

¹⁷ Вестник ВАС РФ. 2011. № 5.

— часть 20 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи организатору торгов, конкурсной или аукционной комиссии, продавцу государственного или муниципального имущества, организатору продажи предписания о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка организации, проведения торгов, продажи государственного или муниципального имущества, порядка заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися, в том числе предписания об отмене протоколов, составленных в ходе проведения торгов, о внесении изменений в документацию о торгах, извещение о проведении торгов, об аннулировании торгов;

— статья 21 Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи органу власти предписания о принятии мер по возврату государственной или муниципальной преференции или предписания о принятии мер по прекращению использования преимущества хозяйствующим субъектом, получившим государственную или муниципальную преференцию;

— статья 33 Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи хозяйствующему субъекту по результатам рассмотрения ходатайства или уведомления о совершении сделок (иных действий) экономической концентрации предписания о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции;

— часть 7 ст. 35 Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи хозяйствующему субъекту предписания по результатам рассмотрения проекта соглашения в письменной форме на предмет его соответствия антимонопольному законодательству;

— часть 1 ст. 39 и ст. 50 Закона о защите конкуренции, предоставляющих антимонопольному органу право выдачи предписания по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в порядке, предусмотренном гл. 9 Закона.

КоАП РФ дифференцирует административную ответственность за неисполнение предписания антимонопольного органа в зависимости от характера оснований выдачи такого предписания и последствий его неисполнения.

Так, невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении ограничивающих конкуренцию соглашений или согласованных действий и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, или выданного при осуществлении контроля за использованием государственной или муниципальной преференции законного решения, предписания

антимонопольного органа о совершении предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации действий влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 18 тыс. до 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением на товарном рынке и совершении предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации действий, направленных на обеспечение конкуренции влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 16 тыс. до 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении нарушения правил недискриминационного доступа к товарам (работам, услугам) или выданного при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией законного решения, предписания антимонопольного органа о совершении предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации действий, направленных на обеспечение конкуренции, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 12 тыс. до 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе или законного решения, предписания антимонопольного органа об отмене либо изменении противоречащего законодательству о рекламе акта федерального органа исполнительной власти, акта органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации или акта органа местного самоуправления влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 12 тыс. до 20 тыс. руб.; на юридических лиц — от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении недобросовестной конкуренции влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 10 тыс. до 20 тыс. руб.; на юридических лиц — от 100 тыс. до 300 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок иных законных решений и предписаний антимонопольного органа о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, за исключением вышеуказанных,

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 8 тыс. до 12 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц — от 100 тыс. до 500 тыс. руб.

7. Административная ответственность за нарушение порядка представления ходатайств, уведомлений и сведений, предусмотренных антимонопольным законодательством

Части 3 и 4 ст. 19.8 КоАП РФ предусматривают ответственность за непредставление или нарушение порядка представления ходатайств и уведомлений, предусмотренных антимонопольным законодательством, а также за представление с такими ходатайствами (уведомлениями) заведомо недостоверных сведений.

Основанием административной ответственности по указанным нормам КоАП РФ является нарушение порядка совершения сделок (иных действий), который определен гл. 7 «Контроль за экономической концентрацией» Закона о защите конкуренции.

В частности, указанная глава определяет перечень сделок (иных действий), которые могут совершаться лишь с предварительного согласия антимонопольного органа, принятого по результатам рассмотрения ходатайства (ст. 27–29 Закона о защите конкуренции), а также перечень сделок (иных действий), о совершении которых антимонопольный орган должен быть уведомлен (ст. 30, 31 и ч. 9–12 ст. 35 Закона о защите конкуренции).

За непредставление в антимонопольный орган ходатайств, предусмотренных антимонопольным законодательством, представление ходатайств, содержащих заведомо недостоверные сведения, а равно нарушение установленных антимонопольным законодательством порядка и сроков подачи ходатайств предусмотрена административная ответственность в виде штрафа для граждан в размере от 1500 до 2500 руб.; для должностных лиц — от 15 тыс. до 20 тыс. руб.; для юридических лиц — от 300 тыс. до 500 тыс. руб..

Непредставление в антимонопольный орган уведомлений, предусмотренных антимонопольным законодательством, представление уведомлений, содержащих заведомо недостоверные сведения, а равно нарушение установленных антимонопольным законодательством порядка и сроков подачи уведомлений влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 800 до 1200 руб.; на должностных лиц — от 5000 до 7500 руб.; на юридических лиц — от 150 тыс. до 250 тыс. руб.

Часть 5 ст. 19.8 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за непредставление в антимонопольный орган сведений (информации), определенных антимонопольным законодательством, а равно представление в антимонопольный орган заведомо недостоверных сведений.

Основанием административной ответственности по указанной статье КоАП РФ является несоблюдение коммерческими и некоммерческими организациями (их должностными лицами), федеральными органами исполнительной власти (их должностными лицами), органами государственной власти субъектов Российской Федерации (их должностными лицами), органами местного самоуправления (их должностными лицами), иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями (их должностными лицами), а также государственными внебюджетными фондами (их должностными лицами), физическими лицами, в том числе индивидуальными предпринимателями, обязанности представлять документы, объяснения, информацию в письменной и устной форме (в том числе информацию, составляющую коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну), включая служебную переписку в электронном виде, в соответствии со ст. 25 Закона о защите конкуренции.

За указанное административное правонарушение предусмотрена административная ответственность в виде административного штрафа на граждан в размере от 1500 до 2500 руб.; на должностных лиц — от 10 тыс. до 15 тыс. руб.; на юридических лиц — от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

8. Порядок привлечения правонарушителя к административной ответственности

Поводы к возбуждению дел об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства

Согласно ч. 1 ст. 28.1 КоАП РФ общими поводами к возбуждению дела об административном правонарушении выступают: непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения; поступившие из правоохранительных органов, а также из других государственных органов, органов местного самоуправления, от общественных объединений материалы, содержащие данные, свидетельствующие о наличии события административного правонарушения; сооб-

щения и заявления физических и юридических лиц, а также сообщения в средствах массовой информации, содержащие данные, указывающие на наличие события административного правонарушения.

Перечисленные поводы относятся к поводам возбуждения антимонопольными органами дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 14.40, ч. 2.1–2.6 ст. 19.5 и ч. 3–5 ст. 19.8 КоАП РФ.

В отличие от указанных случаев поводом к возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 14.9, 14.31, 14.31¹–14.33 КоАП РФ, является принятие комиссией антимонопольного органа решения, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства (ч. 1.2 ст. 28.1 КОАП РФ).

Таким образом, возбуждению дел об административных правонарушениях по названным статьям КоАП РФ должно в обязательном порядке предшествовать возбуждение и рассмотрение комиссией антимонопольного органа дела по признакам нарушения ст. 10, 11, 11.1, 14–21 Закона о защите конкуренции в порядке, предусмотренном гл. 9 Закона. Факт нарушения антимонопольного законодательства фиксируется комиссией антимонопольного органа в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Поскольку единственным поводом к возбуждению дела об административном правонарушении является решение комиссии антимонопольного органа, при отсутствии такого решения дело не может быть возбуждено, ни антимонопольным органом, ни прокурором в соответствии со ст. 28.4 КоАП РФ.

Обжалование в судебном порядке решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, не является основанием для прекращения производства по делу об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена ст. 14.9, 14.31, 14.31¹–14.33 КоАП РФ.

Учитывая, что большинство нарушений антимонопольного законодательства совершается хозяйствующими субъектами — юридическими лицами, необходимо отметить, что согласно ч. 3 ст. 2.1 КоАП РФ назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

В связи с этим в каждом случае выявления нарушений антимонопольного законодательства юридическими лицами должен решаться вопрос о возбуждении дела об административном правонарушении как

в отношении юридического лица, так и в отношении его должностного лица, по вине которого произошло правонарушение.

Некоторые особенности предусмотрены КоАП РФ в отношении производства по делам, возбужденным по ст. 14.32 КоАП РФ (заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности).

В целях оперативного выявления и раскрытия таких правонарушений примеч. 1 и 2 к ст. 14.32 предусмотрен порядок освобождения от административной ответственности лиц, содействующих в расследовании такого правонарушения.

Так, лицо (группа лиц, определяемая в соответствии с антимонопольным законодательством), добровольно заявившее в антимонопольный орган о заключении им недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения или об осуществлении недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством согласованных действий, освобождается от административной ответственности за такие административные правонарушения при выполнении в совокупности следующих условий:

- на момент обращения лица с заявлением антимонопольный орган не располагал соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении;
- лицо отказалось от участия или дальнейшего участия в соглашении либо от осуществления или дальнейшего осуществления согласованных действий;
- представленных документов достаточно для установления события административного правонарушения.

При этом освобождению от административной ответственности подлежит лицо, первым выполнившее все указанные условия.

Не рассматривается заявление, поданное одновременно от имени нескольких лиц, заключивших недопустимое в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашение или осуществлявших недопустимые с точки зрения антимонопольного законодательства Российской Федерации согласованные действия.

Как указал Пленум ВАС РФ в постановлении от 30.06.2008 № 30 (в ред. постановления от 14.10.2010 № 52) при разрешении вопроса, соблюдено ли условие применения примечания о том, что на момент обращения лица с заявлением антимонопольный орган не располагал соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении, судам следует учитывать, что такое ус-

ловие соблюдено, если обращение состоялось до момента оглашения решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства РФ (ч. 2 ст. 49 Закона о защите конкуренции), ставшего поводом к возбуждению дела об административном правонарушении (ч. 1.1 ст. 28.1 КоАП РФ)¹⁸.

Сроки давности по делам об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства

Административная и судебная практика не всегда однозначно определяет порядок исчисления таких сроков для различных видов нарушений антимонопольного законодательства.

По общему правилу согласно ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении за нарушение антимонопольного законодательства не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

В соответствии с ч. 6 ст. 4.5 КоАП РФ указанный срок давности привлечения к административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные ст. 14.9, 14.31, 14.31¹–14.33, начинается исчисляться со дня вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства.

Поскольку Закон о защите конкуренции не определяет момент вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, срок давности по делам об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 14.9, 14.31, 14.31¹–14.33 КоАП РФ, согласно п. 10.1 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 начинается исчисляться с момента изготовления решения антимонопольного органа в полном объеме и независимо от того, обжаловано ли такое решение в судебном порядке.

Факт обжалования решения комиссии антимонопольного органа в судебном порядке не препятствует производству по делу об административном правонарушении.

Согласно ст. 41.1 Закона о защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено и возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства, а при продолжающемся нарушении антимонопольного законодательства — со дня окончания нарушения или его обнаружения.

¹⁸ Вестник ВАС РФ. 2010. № 11.

Таким образом, систематическое толкование положений ст. 41.1 Закона о защите конкуренции и ч. 1 и 6 ст. 4.5 КоАП РФ свидетельствует, что максимальный срок давности привлечения нарушителя антимонопольного законодательства к административной ответственности по ст. 14.9, 14.31, 14.31¹—14.33 КоАП РФ составляет четыре года (три года составляет срок давности для принятия комиссией антимонопольного органа решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства и один год — с момента принятия комиссией решения для вынесения постановления по делу об административном правонарушении).

Порядок исчисления сроков давности при привлечении хозяйствующих субъектов к административной ответственности по ст. 19.5 и 19.8 КоАП РФ имеет свои особенности. В частности, неоднозначное толкование сложилось в судебной практике при оценке сроков давности привлечения к административной ответственности по ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ за непредставление антимонопольному органу сведений по мотивированному запросу.

В некоторых случаях суды, отменяя постановления антимонопольных органов о привлечении к административной ответственности по данной статье, исходили из того, что к делам об упомянутом виде административных правонарушений применимы общие сроки давности (два месяца).

Вместе с тем, как разъяснил Президиум ВАС РФ в постановлении от 02.11.2010 № 8124/10, обязанность коммерческих организаций и ряда других лиц представлять в антимонопольный орган (его должностным лицам) по его мотивированному требованию в установленный срок необходимые антимонопольному органу в соответствии с возложенными на него полномочиями документы, объяснения, информацию предусмотрена ч. 1 ст. 25 Закона о защите конкуренции¹⁹.

Таким образом, ответственность по ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ за непредставление в антимонопольный орган сведений (информации) по требованию указанного органа, наступает при несоблюдении обязанности, установленной антимонопольным законодательством, в связи с чем по делам о данном виде правонарушения должен применяться годичный срок давности привлечения к административной ответственности.

Поскольку неисполнение в срок предписания антимонопольного органа является нарушением антимонопольного законодательства (ч. 4 ст. 51 Закона о защите конкуренции), срок давности привлечения к ад-

¹⁹ Вестник ВАС РФ. 2011. № 2.

министративной ответственности по ч. 2.1–2.6 ст. 19.5 КоАП РФ составляет один год.

При решении вопроса об определении момента начала течения сроков давности за административные правонарушения, связанные с неисполнением предписаний антимонопольного органа (ст. 19.5 КоАП РФ), нарушением сроков подачи ходатайств и уведомлений (ч. 3 и 4 ст. 19.8 КоАП РФ), непредставлением сведений по запросу антимонопольного органа (ч. 5 ст. 19.8), существенное значение имеет вопрос о возможности отнесения таких правонарушений к длящимся, так как согласно ч. 2 ст. 4.5 КоАП РФ при длящемся административном правонарушении сроки давности привлечения к административной ответственности начинают исчисляться со дня обнаружения административного правонарушения.

В связи с этим важную роль играет судебное толкование, связанное с определением длящегося административного правонарушения.

Так, в п. 14 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (далее — постановление Пленума ВС РФ № 5)²⁰ разъяснено, что длящимся является такое административное правонарушение (действие или бездействие), которое выражается в длительном непрекращающемся невыполнении или ненадлежащем выполнении предусмотренных законом обязанностей. Такие обязанности могут быть возложены и иным нормативным правовым актом, а также правовым актом ненормативного характера, например представлением прокурора, предписанием органа (должностного лица). Невыполнение предусмотренной названными правовыми актами обязанности к установленному сроку свидетельствует о том, что административное правонарушение не является длящимся. Срок давности привлечения к административной ответственности за правонарушение, в отношении которого предусмотрена правовым актом обязанность не была выполнена к определенному сроку, начинает течь с момента наступления упомянутого срока.

С учетом указанной позиции Верховного Суда Российской Федерации в случаях, когда в качестве длящегося правонарушения не рассматривается невыполнение обязанности к определенному сроку, судебная практика исходит из того, что годичный срок давности привлечения к административной ответственности по ст. 19.5 (ч. 2.1–2.6) и ст. 19.8

²⁰ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2005. № 6.

(ч. 3–5 КоАП РФ) начинается исчисляться со дня, когда такая обязанность должна была быть исполнена, а не со дня обнаружения должностным лицом антимонопольного органа совершенного правонарушения²¹.

Порядок определения размера административного штрафа за нарушения антимонопольного законодательства. Учет отягчающих и смягчающих административную ответственность обстоятельств

В КоАП РФ закреплён исчерпывающий перечень смягчающих и отягчающих административную ответственность обстоятельств, учитываемых при определении размера административного штрафа для юридических лиц за нарушение антимонопольного законодательства.

Согласно п. 2 примечаний к ст. 14.31 КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.31, 14.31¹, 14.31² или 14.33, в отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, смягчающие административную ответственность:

1) добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение (п. 2 ч. 1 ст. 4.2);

2) добровольное сообщение лицом, совершившим административное правонарушение, в орган, уполномоченный осуществлять производство по делу об административном правонарушении, о совершенном административном правонарушении (п. 3 ч. 1 ст. 4.2);

3) оказание лицом, совершившим административное правонарушение, содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении (п. 4 ч. 1 ст. 4.2);

4) предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения (п. 5 ч. 1 ст. 4.2);

5) добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда (п. 6 ч. 1 ст. 4.2);

6) добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим админи-

²¹ См.: постановления Верховного Суда Российской Федерации от 19.01.2006 по делу № 37-АД05-2, от 30.10.2006 по делу № 11-АД06-8, из которых следует, что «административное правонарушение в виде непредставления в уполномоченные органы уведомления о создании коммерческой организации, ответственность за которое предусмотрена частью 1 статьи 19.8 КоАП РФ, не является длящимся правонарушением».

стративное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) (п. 7 ч. 1 ст. 4.2).

Согласно п. 3 примечаний к ст. 14.31 КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.31, 14.31¹, 14.31² или 14.33, в отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, отягчающие административную ответственность:

1) продолжение противоправного поведения, несмотря на требование уполномоченных на то лиц прекратить его (п. 1 ч. 1 ст. 4.3);

2) повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный ст. 4.6 КоАП РФ (п. 2 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ);

3) совершение длящегося административного правонарушения, продолжительность которого превышает один год (п. 1 примеч. 3 к ст. 14.31 КоАП РФ);

4) причинение в результате совершения административного правонарушения ущерба гражданам, организациям или государству в размере более 1 млн руб. либо извлечение в результате совершения административного правонарушения дохода в размере более 5 млн руб. (п. 2 примеч. 3 к ст. 14.31);

5) совершение административного правонарушения двумя и более лицами, входящими в группу лиц, определяемую в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации (п. 3 примеч. 3 к ст. 14.31).

Особенности применения перечня смягчающих и отягчающих административную ответственность обстоятельств, предусмотренных ст. 14.32 КоАП РФ

Согласно п. 3 примечаний к ст. 14.32 КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного указанной статьей, в отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, смягчающие административную ответственность:

1) добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение (п. 2 ч. 1 ст. 4.2);

2) добровольное сообщение лицом, совершившим административное правонарушение, в орган, уполномоченный осуществлять производство по делу об административном правонарушении, о совершенном административном правонарушении (п. 3 ч. 1 ст. 4.2);

3) оказание лицом, совершившим административное правонарушение, содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении (п. 4 ч. 1 ст. 4.2);

4) предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения (п. 5 ч. 1 ст. 4.2);

5) добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда (п. 6 ч. 1 ст. 4.2);

6) добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) (п. 7 ч. 1 ст. 4.2);

7) лицо, совершившее административное правонарушение, не является организатором ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий и (или) получило обязательные для исполнения указания участвовать в них (п. 1 примеч. 3 к ст. 14.32);

8) лицо, совершившее административное правонарушение, не приступило к исполнению заключенного им ограничивающего конкуренцию соглашения (п. 2 примеч. 3 к ст. 14.32).

Согласно п. 4 примечаний к ст. 14.32 КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного этой статьей, в отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, отягчающие административную ответственность:

1) продолжение противоправного поведения, несмотря на требование уполномоченных на то лиц прекратить его (п. 1 ч. 1 ст. 4.3);

2) повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный ст. 4.6 КоАП РФ (п. 2 ч. 1 ст. 4.3);

3) совершение длящегося административного правонарушения, продолжительность которого превышает один год (п. 1 примеч. 3 к ст. 14.31);

4) причинение в результате совершения административного правонарушения ущерба гражданам, организациям или государству в размере более 1 млн рублей либо извлечение в результате совершения админи-

стративного правонарушения дохода в размере более 5 млн руб. (п. 2 примеч. 3 к ст. 14.31);

5) организация лицом, совершившим административное правонарушение, ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий (п. 1 примеч. 4 к ст. 14.32);

б) принуждение лицом, совершившим административное правонарушение, иных лиц к совершению административного правонарушения либо к продолжению участия в ограничивающих конкуренцию соглашениях или согласованных действиях (п. 2 примеч. 4 к ст. 14.32).

Для целей применения предусмотренных КоАП РФ смягчающих и отягчающих административную ответственность обстоятельств необходимо учитывать особенности их применения к конкретным обстоятельствам, выявляемым в процессе рассмотрения дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства.

Рассмотрим особенности учета обстоятельств, смягчающих административную ответственность юридических лиц за нарушение антимонопольного законодательства.

Добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение (п. 2 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ), учитывается при условии, что прекращение нарушения антимонопольного законодательства произошло до принятия антимонопольным органом решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства. О прекращении нарушения могут свидетельствовать в том числе следующие действия:

- установление справедливой рыночной цены при наличии признаков монопольно высокой (низкой) цены;

- поставка товара на рынок в объеме, позволяющем обеспечить снижение цены, повысившейся в результате изъятия товара из обращения;

- прекращение навязывания невыгодных или не относящихся к предмету договора условий договора контрагенту (данное обстоятельство не может учитываться, если навязывание не осуществлено на основании предупреждения антимонопольного органа; исполнение предупреждения исключает возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства и об административном правонарушении);

- увеличение объема производства товара, на который имеется спрос на рынке;

- заключение договора с покупателями, в отношении которых доминирующий хозяйствующий субъект ранее отказывался или уклонялся от заключения договора (данное обстоятельство не может учитываться, если оно не исполнено на основании предупреждения антимонополь-

ного органа; исполнение предупреждения исключает возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства и об административном правонарушении);

- установление одинаковых цен (тарифов) на товар для одинаковых категорий покупателей, приобретающих его в сопоставимых условиях;

- установление финансовой организацией справедливой рыночной цены финансовой услуги при наличии признаков необоснованно высокой (низкой) цены такой услуги;

- прекращение дискриминации контрагентов, т.е. обеспечение возможности при приобретении товара в сопоставимых условиях заключения договоров одинаковым категориям потребителей на сходных условиях договоров;

- устранение препятствий доступу на товарный рынок или выходу с товарного рынка;

- обеспечение соблюдения нормативных правовых актов при установлении цены товара;

- установление справедливой, рыночной цены на оптовом (розничном) рынке электрической энергии (мощности) и отказ от манипулирования ценами на этих рынках;

- отказ от участия в соглашении, которое является недопустимым в соответствии с антимонопольным законодательством.

Добровольное сообщение лицом, совершившим административное правонарушение, в орган, уполномоченный осуществлять производство по делу об административном правонарушении, о совершенном административном правонарушении (п. 3 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ) учитывается при условии, что лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения антимонопольного законодательства, сообщило о них антимонопольному органу в письменной форме путем направления соответствующего обращения до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Если в период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения антимонопольного законодательства (ответчик), сообщит об ином нарушении антимонопольного законодательства, о котором не было известно антимонопольному органу, то указанное обстоятельство учитывается только в отношении рассматриваемого правонарушения.

В исключительных случаях упомянутое обстоятельство может быть учтено и в случае, если добровольное сообщение ответчиком о совершенном им правонарушении направлено в адрес комиссии антимонопольного органа при рассмотрении возбужденного дела о нарушении

антимонопольного законодательства. Это допустимо лишь при условии, что сообщение ответчиком о совершенном правонарушении позволило комиссии антимонопольного органа установить факт такого нарушения антимонопольного законодательства и в отношении этого факта ранее комиссия не располагала доказательствами.

Оказание лицом, совершившим административное правонарушение, содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении (п. 4 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ), учитывается при условии, что ответчик (лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения антимонопольного законодательства) представил в антимонопольный орган доказательства совершенного им правонарушения, которые не были известны антимонопольному органу и позволили ему установить событие правонарушения и обстоятельства его совершения. Такие доказательства должны быть представлены до принятия комиссией антимонопольного органа решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения (п. 5 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ) учитывается при условии, что лицо, совершившее административное правонарушение, приняло меры, направленные на обеспечение конкуренции или устранение ущемления интересов лиц, пострадавших в результате злоупотребления доминирующим положением.

Добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда (п. 6 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ) учитывается при условии, что правонарушитель добровольно возместил ущерб, причиненный в результате нарушения антимонопольного законодательства, лицу, получившему ущерб от такого правонарушения. О добровольности возмещения ущерба может свидетельствовать факт достижения между правонарушителем и лицом, которому причинен ущерб, соглашения о размере и порядке компенсации такого ущерба (соглашение достигнуто путем переговоров без обращения в суд).

Добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) (п. 7 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ), учитывается при ус-

ловии, что до окончания производства по делу об административном правонарушении и не позднее срока, установленного комиссией антимонопольного органа по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, юридическое лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, полностью исполнило предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, выданное по делу о нарушении антимонопольного законодательства, решение по которому явилось основанием для возбуждения дела об административном правонарушении.

Положение, согласно которому лицо, совершившее административное правонарушение, не является организатором ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий и (или) получило обязательные для исполнения указания участвовать в них (п. 1 примеч. 3 к ст. 14.32 КоАП РФ) применяется только для правонарушений, предусмотренных ст. 14.32. Оно учитывается при условии, что антимонопольным органом не установлен тот факт, что заключение и исполнение ограничивающего конкуренцию соглашения произошло по инициативе лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении (в деле отсутствуют доказательства, свидетельствующие о том, что данное лицо является организатором ограничивающего конкуренцию соглашения).

Лицо, совершившее административное правонарушение, выступает организатором согласованных действий при условии, что должностное лицо указанного юридического лица публично заявило о планируемом поведении на товарном рынке и такое заявление привело к правонарушению в форме согласованных действий, приводящих к ограничению конкуренции.

Положение о том, что, лицо, совершившее административное правонарушение, не приступило к исполнению заключенного им ограничивающего конкуренцию соглашения (п. 2 примеч. 3 к ст. 14.32 КоАП РФ), касается только правонарушений, предусмотренных ст. 14.32. Оно учитывается при условии, если, несмотря на достигнутую письменную или устную договоренность (соглашение) о действиях, которые могут привести к ограничению конкуренции, упомянутые действия не были произведены.

Рассмотрим особенности учета обстоятельств, отягчающих административную ответственность юридических лиц за нарушение антимонопольного законодательства.

Продолжение противоправного поведения, несмотря на требование уполномоченных на то лиц прекратить его (п. 1 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ),

учитывается при условии, что вступившее в законную силу предписание антимонопольного органа, выданное по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, не исполнено в установленный таким предписанием срок.

Повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный ст. 4.6 КоАП (п. 2 ч. 1 ст. 4.3), учитывается при условии, что юридическое лицо, привлекаемое к административной ответственности, ранее совершило административное правонарушение, предусмотренное этой же статьей Кодекса, постановление по ранее совершенному административному правонарушению вступило в законную силу и в отношении ранее совершенного административного правонарушения прошло менее одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении административного наказания.

Данный вывод основан на п. 19.1 постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 (в редакции от 10.11.2011) «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях», где указано, что однородными считаются правонарушения, ответственность за совершение которых установлена одной статьей Особенной части КоАП РФ²². Поэтому не могут быть признаны однородными административные правонарушения, предусмотренные ст. 14.31 и 14.32 (или 14.33) КоАП РФ.

Совершение длящегося административного правонарушения, продолжительность которого превышает один год (п. 1 примеч. 3 к ст. 14.31 КоАП РФ), учитывается при условии, что продолжительность нарушения антимонопольного законодательства, установленного комиссией антимонопольного органа, превышает один год.

Причинение в результате совершения административного правонарушения ущерба гражданам, организациям или государству в размере более 1 млн руб. либо извлечение в результате совершения административного правонарушения дохода в размере более 5 млн руб. (п. 2 примеч. 3 к ст. 14.31 КоАП РФ) учитывается при условии, что в результате нарушения антимонопольного законодательства причинен ущерб гражданам, организациям или государству в размере более 1 млн руб. либо в результате такого нарушения правонарушитель извлек доход в размере более 5 млн руб.

²² Вестник ВАС РФ. 2012. № 1.

Доходом, извлеченным в результате совершенного правонарушения, следует считать часть выручки, полученную юридическим лицом, нарушившим антимонопольное законодательство, которую такое лицо не получило бы при соблюдении антимонопольного законодательства.

Ущерб, причиненный в результате нарушения антимонопольного законодательства, или доход, полученный в результате такого нарушения, может быть установлен комиссией антимонопольного органа при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства либо должностным лицом антимонопольного органа при производстве по делу об административном правонарушении. Если ущерб устанавливается при производстве по делу об административном правонарушении и ранее не был определен комиссией антимонопольного органа, то лицо, которому такой ущерб причинен, должно быть привлечено к участию в производстве по делу об административном правонарушении в качестве потерпевшего.

Совершение административного правонарушения двумя и более лицами, входящими в группу лиц, определяемую в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации (п. 3 примеч. 3 к ст. 14.31 КоАП РФ), учитывается при условии, если установлено, что злоупотребление доминирующим положением, недобросовестная конкуренция либо манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) были осуществлены несколькими лицами, входящими в одну группу лиц по основаниям, предусмотренным ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции, и в действиях не менее чем двух таких лиц решением комиссии антимонопольного органа установлено нарушение антимонопольного законодательства и в отношении каждого из таких лиц возбуждено дело об административном правонарушении.

Указанное обстоятельство применяется для правонарушений, предусмотренных ст. 14.31, 14.31¹, 14.31², 14.33 КоАП РФ, и не может быть применено для административных правонарушений, названных в ст. 14.32.

Организация лицом, совершившим административное правонарушение, ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий (п. 1 примеч. 4 к ст. 14.31 КоАП РФ) учитывается при условии, что антимонопольным органом установлен тот факт, что заключение и исполнение ограничивающего конкуренцию соглашения произошло по инициативе данного юридического лица — участника антиконкурентного соглашения. О том, что лицо является организатором ограничивающих конкуренцию соглашений, может свидетельствовать факт, что такое лицо предложило заключить соглашение и определило основные его условия.

Норма, закрепленная в п. 1 примеч. 4 к ст. 14.32 КоАП РФ, применяется только к административным правонарушениям, предусмотренным данной статьей.

Принуждение лицом, совершившим административное правонарушение, иных лиц к совершению административного правонарушения либо к продолжению участия в ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действиях (п. 2 примеч. 4 к ст. 14.32 КоАП РФ) учитывается при условии установления факта принуждения должностным лицом юридического лица к заключению или продолжению участия в ограничивающем конкуренцию соглашении. Принуждением могут быть признаны устные или письменные угрозы наступления неблагоприятных последствий для лиц, которых принуждают к участию в таком соглашении.

Это положение также распространяется только на административные правонарушения, предусмотренные ст. 14.32 КоАП РФ.

КоАП РФ определяет порядок учета обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность при назначении наказания юридическим лицам за административные правонарушения, связанные с нарушением антимонопольного законодательства.

Так, согласно примеч. 4 к ст. 14.31 КоАП РФ за совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.31, 14.31¹, 14.31², 14.32 или 14.33 КоАП РФ, при отсутствии обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность, административный штраф налагается на юридическое лицо в размере суммы минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и половины разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

При наличии обстоятельств, смягчающих административную ответственность, размер административного штрафа, налагаемого на юридическое лицо, подлежит уменьшению за каждое такое обстоятельство на одну восьмую разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

При наличии обстоятельств, отягчающих административную ответственность, размер административного штрафа, налагаемого на юри-

дическое лицо, подлежит увеличению за каждое такое обстоятельство на одну восьмую разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

Таким образом, при определении размера административного штрафа, налагаемого на юридическое лицо за нарушение антимонопольного законодательства, в обязательном порядке должны учитываться указанные нормы КоАП РФ.

Расчет административного штрафа за совершение юридическим лицом административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.31, 14.31¹, 14.31², 14.32 и 14.33 КоАП РФ и исчисляемого исходя из суммы выручки от реализации товара, осуществляется по правилам, предусмотренным примеч. 4 к ст. 14.31 КоАП РФ в такой последовательности.

Сначала определяется базовый штраф (БШ), подлежащий наложению на правонарушителя.

Расчет размера БШ осуществляется следующим образом.

1. Рассчитывается максимальный штраф (МаксШ), составляющий:

а) 15% суммы выручки от реализации товара, если сумма выручки от реализации товара составляет 75% и менее совокупной суммы выручки, при условии, что:

— эта величина (15%) меньше, чем 2% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации им всех товаров (работ, услуг) за календарный год, предшествующий году, в котором было выявлено правонарушение, либо за предшествующую дате выявления правонарушения часть календарного года, в котором было выявлено правонарушение, если правонарушитель не осуществлял деятельность по реализации товаров (работ, услуг) в предшествующем календарном году (далее — совокупная сумма выручки) для случая злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке;

— эта величина меньше, чем 4% совокупной суммы выручки для случая заключения ограничивающего конкуренцию соглашения или осуществления ограничивающих конкуренцию согласованных действий либо недобросовестной конкуренции путем незаконного использования результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг;

б) 3% суммы выручки от реализации товара, если сумма выручки от реализации товара составляет более 75% совокупной суммы выручки либо правонарушение совершено на рынке товаров, реализация которых осуществляется по регулируемым ценам (тарифам), при условии, что:

— эта величина меньше, чем 2% совокупной суммы выручки для случая злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке;

— эта величина меньше, чем 4% совокупной суммы выручки для случая заключения ограничивающего конкуренцию соглашения или осуществления ограничивающих конкуренцию согласованных действий;

в) 2% совокупной суммы выручки для случая злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке, если указанные в п. «а» и «б» условия не выполняются;

г) 4% совокупной суммы выручки для случая заключения ограничивающего конкуренцию соглашения или осуществления ограничивающих конкуренцию согласованных действий либо недобросовестной конкуренции путем незаконного использования результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг, если указанные в п. «а» и «б» условия не выполняются;

д) максимальный размер фиксированного административного штрафа, предусмотренного ч. 1 ст. 14.31, ст. 14.31¹, ч. 1 ст. 14.31² и ч. 1 ст. 14.33 КоАП РФ.

2. Рассчитывается минимальный размер административного штрафа (МинШ), составляющий:

а) 1% суммы выручки от реализации товара, на рынке которого произошло нарушение, если эта сумма составляет 75% и менее совокупной суммы выручки либо административное правонарушение выразилось в недобросовестной конкуренции путем незаконного использования результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг (ч. 2 ст. 14.33 КоАП);

б) 0,3% суммы выручки от реализации товара, на рынке которого произошло нарушение, если эта сумма составляет более 75% совокупной суммы выручки правонарушителя либо правонарушение совершено на рынке товаров, реализация которых осуществляется по регулируемым ценам (тарифам);

в) минимальный размер фиксированного административного штрафа, предусмотренного ч. 1 ст. 14.31, ст. 14.31¹, ч. 1 ст. 14.31² и ч. 1 ст. 14.33 КоАП РФ.

3. Базовый штраф определяется как сумма минимального размера административного штрафа (МинШ) и половина разности максимального размера административного штрафа (МаксШ) и минимального размера административного штрафа (МинШ) и рассчитывается по следующей формуле:

$$\text{БШ} = (\text{МаксШ} - \text{МинШ}) / 2 + \text{МинШ}.$$

После определения базового штрафа определяется размер обстоятельств, смягчающих или отягчающих административную ответственность, для их учета в административном штрафе, подлежащем наложению на правонарушителя.

Каждое из обстоятельств, смягчающих или отягчающих административную ответственность, учитывается при исчислении размера административного штрафа в размере одной восьмой разности максимального (МаксШ) и минимального (МинШ) размеров административного штрафа и определяется по формуле:

$$\text{ОО (ОС)} = (\text{МаксШ} - \text{МинШ}) / 8,$$

где ОО — обстоятельство, отягчающее административную ответственность;

ОС — обстоятельство, смягчающее административную ответственность.

Размер административного штрафа, который подлежит наложению на юридическое лицо за административное правонарушение, предусмотренное ст. 14.31, 14.31¹, 14.31², 14.32 и 14.33 КоАП (ПШ), является суммой базового штрафа и обстоятельств, отягчающих административную ответственность, уменьшенной на сумму обстоятельств, смягчающих административную ответственность:

$$\text{ПШ} = \text{БШ} + (\text{ОО} \times n) - (\text{ОС} \times n),$$

где n — количество обстоятельств, смягчающих или отягчающих административную ответственность.

В случае, когда полученный в результате расчета размер административного штрафа меньше минимального штрафа (МинШ), применяется минимальный штраф.

В случае, когда полученный в результате расчета размер административного штрафа меньше 100 тыс. руб., штраф налагается в размере 100 тыс. руб.

В случае, когда полученный в результате расчета размер штрафа больше максимального штрафа (МаксШ), применяется максимальный штраф.

§ 4. Уголовная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства

Уголовная ответственность за недопущение, ограничение или устранение конкуренции предусмотрена ст. 178 Уголовного кодекса Российской Федерации.

Согласно ст. 15 УК РФ преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 178 УК РФ, относится к преступлениям небольшой тяжести, а преступления, ответственность за которые установлена ч. 2 и 3 ст. 178 УК РФ, — к тяжким преступлениям.

Предварительное следствие по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 178 УК РФ, согласно п. 3 ч. 2 ст. 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) отнесено к компетенции следователей органов внутренних дел.

Следователь органа внутренних дел в соответствии со ст. 146 УПК РФ уполномочен при наличии повода и основания, предусмотренных ст. 140 УПК РФ, возбуждать уголовное дело путем вынесения соответствующего постановления.

В соответствии со ст. 140 УПК РФ к числу поводов для возбуждения уголовного дела относятся: 1) заявление о преступлении; 2) явка с повинной; 3) сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников; 4) постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании. Исключение составляют лишь налоговые преступления, для возбуждения уголовных дел о которых необходим специальный повод (ч. 1.1 ст. 140 УПК РФ). Таким поводом могут служить только материалы, направленные налоговыми органами в соответствии с законодательством о налогах и сборах для решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

По смыслу ч. 2 ст. 140 УПК РФ основанием для возбуждения уголовного дела по ст. 178 УК РФ является наличие достаточных данных, указывающих на признаки соответствующего преступления.

1. Характеристика состава преступления, предусмотренного статьей 178 УК РФ

Новую редакцию ст. 178 УК РФ получила 6 декабря 2011 г. в результате принятия законодателем третьего антимонопольного пакета — Федерального закона от 06.12.2011 № 401-ФЗ «О внесении изменений в

Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»²³ (ст. 4). Данным Законом были декриминализированы некоторые формы нарушений антимонопольного законодательства, в частности, осуществление согласованных действий и заключение соглашений между неконкурентами. Основными побудительными причинами данного решения стали: 1) обусловленное экономическими реалиями нашей страны стремление антимонопольного регулятора и государства в целом сосредоточить усилия на борьбе с наиболее опасными проявлениями криминального монополизма — картелями; 2) несопоставимость административно-правового и уголовно-правового институтов вины в части, относящейся к вине юридических лиц (до настоящего времени УК РФ не предусматривает ответственности юридических лиц, главным образом, из-за нереализуемости данного института без опасных издержек в современных реалиях); 3) слишком широкие возможности для злоупотреблений со стороны недобросовестных правоприменителей уголовного законодательства, которые предоставляют закрепленные в Федеральном законе «О защите конкуренции» определения понятий согласованных действий и соглашений, а также то, что содержание понятия ограничивающего конкуренцию соглашения в «третьем антимонопольном пакете» было уточнено. В связи с этим использовавшиеся в абз. 1 ч. 1 ст. 178 УК РФ слова «заключения ограничивающих конкуренцию соглашений или осуществления ограничивающих конкуренцию согласованных действий» были заменены словами «заключения хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля)».

Одновременно тем же Законом было уточнено содержание условий освобождения от ответственности лица, которое способствовало раскрытию преступления, путем приведения их в соответствие с текстом ст. 75 УК РФ, регламентирующей освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием.

Позднее в ст. 178 УК РФ Федеральным законом от 07.12.2011 № 420-ФЗ были внесены изменения, касающиеся уточнения видов и размеров наказаний за совершение соответствующих преступлений.

Преступление, предусмотренное ст. 178 УК РФ, отнесено законодателем к преступлениям в сфере экономической деятельности (гл. 22 УК РФ).

²³ СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7343.

Объект преступления. Потерпевший

Основным обязательным непосредственным объектом рассматриваемого преступления является общественное отношение, обеспечивающее конкуренцию, т.е. отношение к конкуренции как к социальной ценности. Под конкуренцией, как уже отмечалось в предыдущих главах, согласно п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции понимается «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».

Дополнительными непосредственными объектами данного преступления альтернативно или в совокупности являются общественные отношения, обеспечивающие: 1) законные имущественные интересы граждан и организаций; охраняемые законом имущественные интересы государства в части, относящейся к обеспечению этих интересов посредством конкуренции; 2) законные интересы получения дохода от экономической деятельности; 3) законные интересы потребителей в части, относящейся к удовлетворению потребностей в товарах при наименьших затратах на их приобретение.

Преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 178 УК РФ, посягает еще и на *второй обязательный альтернативный непосредственный объект* — общественные отношения, обеспечивающие: 1) законные интересы службы в коммерческих и иных организациях (в том числе в государственных и муниципальных учреждениях), в органах государственной власти и местного самоуправления (п. «а»); 2) сохранность имущества (при уничтожении или повреждении имущества) (п. «б»); 3) безопасность сохранности имущества (применительно к угрозе уничтожения или повреждения имущества) (п. «б»).

Преступление, предусмотренное ч. 3 ст. 178 УК РФ посягает на такой *второй обязательный альтернативный непосредственный объект*, как общественное отношение, обеспечивающее право: 1) на физическую свободу, телесную неприкосновенность или здоровье другого человека (применительно к насилию); 2) на безопасность этих благ личности или жизни (применительно к угрозе применения насилия).

Предмет преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, т.е. материальный субстрат на который непосредственно воздействует преступник, совершая преступление, отсутствует.

Потерпевшим от преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, сопряженного с причинением крупного или особо крупного ущерба,

признается физическое лицо, которому причинен имущественный и (или) моральный вред, а также юридическое лицо, имуществу и (или) деловой репутации которого причинен ущерб в соответствующих размерах (см. ст. 42 УПК РФ).

Применительно к преступлению, предусмотренному ст. 178 УК РФ и сопряженному *лишь* с извлечением дохода в крупном или особо крупном размере, потерпевший *отсутствует*.

Потерпевшим от преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 178 УК РФ, является *лишь* физическое лицо, которому причинен физический (применение насилия) и (или) моральный (угроза применения насилия) вред.

Объективная сторона состава преступления

Объективная сторона состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 178 УК РФ, характеризуется:

1) действиями (бездействием) по недопущению, ограничению или устранению конкуренции, совершаемыми в одном из двух видов или как их совокупность:

первый вид — заключение хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля);

второй вид — неоднократное злоупотребление доминирующим положением, выразившимся в установлении и (или) поддержании монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, необоснованном отказе или уклонении от заключения договора, ограничении доступа на рынок;

2) одним или обоими указанными в данной части ст. 178 УК РФ последствиями, т.е. причинением крупного ущерба и (или) извлечением дохода в крупном размере;

3) причинно-следственной связью между соответствующими действиями (бездействием) и любым из указанных последствий. Данная причинно-следственная связь должна носить закономерный, т.е. типичный, повторяющийся, характер.

Содержание понятий *недопущения*, *ограничения* или *устранения конкуренции* раскрывается путем уяснения всей совокупности положений Закона о защите конкуренции, относящихся к определению названных выше форм негативного влияния на конкуренцию и их признаков. Так, согласно п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции, к признакам ограничения конкуренции относятся:

1) сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке;

2) 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;

3) 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;

4) 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.

Определение картеля, заключение которого составляет содержание первого вида действий (бездействия), было приведено в разд. 3.3 данной главы.

Что касается второго вида действий (бездействия), то из всех форм злоупотребления доминирующим положением, предусмотренных ст. 10 Закона о защите конкуренции, законодатель криминализировал лишь:

1) установление и (или) поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара (п. 1 ч. 1 ст. 10, ст. 6 и 7 Закона о защите конкуренции);

2) необоснованный отказ или уклонение от заключения договора (п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции);

3) ограничение доступа на рынок (п. 9 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции).

Совершение любого из указанных действий при наличии иных обязательных признаков состава преступления образует состав оконченного преступления.

Одним из таких обязательных признаков является неоднократность злоупотребления доминирующим положением в указанных в ч. 1 ст. 178 УК РФ формах. Понятие неоднократности применительно к рассматриваемому случаю определено в п. 4 примеч. к ст. 178 УК РФ: «Неоднократным злоупотреблением доминирующим положением признается совершение лицом злоупотребления доминирующим положением более двух раз в течение трех лет, за которые указанное лицо было привлечено к административной ответственности».

Административная ответственность за злоупотребление доминирующим положением установлена ст. 14.31 и 14.31¹ КоАП РФ. Поскольку в соответствии со ст. 4.6 КоАП РФ лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию в течение одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении административного наказания, для наличия основания привлечения физического лица к уголовной ответственности необходимо, чтобы на момент принятия решения о возбуждении уголовного дела *данное лицо считалось дважды подвергнутым административному наказанию за действия (бездействие) в одной или нескольких из числа форм злоупотребления доминирующим положением, перечисленных в ч. 1 ст. 178 УК РФ*.

Привлечение к административной ответственности за злоупотребление доминирующим положением в иных формах не может рассматриваться в качестве необходимой административной преюдиции для решения вопроса о наличии признаков состава преступления.

Обязательные альтернативные последствия

Первым из альтернативных последствий, являющихся обязательным признаком объективной стороны состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 178 УК РФ, является *последствие в виде причинения крупного ущерба*. Как уже отмечалось, определение понятия крупного ущерба дано в п. 2 примеч. к ст. 178 УК РФ. Таковым признается ущерб, сумма которого превышает 1 млн руб. вне зависимости от того, причинен этот ущерб гражданину, обществу или государству.

В отличие от ущерба, рассматриваемого в качестве признака преступлений против собственности, ущерб, причиняемый деянием, предусмотренным ч. 1 ст. 178 УК РФ, может выражаться не только в уменьшении имущества гражданина, организации или государства, существовавшего до момента окончания преступления, но и в неполучении имущественной выгоды (упущенной выгоде).

Способ причинения ущерба, являющегося одним из альтернативных обязательных признаков преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 178 УК РФ, в законе прямо не определен. Однако, исходя из анализа содержания ч. 2 ст. 178 УК РФ, таким способом не может быть уничтожение или повреждение имущества.

Вторым из числа альтернативных последствий, являющихся обязательным признаком объективной стороны рассматриваемого состава преступления, является *последствие в виде извлечения дохода в крупном размере*.

Таковым согласно п. 1 примеч. к ст. 178 УК РФ признается доход, сумма которого превышает 5 млн руб.

Моментом окончания преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 178 УК РФ, следует признавать момент наступления крупного ущерба и (или) извлечения дохода в крупном размере.

В случае, если рассматриваемое преступление не было доведено до конца по не зависящим от виновного обстоятельствам (крупный размер ущерба не достигнут, доход в крупном размере не получен), несмотря на то что виновный совершил все действия для наступления любого из этих последствий, содеянное подлежит квалификации по ч. 3 ст. 30 УК РФ и ч. 1 ст. 178 УК РФ как *покушение на соответствующее преступление*.

Согласно ч. 3 ст. 66 УК РФ срок или размер наказания за покушение на преступление не может превышать трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ за оконченное преступление.

Приготовление к совершению действий (бездействию), предусмотренных ст. 178 УК РФ, не подлежит уголовному преследованию в силу ч. 2 ст. 30 УК РФ как ненаказуемое приготовление к преступлениям небольшой тяжести.

Субъект преступления

Субъект данного преступления — физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет. Исполнителем преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 178 УК РФ, в виде заключения хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля) может быть лицо, которое фактически заключило такое соглашение от имени юридического лица, не имея на это никаких полномочий (например, бывший директор коммерческой организации) или с превышением полномочий, т.е. не использующее свое служебное положение (например, не работающий в компании родственник генерального директора, имеющий доверенность лишь на ведение переговоров от имени компании).

Лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, уполномоченное от имени юридического лица заключать соглашения с иными юридическими лицами, заключившее от имени юридического лица картельное соглашение, т.е. использующее свое служебное положение, подлежит ответственности по п. «а» ч. 2 ст. 178 УК РФ. Другими участниками преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 178 УК РФ, *т.е. лицами, не являющимися исполнителями престу-*

пления (организаторами, пособниками, подстрекателями), могут быть любые иные лица, обладающие признаками общего субъекта преступления, не являющиеся работниками организации и не использующие свое служебное положение (например, «вор в законе», согласившийся за вознаграждение выполнять функции «арбитра соглашения»).

Субъективная сторона преступления

Субъективная сторона рассматриваемого преступления характеризуется виной в виде прямого или косвенного умысла. При этом нужно иметь в виду, что форма вины как обязательного элемента состава преступления определяется по отношению к последствиям.

Рассматриваемое преступление признается совершенным *с прямым умыслом*, если лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасного последствия в виде причинения крупного ущерба и (или) извлечения дохода в крупном размере и желало его наступления (ч. 2 ст. 25 УК РФ).

То же преступление будет признано совершенным *с косвенным умыслом*, если лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность наступления общественно опасного последствия в виде причинения крупного ущерба и (или) извлечения дохода в крупном размере, *не желало, но сознательно допускало эти последствия либо относилось к ним безразлично* (ч. 3 ст. 25 УК РФ). Извлечение дохода в результате картельного соглашения по неосторожности представляется невозможным в силу того, что по своей природе картельное соглашение — это соглашение, направленное на извлечение имущественной выгоды. Причинение ущерба по неосторожности в результате картельного соглашения также представляется невозможным в силу того, что упущенная выгода для других участников рынка, как минимум, всегда допускается участниками картельного соглашения.

2. Квалифицированный состав

Частью 2 ст. 178 УК РФ предусмотрена ответственность за рассматриваемое деяние, характеризующее альтернативно или в совокупности следующими *квалифицирующими признаками*: 1) совершение лицом преступления с использованием своего служебного положения (п. «а» ч. 2); б) сопряженность деяния с уничтожением или повреждением чужого имущества либо с угрозой его уничтожения или повреждения, при

отсутствии признаков вымогательства (п. «б» ч. 2); в) причинение особо крупного ущерба либо извлечение дохода в особо крупном размере (п. «в» ч. 2).

Первым из числа квалифицирующих признаков рассматриваемого состава преступления является *совершение преступления лицом с использованием своего служебного положения*. Данный признак, относящийся к характеристике специального субъекта преступления, означает наличие у лица служебного положения (статуса), которое используется им для совершения рассматриваемого деяния. К таким лицам относятся не только те, кто наделен полномочиями должностного лица (например, руководителя госкорпорации — примеч. к ст. 285 УК РФ), выполняет управленческие функции в коммерческих или иных организациях, не являющихся органами государственной власти и местного самоуправления или учреждениями последних (примеч. к ст. 201 УК РФ), но и иные работники хозяйствующих субъектов, которые используют свой статус для того, чтобы обеспечить или облегчить совершение преступления (советники, помощники, специалисты и др.).

Вторым альтернативным квалифицирующим признаком рассматриваемого преступления является признак уничтожения имущества. Под *уничтожением имущества* в научной и учебной литературе, а также в правоприменительной практике²⁴ обычно понимается последствие в виде утраты этим имуществом своих потребительских свойств, отвечающих его основному назначению, при которой восстановление данных свойств невозможно или требует затрат, равных или превышающих стоимость имущества.

Третий альтернативный квалифицирующий признак — повреждение имущества. Под *повреждением имущества* понимается последствие в виде частичной утраты им своих потребительских свойств, которые могут быть восстановлены в результате затрат, меньших, чем стоимость самого имущества.

Под *угрозой уничтожения или повреждения имущества* обычно понимается запугивание соответственно приведением имущества в состояние, при котором оно полностью утрачивает свои качества и ценность и не может быть использовано по назначению даже после ремонта, либо причинением имуществу вреда, ухудшающего его качество и исключая или ограничивающего его использование по назначению без предварительного ремонта²⁵.

²⁴ См., например: Уголовное право. Особенная часть / под ред. Л.Д. Гаухмана, С.В. Максимова. М.: Эксмо, 2005. С. 196.

²⁵ Там же. С. 186–187.

Стоимость поврежденного или уничтоженного имущества, с достижением которой возникает уголовно-правовое основание для привлечения виновного к ответственности, *в уголовном законе прямо не указана*, т.е. определяется правоприменителем самостоятельно в каждом отдельном случае с учетом обстоятельств дела, в частности, имущественного положения потерпевшего.

Условием наступления ответственности за преступление, предусмотренное п. «б» ч. 2 ст. 178 УК РФ, служит отсутствие признаков *вымогательства*, т.е. требования передачи чужого имущества или права на имущество или совершения других действий имущественного характера под угрозой применения насилия либо уничтожения или повреждения чужого имущества, а равно под угрозой распространения сведений, позорящих потерпевшего или его близких, либо иных сведений, которые могут причинить существенный вред правам или законным интересам потерпевшего или его близких (ст. 163 УК РФ). Таким образом, от вымогательства рассматриваемый вид преступления отличается тем, что в последнем случае отсутствует незаконное требование отсроченной передачи прав на имущество третьему лицу.

Четвертым обязательным альтернативным признаком состава преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 178 УК РФ, является *последствие в виде причинения особо крупного ущерба*. Как уже отмечалось, определение понятия особо крупного ущерба дано в п. 2 примеч. к ст. 178 УК РФ. Таковым признается ущерб, сумма которого превышает 3 млн руб. вне зависимости от того, причинен этот ущерб гражданину, обществу или государству.

Пятый обязательный альтернативный признак состава рассматриваемого преступления — *последствие в виде извлечения дохода в особо крупном размере*.

Таковым согласно п. 1 примеч. к ст. 178 УК РФ признается доход, сумма которого превышает 25 млн руб.

3. Особо квалифицированный состав

Частью 3 ст. 178 УК РФ предусмотрена ответственность за деяния, предусмотренные ч. 1 или ч. 2 данной статьи, характеризуемые такими альтернативными *особо квалифицирующими признаками*, как совершение этих деяний 1) с применением насилия или 2) с угрозой применения насилия.

Исходя из буквального и систематического толкования ст. 14 УК РФ и ст. 178 УК РФ, ответственность по ч. 3 ст. 178 должна наступать лишь

в случае, когда с применением насилия или угрозой его применения были совершены не только действия (бездействие), предусмотренные ч. 1 или ч. 2 ст. 178 УК РФ, но *в целом деяния*, очерченные в указанных частях, т.е. действия (бездействие) плюс одно или несколько из числа последствий в виде ущерба или извлечения дохода в соответствующих размерах.

Правоприменительная практика, однако, пошла по иному пути — по пути привлечения к уголовной ответственности участников картельных соглашений «базарного масштаба» — лиц, которые применяют насилие к потерпевшим, не соблюдающим навязываемую им «ценовую политику» продовольственного или вещевого рынка, с целью их физического вытеснения с территории рынка. При этом виновные в каждом конкретном случае, как правило, не извлекают доход в крупном или особо крупном размерах и не причиняют ущерба в крупном или особо крупном размере. Данная практика, по нашему мнению, искажает действительный смысл ч. 3 ст. 178 УК РФ и, собственно, саму государственную политику борьбы с картелями как наиболее опасной формой нарушения антимонопольного законодательства.

Под *насилием* следует понимать общественно опасное противоправное воздействие на организм другого человека, осуществленное против его воли. В российском уголовном праве под насилием понимается лишь физическое насилие²⁶. По своему характеру оно может проявляться в воздействии на ткани и органы человека либо в ограничении его свободы, а по степени интенсивности — быть опасным или неопасным для жизни или здоровья и влечь различный по тяжести вред здоровью или смерть или не влечь такого вреда (например, в случае нанесения побоев).

Под *угрозой применения насилия* следует понимать устрашение обещанием или демонстрацией возможности применить физическое насилие. Угроза применения насилия при этом должна быть реальной и подлежащей немедленной реализации.

Исходя из анализа санкции уголовно-правовой нормы, закрепленной в ч. 3 ст. 178 УК РФ и статьях УК РФ, предусматривающих ответственность за преступления против личности, в случае если последствием совершения рассматриваемого деяния стала смерть, причинение здоровью потерпевшего тяжкого вреда или похищение потерпевшего, содеянное следует дополнительно квалифицировать по статьям УК РФ об ответственности за преступления против личности (ст. 105, 111, 126 УК РФ).

²⁶ См.: Уголовное право. Особенная часть / под ред. Л.Д. Гаухмана, С.В. Максимова. С. 85–86.

Основные понятия

- *Юридическая ответственность за нарушение антимонопольного законодательства*
- *Гражданско-правовая ответственность за нарушение антимонопольного законодательства*
- *Административная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства*
- *Уголовная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства*

Вопросы для обсуждения

1. Что такое юридическая ответственность?
2. Виды юридической ответственности. Виды правонарушений и их отличия.
3. Что такое гражданско-правовая ответственность?
4. Понятие морального вреда.
5. Понятие административной ответственности и общая характеристика административных правонарушений в сфере антимонопольного регулирования.
6. Порядок привлечения к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Особенности исчисления размеров административного наказания в виде штрафа.
7. Дайте общую характеристику основного состава преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ.
8. Каковы особенности освобождения от уголовной ответственности лица, совершившего преступление, предусмотренное ст. 178 УК РФ?

Интеллектуальная собственность и защита конкуренции

§ 1. Легальная монополия правообладателя и ее ограничение нормами конкурентного права

1. Интеллектуальная собственность.

Понятие и виды объектов исключительных прав

В правовой доктрине, равно как и в нормативных правовых актах, различных государств, в том числе и Российской Федерации, используются понятия «интеллектуальная собственность» или «право интеллектуальной собственности», а также «интеллектуальные права» или «исключительные права».

Профессор А.П. Сергеев, сравнивая сопоставимые положения российского законодательства и международных соглашений, определяет интеллектуальную собственность как «совокупность исключительных прав как личного, так и имущественного характера на результаты интеллектуальной и в первую очередь творческой деятельности, а также на некоторые иные приравненные к ним объекты, конкретный перечень которых устанавливается законодательством соответствующей страны с учетом принятых ею международных обязательств»¹.

Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) рассматривает понятие «интеллектуальная собственность» в широком смысле как «закрепленные законом права, которые являются результатом интеллектуальной деятельности в промышленной, научной, литературной и художественной областях»².

Столь же широко трактуют интеллектуальную собственность английские ученые-юристы Тина Харт, Линда Фазани и Саймон Кларк, относя ее к нематериальному персональному имуществу, представляющему собой совокупность идей и информации в коммерческом смысле,

¹ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: ТК Велби; Проспект, 2005. С. 19.

² Introduction to Intellectual Property. WIPO Publication No. 478®. 1998. P. 3.

ценность которой закрепляется в нормативных правовых актах путем обеспечения соответствующей правовой охраны³.

Дж.Д.С. Тернер определяет интеллектуальную собственность как правовую категорию, включающую в себя различные исключительные права, назначение которых состоит в поощрении инновации и творческой активности, защите инвестиций в нематериальные активы и недопущении введения в заблуждение или возникновения смешения в отношении производителя товаров или услуг или их качества⁴.

Анализ изложенных точек зрения и легального определения интеллектуальных прав, содержащегося в ст. 1225 ГК РФ, позволяет сделать вывод, что интеллектуальная собственность включает определенный объем прав, состоящих из прав исключительных, имеющих имущественный характер, а также (в определенных случаях) личных неимущественных и иных прав, объектами которых могут выступать результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

К результатам интеллектуальной деятельности ГК РФ относит результаты литературного, художественного и научного труда, произведения искусства и возникающие авторские, смежные и патентные права на них, а также исключительные права на некоторые иные результаты интеллектуального труда.

Объектами авторского права в соответствии со ст. 1259 ГК РФ признаются произведения науки, литературы и искусства, включая литературные, аудиовизуальные и музыкальные произведения, произведения живописи, графики, дизайна, архитектуры, фотографические произведения, а также программы для ЭВМ, охраняемые как литературные произведения.

Объектами смежных прав согласно ст. 1304 ГК РФ являются исполнения артистов-исполнителей и дирижеров; фонограммы, т.е. звуковые записи исполнений или иных звуков либо отображений; сообщения передач эфирного или кабельного вещания; базы данных (в части охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов); произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикаторов таких произведений.

К объектам патентных прав относятся изобретения, полезные модели, промышленные образцы и селекционные достижения.

³ *Hart T., Fazzani L., Clark S.* Intellectual Property Law. 4th ed. Palgrave Macmillan, 2006. P. 1.

⁴ *Turner J.D.C.* Intellectual Property and EU Competition Law. Oxford University Press, 2010. P. 8–9.

К иным объектам исключительных прав, признаваемым результатами интеллектуальной деятельности и зачастую именуемым в правовой науке как «нетрадиционные»⁵, относятся секреты производства (ноу-хау) и типологии интегральных микросхем.

По мнению профессора В.А. Дозорцева, права на секреты производства целесообразно квалифицировать как «квазиисключительные»⁶, поскольку объем прав в данном случае, по сути, ограничен лишь полномочиями обладателя секретов производства по защите от их неправомерного получения, использования и распространения другими лицами.

Средства индивидуализации (товарные знаки, фирменные наименования, наименования мест происхождения товаров, коммерческие обозначения) обладают статусом приравненных к результатам интеллектуальной деятельности, однако по своему содержанию не являются тождественными последним.

Так, данные объекты интеллектуальной собственности, как отмечает В.В. Орлова, играют роль определенного рода обозначений, служащих обособлением «индивидуативных однородных объектов (субъектов) из числа неиндивидуальных (индивидуализационно-неспособных)»⁷, где первостепенным является не интеллектуальный труд лица, создавшего данное обозначение, а различительная способность хозяйствующего субъекта и реализуемых им товаров, приобретаемая путем использования данного обозначения. В этой различительной способности обозначения и известности на рынке, полученной хозяйствующим субъектом и производимыми им товарами в результате использования данных обозначений, как явлениях неразрывных, и состоит ценность средств индивидуализации. Автору зачастую принадлежит лишь право на дизайн самого обозначения, в случае если оно является комбинированным или изобразительным, либо на идею словесного обозначения при условии его фантазийности. Однако самостоятельно никакой коммерческой ценностью данные обозначения не обладают. Более того, они не могут быть признаны средствами индивидуализации, пока не начинают использоваться в гражданском обороте и не приобретают различительную способность, репутацию и известность применитель-

⁵ См., например: *Городов О.А.* Право на средства индивидуализации: товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, коммерческие обозначения. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 3.

⁶ *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. статей / Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2005.

⁷ *Орлова В.В.* Средства индивидуализации в предпринимательской деятельности: теория и практика охраны фирменных наименований, товарных знаков и других коммерческих обозначений. М.: ПАТЕНТ, 2006. С. 22.

но к индивидуализируемым ими объектам, в частности, с помощью маркетинговой политики по продвижению соответствующих товаров, в том числе услуг, их рекламированию.

Таким образом, никаких прав на обозначение в виде средства индивидуализации автор дизайна не приобретает и никакого вклада в возможный успех товара, маркируемого данным обозначением, не вносит. В контексте выше изложенного весьма удачной представляется точка зрения М. Эпштейна, который, рассматривая вопросы соотношения прав на товарный знак с авторскими правами, отмечает, что «предъявление претензий на долю в прибыли от коммерческого использования товарного знака со стороны художника или лингвиста можно сравнить с тем, как если бы долю в сделке, заключенной удачливым менеджером, попросил портной, сшивший ему хороший костюм»⁸.

Сходной точки зрения придерживается профессор О.А. Городов, который, определяя средства индивидуализации как различные искусственные символы, целью существования которых является индивидуализация лица или производимой им продукции, а не придание уже существующему продукту новых, главным образом полезных свойств, позволяющих удовлетворить некую практическую потребность, указывает, что работа автора обозначения является юридически безразличным актом, не влекущим предоставление ему каких-либо специальных прав на это обозначение⁹.

Можно также выявить и иные различия между средствами индивидуализации и другими объектами интеллектуальной собственности, но ключевым, на наш взгляд, является их целевое назначение, направленность одних на массовое использование в гражданском обороте (при производстве товаров, оказании услуг), других — на обеспечение правовой охраны единожды созданного интеллектуальным трудом.

2. Виды антиконкурентного распоряжения правами интеллектуальной собственности

Законодатель, как в отношении авторских и патентных прав, так и в отношении прав на средства индивидуализации, придает правам на соответствующие объекты интеллектуальной собственности свойство исключительности и тем самым указывает на монополию их владельца как того хозяйствующего субъекта, который является единственным их обладателем.

⁸ Эпштейн М. Товарный знак и авторское право // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2000. № 2. С. 40.

⁹ Городов О.А. Указ. соч. С. 5.

В связи с указанными обстоятельствами, статус «легальной монополии» обладателя прав интеллектуальной собственности может быть сопоставлен с положениями законодательства о защите конкуренции, направленными на недопущение ограничения и устранения конкуренции.

Проведем параллель между правовым статусом правообладателя и хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке.

Для заявленного сопоставления необходимо прежде всего напомнить легальное определение доминирующего положения, содержащееся в ч. 1 ст. 5 Федерального закона от 26.07.2006 «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции). Согласно указанной норме доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (групп лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (группы лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким 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. При этом Закон о защите конкуренции устанавливает также специальные критерии определения наличия доминирующего положения на товарном рынке, включающие как определенную долю на товарном рынке, так и другие критерии, которые должны иметь место в совокупности. В частности, речь идет об установлении антимонопольным органом — путем проведения анализа состояния конкуренции — возможности хозяйствующего субъекта в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на соответствующем товарном рынке.

Указанным в ст. 5 Закона о защите конкуренции критериям отнесения хозяйствующего субъекта к субъектам, занимающим доминирующее положение на товарном рынке, корреспондируют установленные в ст. 10 Закона запреты на злоупотребление данным «привилегированным статусом».

Вместе с тем ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции установлено, что действия правообладателя по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации не подлежат квалификации как злоупотребление доминирующим положением.

Следует сопоставить правовую позицию российского законодателя с западным правопорядком и пониманием сущности предмета конкурентного права в целом.

Для разрешения поставленной задачи обратимся к точкам зрения западных ученых-юристов, приведем некоторые нормы международного права, проанализировав примеры лучших мировых практик, а также рассмотрим отдельные действующие нормы российского законодательства в сфере интеллектуальной собственности.

Так, Дж.Д.С. Тернером на основании сложившейся судебной практики делается важный вывод о том, что права интеллектуальной собственности могут способствовать возникновению доминирующего положения, однако один лишь факт их наличия указанные последствия не влечет. Вместе с тем указанный автор со ссылкой на ст. 102 Договора о функционировании Европейского Союза (Treaty on the Functioning of the European Union)¹⁰, содержащую запреты на злоупотребление доминирующим положением, приводит основные признаки данного антиконкурентного поведения и проецирует их на действия правообладателя по реализации принадлежащих ему исключительных прав. В частности, Дж.Д.С. Тернер отмечает, что к доминирующему положению может привести специфика объекта патентно-правовой охраны, когда у хозяйствующих субъектов-конкурентов отсутствуют патенты, которые могли бы быть основанием для перекрестного лицензирования¹¹.

В целом практика Европейского Союза построена на недопустимости злоупотребления уникальностью патента, поэтому доминирующим положением со стороны патентообладателя, например, могут быть признаны действия, выраженные в отказе от заключения лицензионного договора, когда данный отказ, в частности, препятствует появлению на рынке нового товара, на который есть потенциальный потребительский спрос, и ограничивает технологическое развитие в ущерб интересам потребителя, исключает возможность создания эффективной конкуренции на смежном товарном рынке и когда такой отказ не имеет объективных обоснований.

В связи с вышесказанным, выделим несколько возможных признаков противоправности такого деяния:

- наличие потенциального потребительского спроса на товар, могущий быть изготовленным на основании использования патента;
- умышленное неизготовление правообладателем самостоятельно такого товара или создание искусственного дефицита;

¹⁰ Official Journal of the European Union. 2008. No. C 115/47.

¹¹ Turner J.D.C. Указ. соч. Р. 79, 80.

— препятствование другим хозяйствующим субъектам в совершении данных действий путем отказа в заключении лицензионного договора или навязывания таких условий договора, которые для потенциального лицензиата невыгодны (продажа товара строго определенным покупателям на строго определенной территории, установление цены товара, необходимость приобретения лицензиатом иных товаров и т.д.).

Данные критерии в совокупности могут быть сопоставимы с признаками доминирования и соответствующими проявлениями злоупотреблений доминирующим положением, установленными в ст. 10 Закона о защите конкуренции.

В свете изложенного следует еще раз подчеркнуть, что «монопольное» (доминирующее) положение хозяйствующего субъекта (базовый подход) на определенном товарном рынке дает 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.

При этом рынком является сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, или сфера обращения взаимозаменяемых товаров в соответствующих географических границах.

В свою очередь, приобретение исключительных патентных прав (изобретение, полезная модель, промышленный образец) возможно при наличии обязательных критериев: новизна (не было известно из уровня техники), изобретательский уровень (только для изобретений, т.е. технические решения, отличающиеся от другого изобретения), промышленная применимость, оригинальность (только для промышленных образцов) (ст. 1350, 1351, 1352 ГК РФ).

Законом о защите конкуренции определено, что взаимозаменяемыми товарами являются товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях).

Иначе говоря, по сути, товар, произведенный с использованием изобретения, полезной модели или, возможно, промышленного образца, может быть уникальным, невзаимозаменяемым и образовывать отдельный товарный рынок, на котором правообладатель как производитель будет являться субъектом, занимающим доминирующее положение.

В свете изложенного, с учетом приведенной европейской правоприменительной практики, заметим, что на деле одним из инструментов борьбы со злоупотреблением правообладателем принадлежащими ему исключительными правами являются содержащиеся в патентных законах практически всех развитых стран положения, принуждающие патентообладателя в определенных условиях предоставлять разрешение, так называемую принудительную лицензию, на использование запатентованного объекта промышленной собственности¹².

Российское законодательство (как в ранее действовавшем Патентном законе Российской Федерации, так и в действующей сегодня части четвертой ГК РФ) содержит положение о принудительной лицензии на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Норма о принудительной лицензии закреплена и в действующем на территории Российской Федерации акте международного права — Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 26 марта 1883 г.

Так, п. 1 ст. 1362 ГК РФ установлены условия, при совокупном наличии которых принудительная лицензия подлежит выдаче (например, в случае отказа патентообладателя от заключения лицензионного договора на условиях, соответствующих установленной практике). Наличие указанных условий, учитывая факт неиспользования или недостаточного использования соответствующего объекта интеллектуальных прав в течение установленного законом срока, является основанием для обращения лица, с которым правообладатель отказался заключать лицензионный договор, в суд с иском о предоставлении принудительной неисключительной лицензии.

Действия правообладателя по необоснованному отказу в заключении договора могут привести к негативным последствиям для конкуренции как на товарном рынке, продуктовые границы которого охватываются товарами, защищенными принадлежащим правообладателю патентом, так и, возможно, на смежных рынках. При этом создание недостаточного предложения товара на рынке, т.е. в некоторой степени создание «искусственного дефицита», может привести к повышению цены товара.

В связи с изложенным действия правообладателя по необоснованному отказу от заключения лицензионного договора на право использования патента в той или иной степени могут быть сопоставимы с нарушением антимонопольного законодательства, выраженного в злоупотреблении доминирующим положением.

¹² См. например: Корчагин А.Д., Богданов Н.В., Орлова В.В. Соглашение по торговым аспектам прав охраны интеллектуальной собственности и законодательство Российской Федерации. М., 2002. С. 259, 260.

Злоупотребления правообладателя «легальной монополией» можно рассмотреть не только как форму злоупотребления доминирующим положением, но и обратившись к содержанию лицензионных договоров на право использования объектов интеллектуальной собственности.

Здесь прежде всего следует привести норму, закрепленную в ст. 40 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее — Соглашение ТРИПС). В данной норме прямо указано на признание странами — членами Соглашения того, что некоторые виды лицензионной практики или условий, относящихся к правам интеллектуальной собственности, могут иметь прямую направленность на ограничение конкуренции и, как следствие, неблагоприятное воздействие на торговлю, в том числе путем препятствования передаче и распространению технологии. При этом ч. 2 указанной статьи Соглашения ТРИПС позволяет странам-членам самостоятельно закреплять в национальном законодательстве виды лицензионной практики, которые могут являться злоупотреблением правами интеллектуальной собственности и оказывать неблагоприятное воздействие на конкуренцию на соответствующем товарном рынке, и в качестве меры пресечения такой практики включать, например, требования по обратной передаче покупателем лицензии технической информации продавцу лицензии и принудительный пакет лицензионных условий.

В аспекте лицензирования Дж.Д.С. Тернер в своем исследовании также указывает, что в качестве злоупотребления доминирующим положением могут быть рассмотрены действия правообладателя по заключению лицензионных договоров на использование принадлежащих ему объектов интеллектуальной собственности, правовая охрана которых распространяется на всю территорию Европейского Союза, с другими хозяйствующими субъектами, осуществляющими деятельность на территории различных стран ЕС, при условии наличия в таких договорах различных требований к сумме вознаграждения, подлежащей уплате лицензиатами за использование данных объектов¹³.

Злоупотребление в данном случае может вытекать из необоснованности различной суммы вознаграждения теми или иными факторами, могущими именоваться как обоснованные. Иными словами, речь идет о факторах специфики экономики той или иной страны Союза, где осуществляет свою деятельность лицензиат, особенностей функционирования товарного рынка данной страны, влияющих, во-первых, на формирование цены товара, на котором или при производстве которого

¹³ См.: *Turner J.D.C.* Op. cit. P. 99.

используется объект интеллектуальной собственности в соответствии с заключенным лицензионным договором, а во вторых, цены услуг по сервисному обслуживанию данных товаров, оказываемых лицензиатом.

Однако российский правопорядок в рассматриваемых аспектах пока относит правоотношения по заключению лицензионных и иных договоров на право использования объектов интеллектуальной собственности за рамки сферы применения антимонопольного законодательства.

Так, Федеральным законом № 401-ФЗ, или «третьим антимонопольным пакетом», были внесены изменения в ст. 11 Закона о защите конкуренции, в том числе путем ее дополнения ч. 9, которая указала на то, что соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации не могут быть рассмотрены в качестве соглашений, ограничивающих конкуренцию и, следовательно, приводящих к нарушению антимонопольного законодательства.

Отдельно в п. 2 ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции было установлено, что запрет на антиконкурентные вертикальные соглашения, влекущие обязательство покупателя не продавать товары конкурента продавца, не применяются в отношении лицензионных договоров на право использования интеллектуальной собственности.

В связи с указанным заметим, что в ранее действовавшем Законе РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (во всех редакциях) указывалось, что положения Закона подлежали применению к отношениям, связанным с объектами исключительных прав, если соглашения, связанные с их использованием, направлены на ограничение конкуренции (ч. 2 ст. 2).

Учитывая опыт лучших мировых практик, рассмотрим вопрос целесообразности распространения норм Закона о защите конкуренции на указанные правоотношения.

Следует отметить, что ГК РФ в ст. 1235 определяет лишь обязательные условия, которые должны быть установлены в лицензионных договорах на право использования объекта интеллектуальной собственности. Они включают: указание на предмет договора, а именно на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, право использования которых предоставляется по договору, с указанием в соответствующих случаях номера и даты выдачи документа, удостоверяющего исключительное право на такой результат или на такое средство (патент, свидетельство); способы использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации; указание на сумму вознаграждения, подлежащую уплате лицензиару; указание на территорию, на которой допускается использование

результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, с оговоркой о том, что в случае отсутствия такого указания возможность их использования распространяется на всю территорию Российской Федерации.

Общие положения о лицензионном договоре и требования к его содержанию, установленные в легальной формуле указанной статьи ГК РФ, дополняются последующими (с точки зрения хронологии принятия) нормами Кодекса, посвященными лицензионным договорам на отдельные объекты интеллектуальной собственности.

Так, ст. 1489 ГК РФ указывает на возникающие у лицензиата в связи с заключением лицензионного договора на право использования товарного знака обязательства по обеспечению соответствия качества производимых или реализуемых им товаров, на которых он помещает лицензионный товарный знак, требованиям к качеству, предъявляемых лицензиаром, а также на наличие у лицензиара права осуществлять контроль за соблюдением этого условия. Следовательно, законодатель предусматривает установление такого требования к лицензиату и корреспондирующего ему права «инспектирования» со стороны правообладателя в самом лицензионном договоре на право использования товарного знака.

Наличие таких дополнительных требований к содержанию лицензионных договоров на использование товарного знака, помимо общих требований к указанным договорам, установленных ст. 1235 ГК РФ, является оправданным, в том числе с точки зрения правовой сущности товарного знака и товара как объекта его индивидуализации. В остальном ГК РФ по отношению к лицензионным договорам, как и к любым другим гражданско-правовым договорам, применяет принцип диспозитивности и позволяет сторонам предусмотреть любые иные условия, права и обязанности.

Вместе с тем следует иметь в виду, что лицензионные договоры на право использования товарного знака, могут быть в том числе заключены между хозяйствующими субъектами, осуществляющими предпринимательскую деятельность на одном товарном рынке и являющимися конкурентами.

Однако ГК РФ не запрещает, а ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции прямо указывает на возможность устанавливать в такого рода лицензионных договорах условия, явно не соответствующие характеру обязательств, которые обычно из них вытекают. В частности, в данных договорах могут быть установлены следующие ограничительные условия:

— требования продажи лицензиатом товаров, на которых использованы объекты интеллектуальной собственности лицензиара, только строго определенным покупателям, когда это не обусловлено сущностью продаваемого товара;

- требования не заключать аналогичные лицензионные договоры с конкурентами лицензиара;

- требования не производить и не реализовывать иные товары, кроме товаров с использованием товарного знака лицензиара;

- требования, к цене продажи товара при условии, что цена не соответствует рыночной цене такого товара.

Из вышесказанного следует, что лицензионные договоры могут содержать такие положения, реализация которых приводит или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. Таким образом, лицензионные договоры могут представлять собой антиконкурентные соглашения как вертикального, так и горизонтального типа, что порождает необходимость распространения норм антимонопольного законодательства на такие соглашения в качестве меры недопущения использования установленных гражданским законодательством прав во вред конкуренции.

В этом ключе рассмотрим также иной вид договоров, связанных с предоставлением права использования объектов интеллектуальной собственности, а именно договоры коммерческой концессии.

Так, в соответствии со ст. 1027 ГК РФ договор коммерческой концессии предусматривает передачу правообладателем пользователю права использования в целях предпринимательской деятельности комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме. Закон о защите конкуренции относит данные виды договоров в сфере интеллектуальной собственности к допустимым вертикальным соглашениям (ч. 1 ст. 12).

В то же время ГК РФ прямо указывает на то, что договором коммерческой концессии могут быть предусмотрены ограничения прав сторон по этому договору. Среди прямо поименованных в ст. 1033 ГК РФ ограничений и соответствующих обязательств правообладателя и пользователя выделим, в частности:

- обязательство правообладателя по отказу от осуществления собственной аналогичной деятельности на территории распространения договора;

- обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав;

- обязательство пользователя по отказу от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя;

— обязательство пользователя реализовывать, в том числе перепродавать, произведенные и (или) закупленные товары, выполнять работы или оказывать услуги с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав по установленным правообладателем ценам, а равно обязательство пользователя не осуществлять реализацию аналогичных товаров, выполнение аналогичных работ или оказание аналогичных услуг с использованием товарных знаков или коммерческих обозначений других правообладателей.

Вместе с тем Федеральным законом от 18.07.2011 № 216-ФЗ были внесены изменения в указанную статью ГК РФ путем ее дополнения ч. 3, прямо указывающей на то, что ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству.

Таким образом, ГК РФ признает, что ограничительные условия, предусмотренные ст. 1033 ГК РФ и могущие быть установлены в договоре коммерческой концессии, имеют вероятность наступления последствий, выраженных в ограничении конкуренции и, следовательно, могут подлежать правовой оценке на соответствие требованиям Закона о защите конкуренции.

Учитывая указанные обстоятельства, а также тот факт, что договором коммерческой концессии передается значительно больший объем прав по сравнению с правами и объектами интеллектуальной собственности, входящими в предмет лицензионного договора, лицензионные договоры должны находиться в поле зрения антимонопольного регулирования, которое в данном случае будет являться объективным ограничением, пресекающим попытки путем заключения таких договоров ущемить конкуренцию, попытки правообладателя осуществлять координацию предпринимательской деятельности пользователя, могущие привести к неблагоприятным для конкуренции последствиям.

§ 2. Параллельный импорт и препятствование его осуществлению как особый вид антиконкурентного распоряжения правами интеллектуальной собственности

Предложенное сопоставление институтов конкурентного права и права интеллектуальной собственности может быть осуществлено также на

примере рассмотрения проблематики так называемого параллельного импорта как явления, тесно связанного с международной торговлей.

Речь идет, в частности, о ситуациях, когда товар был произведен правообладателем товарного знака или с его согласия на территории определенного государства с размещением на нем указанного средства индивидуализации, приобретен на территории данного государства хозяйствующим субъектом, а затем для целей предпринимательской деятельности ввезен им на территорию другого государства, где также действуют принадлежащие производителю или хозяйствующему субъекту, составляющему с ним группу лиц, исключительные права на товарный знак, размещенный на ввозимом товаре.

Очевидно, данные действия совершаются хозяйствующим субъектом, не связанным с правообладателем правоотношениями, возникшими из лицензионных или дистрибьюторских договоров, и не составляющим с правообладателем одну группу лиц, т.е. совершаются независимо от правообладателя.

Как справедливо, на наш взгляд, отмечает В.В. Пирогова, вопрос состоит в том, может ли правообладатель воспрепятствовать такому ввозу товаров, учитывая имеющиеся у него правомочия по распоряжению принадлежащими ему исключительными правами, либо же правообладатель не может получить возможность контролировать дальнейшее продвижение товара на рынке после момента его первичной реализации на территории того или иного государства, где исключительные права на товарный знак распространяются¹⁴.

В качестве дополнения поставим еще один вопрос: обладают ли действия по независимому ввозу товаров свойствами явления негативного, могут ли они быть квалифицированы как нарушение исключительных прав на товарный знак и обоснован ли отрицательный смысл, вложенный в термин «параллельный импорт» противниками независимого ввоза товаров, которые также активно используют термин «серый импорт».

С точки зрения правового регулирования ответ находится в прямой зависимости от того режима исчерпания прав, который приняло на себя то или иное государство. В мировой практике существуют три концепции исчерпания прав: национального, регионального и международного исчерпания. Ключевым различием между обозначенными концепциями является фактор «территории».

¹⁴ См.: Пирогова В.В. Исчерпание прав на товарный знак // Патенты и лицензии. 2001. № 2. С. 41; Она же. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт. М.: Статут, 2008. С. 31.

При *международном принципе исчерпания прав* исключительные права правообладателя признаются исчерпанными по отношению к конкретному товару с момента его первого введения в гражданский оборот самим правообладателем или с его согласия на территории любого государства. Так, в США, где судебная практика склоняется к применению международного принципа исчерпания прав, за основу берется принцип «first sale», т.е. первой продажи товара правообладателем или уполномоченными им лицами, причем независимо от того, имел ли место данный факт внутри государства или за ее пределами.

Как отмечает В.В. Пирогова, первостепенными и ключевыми являются два обстоятельства, которые позволяют признавать параллельный импорт в США правомерным. Во-первых маркированный товар должен быть изначально введен в оборот либо владельцем товарного знака, либо с его согласия третьим лицом¹⁵. При этом под согласием подразумевается, например аффилированность правообладателя с таким третьим лицом. Во-вторых, в отношении импортируемых товаров должно выполняться требование к качеству в той мере, чтобы такой товар не имел отрицательных качественных отличий от товара, произведенного в государстве, на территорию которого он импортируется. Следовательно, при несоответствии данным требованиям параллельный импорт в США не допускается, поскольку такого рода товары могут ввести в заблуждение относительно качества товара и его производителя, что прямо запрещено Законом Лэнхема о товарных знаках.

Законодательство о товарных знаках Японии не закрепляет норму, прямо указывающую на избранную концепцию международного исчерпания прав. Однако уже из систематического его толкования следует, что, во-первых, импорт товаров признается одним из способов использования товарного знака, а во-вторых, в случае если на импортируемом товаре товарный знак размещен без согласия правообладателя, у последнего возникает право требовать прекращения незаконного использования такого товарного знака.

Рассмотрим вышедшие в свет 11 июля 1991 г. «guidelines» Федеральной торговой комиссии Японии о системе дистрибуции и предпринимательской практике. Так, что касается эксклюзивных дистрибуторских контрактов, отдельная глава посвящена необоснованному ущемлению прав и законных интересов параллельных импортеров, положения которой целесообразно проанализировать подробнее¹⁶.

¹⁵ См.: Пирогова В.В. Указ. соч. С. 89.

¹⁶ Antimonopoly Legislation of Japan. Fair Trade Institute. 1998. P. 187–189.

В данных «guidelines» определено, что параллельный импорт призван обеспечить ценовую конкуренцию на рынке, а препятствование параллельному импорту влечет последствия, предусмотренные Анти-монопольным актом, если такое препятствование осуществляется с целью поддержания цены товара, поставляемого по эксклюзивному дистрибьюторскому контракту.

При этом указывается, что если путем параллельного импорта поставляются контрафактные товары, или если такие товары могут ввести потребителей в заблуждение относительно их качества или места производства, или если такие товары были повреждены или испорчены, что влечет создание угрозы здоровью и безопасности потребителей, то такой параллельный импорт должен быть запрещен.

В остальных случаях, когда товары, поставляемые путем параллельного импорта, и товары эксклюзивного дистрибьютора не отличаются по качеству, действия по препятствованию параллельному импорту не допускаются.

В частности, недобросовестной торговой практикой могут быть признаны случаи поддержания дистрибьютором цены на товар, поставляемый по эксклюзивному контракту, путем препятствования приобретению параллельным импортером на внешних рынках через зарубежные дистрибьюторские каналы аналогичных оригинальных товаров для их последующей реализации на территории Японии.

Недопустимым является установление для дистрибьюторов запрета на использование товаров, поставленных путем параллельного импорта. Так, рассматриваемыми «guidelines» устанавливается, что дистрибьюторы вправе самостоятельно решить для себя вопрос о возможности иметь дело с параллельным импортом. Таким образом, если эксклюзивный дистрибьютор в целях поддержания цены на товар вводит запрет для иных дистрибьюторов на использование параллельно импортируемых товаров, данные действия подлежат квалификации как недобросовестная торговая практика. Точно так же не допускается установление эксклюзивным дистрибьютором для иных дистрибьюторов запрета на поставку товаров в адрес торговых сетей, которые осуществляют реализацию таких же оригинальных товаров, только поставленных путем параллельного импорта.

Данными «guidelines» как недобросовестная торговая практика квалифицируются также действия эксклюзивного дистрибьютора и его дистрибьюторов по отказу от осуществления ремонта товаров или снабжения данных товаров необходимыми запасными частями взамен вышедших из строя только на том основании, что такие товары постав-

лены путем параллельного импорта, и при условии, что такой ремонт может быть осуществлен или такие запасные части могут быть предоставлены только данными хозяйствующими субъектами и их действия направлены на поддержание цены товара.

Отдельно в качестве недобросовестной торговой практики отмечают действия правообладателей товарных знаков по направлению в адрес хозяйствующих субъектов, реализующих товар, который был ввезен путем параллельного импорта, претензий с требованиями отказаться от их реализации в связи с контрафактностью таких товаров (при условии, что такие товары на самом деле являются оригинальными); принуждение торговых сетей реализовывать товары, поставленные путем параллельного импорта, отдельно от товаров, поставленных эксклюзивным дистрибьютором; принуждение рекламораспространителей (газет, журналов) со стороны эксклюзивного дистрибьютора не размещать рекламу товаров, поставляемых путем параллельного импорта, или препятствование рекламе таких товаров без соответствующих правовых оснований.

Сходная позиция сформирована в правоприменительной практике Швейцарии, где также несмотря на отсутствие специальных положений законодательства, регламентирующих вопросы исчерпания прав, в исках правообладателя товарного знака к параллельному импортеру о запрете использования товарного знака было отказано, исходя из того факта, что ввозимая продукция являлась оригинальной, произведенной самим правообладателем и соответствующей требованиям качества.

Региональный принцип заключается в исчерпании исключительных прав правообладателя в рамках единой таможенной территории нескольких государств.

В последнем случае речь идет прежде всего о Европейском Союзе. Данный вывод следует из п. 7 (1) Директивы Совета ЕС No. 89/104/ЕЕС о гармонизации законодательства стран-участников о товарных знаках и ст. 13 Регламента о товарных знаках ЕС No. 40/94/ЕЕС, в которых указывается, что правообладатель не вправе запрещать дальнейшую реализацию товаров, имеющих в качестве средства индивидуализации принадлежащий правообладателю товарный знак, если данные товары первоначально были введены в гражданский оборот правообладателем или иными лицами с согласия правообладателя на территории одного из государств — членов ЕС. При этом необходимо иметь в виду, что запрет на параллельный импорт в ЕС в сущности представляет собой запрет на так называемый *обратный ввоз* товаров, которые ранее были поставлены на территорию иных государств, для продажи в странах Союза.

Весьма интересной представляется практика Великобритании, где в некотором смысле прецедентным стал спор компании Davidoff с компанией A&G Imports, анализируемый британским исследователем А. Лоуи¹⁷. Так, ключевые выводы суда по существу спора сводились к применению британского договорного права по отношению к договору, на основании которого товары с размещенным на них товарным знаком Davidoff были ввезены на территорию Соединенного Королевства. Суд исходил из того, что в данном случае продажа товаров включает в себя полную передачу новому владельцу правовых полномочий. Следовательно, поскольку договор не содержал никаких ограничений относительно права на дальнейшую продажу, данные обстоятельства были квалифицированы как отказ правообладателя от права на первую продажу своего товара в пределах Европейской экономической зоны, что повлекло возникновение у ответчика, приобретшего маркированный товар вне данных границ, права на его дальнейшую продажу, в том числе на параллельный импорт.

Концепция *национального исчерпания прав* заключается в том, что правообладатель на территории определенного государства исчерпывает подлежащие правовой охране на его территории исключительные права на товарный знак, используемые на конкретном товаре, с момента первого введения данного товара в гражданский оборот на территории данного государства им самим или с его согласия.

Именно таким образом разрешались вопросы параллельного импорта в Российской Федерации, где до 1 января 2012 г. действовал принцип национального исчерпания прав, влекущий полный запрет на ввоз товаров без согласия правообладателя.

Так, в соответствии со ст. 1487 ГК РФ 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 Российской Федерации непосредственно правообладателем или с его согласия.

Следовательно, действие предоставленных правообладателю национальным законодательством Российской Федерации в результате регистрации исключительных прав на товарный знак, размещенный на конкретном товаре, прекращается в отношении данного товара после первой его продажи на территории Российской Федерации самим правообладателем либо с его согласия.

¹⁷ Lowe I. Fortress Europe. Are Cracks in the Walls Allowing Parallel Traders in? // Trademark World. 2007. No. 199. P. 38–42.

Статьей 13 Соглашения о единых принципах в сфере защиты прав интеллектуальной собственности введен принцип регионального исчерпания исключительных прав на товарный знак в рамках территории Таможенного союза и Единого экономического пространства (далее — ЕЭП). Однако уровень товарообмена между странами ЕЭП на данный момент представляется несравнимым с товарообменом между странами ЕС. При этом одна из ключевых причин установления в странах ЕС принципа регионального исчерпания прав (борьба с «обратным ввозом» товаров) для ситуации с товарооборотом между странами ЕЭП и иными государствами в данный момент вряд ли актуальна.

Как видно из приведенных примеров разрешения вопросов параллельного импорта зарубежным правом порядком, наиболее остро ставится вопрос в отношении товарных знаков, индивидуализирующих продукцию, которая имеет широкое распространение, не ограничивающееся территорией какой-либо одной страны, и, следовательно, обладает определенным потребительским спросом. На практике такая продукция зачастую именуется как «брендовая».

Следует заметить, что на текущий момент российский рынок широко представлен продукцией известных зарубежных производителей, часть которой уже начала производиться на территории Российской Федерации либо путем заключения лицензионных договоров с российскими хозяйствующими субъектами-производителями, предусматривающих изготовление последними данных товаров под контролем правообладателя, либо путем открытия зарубежными фирмами на территории Российской Федерации собственных производственных мощностей. Другая часть товаров поставляется путем заключения дистрибьюторских договоров на их поставку на территорию Российской Федерации с определенным кругом хозяйствующих субъектов, в том числе с наделением этих субъектов правомочием по использованию товарного знака. При этом в последнем случае правообладатели зачастую учреждают представительства на территории Российской Федерации в целях координации поставок товаров и деятельности дистрибьюторов.

Сложившаяся ситуация привела к тому, что правообладатели, используя режим национального исчерпания прав, механизмы таможенного законодательства, а именно ч. 4 ст. 328 Таможенного кодекса Таможенного союза, закрепляющей обязанность таможенных органов по защите исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности как путем включения их в реестр, в том числе единый реестр государств — членов Таможенного союза, так и вне данной процедуры, и, следовательно, реализуя установленные законодательством способы

защиты интеллектуальной собственности, зачастую начинают осуществлять контроль над ввозом на территорию Российской Федерации товаров, произведенных ими же за рубежом.

При этом механизм использования таможенных процедур приостановления ввоза таких товаров на территорию Российской Федерации начал корреспондировать применению таможенными органами к хозяйствующим субъектам положений ст. 14.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), с признанием ввозимых товаров контрафактными.

Для всесторонней правовой оценки такого поведения правообладателей, допустимости применения мер гражданско-правовой и административной ответственности к параллельным импортерам следует прежде всего разобраться в сущности и назначении товарного знака.

Будучи, как верно отмечает В.В. Орлова, обозначением, с помощью которого осуществляется выделение субъекта или объекта из массы однородных, механизмом внешней индивидуализации¹⁸, товарный знак должен являться для потребителей ассоциативной связью как с производителем товара, индивидуализируемого данным товарным знаком, так и с определенным качеством этого товара, гарантией качества.

В изложенных аспектах состоит отличие товара оригинального от товара контрафактного, произведенного и маркированного обозначением (тождественным товарному знаку или сходным с ним до степени смешения) третьими лицами, юридически и фактически не имеющими к правообладателю никакого отношения, без какого-либо согласия последнего. Указанные обстоятельства, как следствие, вполне объективно отрицают возможность соотношения данных товаров по качественным характеристикам с оригинальными товарами.

Изложенный подход использован в тексте ст. 1515 ГК РФ, содержащей понятие контрафактного товара и наделяющей правообладателя правом требования изъятия и уничтожения данных товаров, за счет разрушителя, как не имеющих никакого отношения к товарам оригинальным и способных ввести потребителей в заблуждение, в том числе в отношении их качества и потребительских свойств.

Следует отметить, что на фоне неоднозначной судебной практики по данному вопросу прецедентной признана правовая позиция Президиума ВАС РФ, который отменил судебные акты арбитражных судов нижестоящих инстанций, привлечших на основании материалов Цен-

¹⁸ См.: Орлова В.В. Указ. соч. С. 21.

тральной акцизной таможни к административной ответственности по ст. 14.10 КоАП РФ хозяйствующего субъекта, совершавшего ввоз на территорию Российской Федерации бывшего в эксплуатации автомобиля Porsche.

Суть дела состояла в том, что в соответствии с заявлением дистрибьютора правообладателя — компании Porsch AG ввоз данного товара был приостановлен таможенным органом, поскольку осуществлялся без согласия правообладателя и, по его мнению, нарушал исключительные права на товарный знак Porsche, подлежащий правовой охране на территории Российской Федерации.

Пересматривая в порядке надзора данные судебные акты, Президиум ВАС РФ указал, что в данном случае автомобиль марки Porsche Cayenne S, являющийся предметом правонарушения и подвергнутый судом конфискации, выпущен правообладателем одноименных товарных знаков и, следовательно, не содержит признаков незаконного воспроизведения товарных знаков, в связи с чем за его ввоз на территорию Российской Федерации ответчик не может быть привлечен к ответственности, предусмотренной ст. 14.10 КоАП РФ.

Таким образом, Президиум ВАС РФ исходил из того принципа, что ввозимый товар является оригинальным, поскольку товарный знак был размещен самим правообладателем, а не воспроизведен третьими лицами, и поэтому, не являясь контрафактным по смыслу п. 1 ст. 1515 ГК РФ, не может нарушать исключительные права правообладателя.

Сходная точка зрения в дальнейшем была выражена по аналогичным делам арбитражными судами нижестоящих инстанций, судебные акты которых также вступили в законную силу.

В частности, следует отметить дело, рассмотренное по иску компании Kayaba Kogyo Kabushiki Kaisha в отношении хозяйствующего субъекта, осуществлявшего импорт на территорию Российской Федерации амортизаторов и подвесок с размещенными на них товарными знаками Kyb/Kayaba¹⁹, а также ряд дел, рассмотренных по иску компании Piadgeo Ireland к нескольким хозяйствующим субъектам, осуществляющим импорт на территорию Российской Федерации пива Guinness²⁰.

¹⁹ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 26.06.2009 и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.09.2009 № 09АП-14602/2009-ГК по делу № А40-2250/09-51-27.

²⁰ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 12.02.2010 и постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.05.2010 по делу № А40-143317/09-27-1028; решение Арбитражного суда г. Москвы от 02.06.2010 по делу № А40-46674/10-12-279; решение Арбитражного суда г. Москвы от 30.09.2010 по делу № А40-79472/10-143-682.

Во всех случаях, отказывая в удовлетворении исковых требований правообладателей о прекращении незаконного использования принадлежащих им товарных знаков путем ввоза на территорию Российской Федерации маркируемых ими товаров, изъятии и уничтожении данных товаров и выплате компенсации правообладателям, суды исходили из следующего.

Определяя в контексте рассматриваемых споров толкование незаконного использования товарного знака как действия по размещению товарного знака на товарах и их последующий ввоз на территорию Российской Федерации, суды установили, что товары, ввезенные ответчиками по делу, являются оригинальными, маркированными самими правообладателями, что не отрицалось истцами. Также судами было принято во внимание то важнейшее обстоятельство, что истцы по делу не представили доказательства того, что закупленные ответчиком товары не предназначены для продажи на территории Российской Федерации.

Таким образом, установив два факта, имеющих первостепенное значение (оригинальность товара, отсутствие ограничений по территории продажи), суды пришли к выводу о том, что ввоз оригинальных товаров, произведенных, маркированных охраняемым в Российской Федерации товарным знаком и введенных в гражданский оборот самим правообладателем или с его согласия, законно и возмездно приобретенных на вторичном рынке вне территории Российской Федерации, не является нарушением исключительного права на товарный знак.

Вместе с тем, наряду с приведенной судебной практикой, встречается и совершенно иной подход к рассмотрению такого рода споров, что, как уже было отмечено, свидетельствует об отсутствии определенности в данном вопросе в правоприменительной практике.

В продолжение изложенного отметим, что основной движущей силой возникновения параллельного импорта может являться разница между ценой товаров, предлагаемых к продаже самим правообладателем либо его официальными дистрибьюторами на территории определенного государства, и ценой за аналогичный товар, которая предлагается параллельным импортером и преимущественно является более низкой по сравнению с ценой, установленной правообладателем или его официальным дистрибьютором.

Как верно отмечает Н. Нырова²¹, право на товарный знак в таких случаях приобретает монопольный характер, и, стремясь получить максимальную выгоду от такого монопольного положения, правообладатель

²¹ См.: Нырова Н. Параллельный импорт — за и против // ИС. Промышленная собственность. 2007. № 7. С. 8.

использует механизмы ценовой дискриминации, которые выражаются в установлении различных цен на аналогичные товары на территории нескольких государств в зависимости от финансовых возможностей потенциальных потребителей, а не от реальной стоимости товаров.

Для потребителя вопрос цены является существенным и отчасти определяет его выбор, если речь идет об аналогичных, взаимозаменяемых товарах, произведенных одним и тем же хозяйствующим субъектом-правообладателем, хозяйствующим субъектом, состоящим с ним в группе лиц, либо с согласия правообладателя иными хозяйствующими субъектами, при наличии размещения на данных товарах одного и того же товарного знака, независимо от того, на территории какого государства данные товары произведены.

Еще одной движущей силой параллельного импорта может являться более низкое качество товаров, произведенных хозяйствующими субъектами на основании лицензионного договора с правообладателем, по сравнению с аналогичными товарами, производимыми правообладателем или с его согласия за рубежом, качественные характеристики которых заслужили популярность у потребителей и, следовательно, ассоциируются с правообладателем и принадлежащим ему товарным знаком.

Таким образом, именно наличие потребительского спроса, обусловленного указанными факторами, порождает появление соответствующего данному спросу предложения в виде параллельного импорта.

Причинам развития параллельного импорта корреспондирует общая цель правообладателя как производителя товара добиться максимальной узнаваемости и распространения своего товара, т.е. наивысшего потребительского спроса, что привело бы к увеличению производства и получению максимальной прибыли. Следовательно, широкое распространение оригинальных товаров, в том числе путем параллельного импорта, в целом должно положительным образом сказываться на интересах правообладателя, так как, во-первых, первоначальную прибыль от продажи товара в любом случае получает сам правообладатель, во-вторых, увеличение спроса на товар прямо отражается на количестве данной прибыли вне зависимости от того, на территории какого государства эта прибыль получена. Однако зачастую официальные дистрибьюторы или хозяйствующие субъекты, производящие данный товар на основании лицензионного договора с правообладателем, пользуются уже достигнутой в других государствах, а иногда и получившей мировое признание высокой популярностью и узнаваемостью товара и индивидуализирующего его товарного знака. Следовательно, параллельный импортер, приобретая у правообладателя или уполномоченных

им лиц товар на территории иного государства, перед тем как ввести его в Российскую Федерацию, возмещает понесенные правообладателем расходы на продвижение товара в части стоимости приобретенного и оплаченного.

Таким образом, в случаях параллельного импорта частноправовые нормы, определяющие содержание исключительных прав на товарный знак, подлежат соотносению с нормами конкурентного права. Так, положения ч. 1 ст. 44 Конституции Российской Федерации должны корреспондировать ее ч. 1 ст. 8, гарантирующей свободное перемещение товаров, свободу экономической деятельности и поддержку конкуренции, а также ч. 2 ст. 34, указывающей на недопустимость экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

В связи с этим отметим, что зарубежный опыт наглядно продемонстрировал невозможность разрешения проблемы параллельного импорта только гражданско-правовыми институтами защиты интеллектуальной собственности, без применения норм конкурентного права. Первые должны служить гарантией пресечения нарушений исключительных прав на товарный знак, а вторые — не допускать совершение правообладателями и дистрибьюторами действий и соглашений по использованию исключительных прав в целях установления и поддержания цен на товар с соответствующим товарным знаком, ограничения конкуренции, путем препятствования в поставках независимыми импортерами данных товаров при условии их оригинальности и соответствия требованиям надлежащего качества.

При этом, с одной стороны, путем активного применения принципа *ex officio*, т.е. предоставления правообладателю права на инспектирование ввозимых на территорию Российской Федерации товаров, маркируемых его товарным знаком, и поддержки локализации производства товаров, что в данном случае может повлечь ограничение параллельного импорта, может быть достигнут баланс интересов правообладателя и независимых импортеров. С другой стороны, соглашения между правообладателем и дистрибьютором, влекущие создание препятствий к ввозу оригинальных товаров путем параллельного импорта, подлежат рассмотрению как антиконкурентные, а самостоятельные действия дистрибьюторов по необоснованной дискриминации параллельных импортеров — как акт недобросовестной конкуренции.

Рассмотренные способы соприкосновения конкурентного права и права интеллектуальной собственности, позволяют говорить о том, что механизмы законодательства о защите конкуренции в целом могут

быть применены как регулятор монополии, возникающей у обладателя объектов интеллектуальной собственности, призванный не допускать и пресекать всяческие злоупотребления этой монополией.

Основные понятия

- *Интеллектуальная собственность*
- *Доминирующее положение*
- *Лицензионный договор*
- *Договор коммерческой концессии*
- *Товарный знак*
- *Товарный рынок*
- *Контрафактный товар*
- *Взаимозаменяемые товары*
- *Параллельный импорт (исчерпание прав)*
- *Антиконкурентное соглашение*

Вопросы для обсуждения

1. Дайте определение понятия интеллектуальной собственности.
2. Какие виды интеллектуальной собственности выделяются законодательством Российской Федерации?
3. В чем заключается сущность исключительного права на объекты интеллектуальной собственности? Что понимается под легальной монополией правообладателя? Сопоставьте правовой статус правообладателя с правовым статусом хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке.
4. Могут ли лицензионные договоры и договоры коммерческой концессии быть отнесены к антиконкурентным соглашениям?
5. Что представляет собой параллельный импорт? Какие концепции исчерпания прав Вам известны?
6. Каким образом на примере параллельного импорта могут быть сопоставлены нормы законодательства об интеллектуальной собственности и законодательства о защите конкуренции?

Учебное издание

Конкурентное право России

Второе издание, переработанное и дополненное

Зав. редакцией *Е.А. Бережнова*

Редактор *Г.Е. Шерихова*

Дизайн обложки: *Р.Б. Кокарев*

Художественный редактор *А.М. Павлов*

Компьютерная верстка и графика: *О.А. Иванова*

Корректор *В.И. Каменева*

Подписано в печать 12.11.2013. Формат 70×100/16. Гарнитура NewtonС

Печать офсетная. Усл.-печ. л. 40,0. Уч.-изд. л. 28,9

Тираж 1000 экз. Изд. № 1680

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

101000, Москва, ул. Мясницкая, 20

Тел./факс: (499) 661-15-52

ISBN 978-5-7598-1075-9



9 785759 810759

