

НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ:

1. Дипломы, курсовые, рефераты, чертежи...
  2. Диссертации и научные работы
  3. Школьные задания
- Онлайн-консультации  
ЛЮБАЯ тематика, в том числе ТЕХНИКА  
Приглашаем авторов

УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ, ДИССЕРТАЦИИ -  
На сайте электронной библиотеки  
[www.учебники.информ2000.рф](http://www.учебники.информ2000.рф)

# КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО РОССИИ

---

*Учебник*

---



---

Издательский дом  
Высшей школы экономики  
Москва, 2012

УДК 346(075)  
ББК 67.4  
К64

Ответственные редакторы:  
*И. Ю. Артемьев, А. Г. Сушкевич*

**Конкурентное право России:** учебник [Текст] / Д. А. Алешин, И. Ю. Артемьев, Е. Ю. Борзило и др. ; отв. ред. И. Ю. Артемьев, А. Г. Сушкевич ; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012. — 391, [1] с. — 1000 экз. — ISBN 978-5-7598-0940-1 (в пер.)

Учебник «Конкурентное право России» 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 978-5-7598-0940-1

© Артемьев И. Ю., Сушкевич А. Г., 2012  
© Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 2012  
© Оформление. Издательский дом Высшей школы экономики, 2012

## Оглавление

---

Введение .....	8
<b>Глава 1. Экономическая конкуренция в качестве охраняемого общественного блага .....</b>	<b>15</b>
§ 1. Понятие конкуренции .....	15
§ 2. Общественная ценность конкуренции и ее функции в экономике .....	19
§ 3. Угроза конкуренции и государственное антимонопольное регулирование .....	22
<i>Основные понятия</i> .....	39
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	39
<i>Приложения</i> .....	40
<b>Глава 2. Понятие и состав антимонопольного законодательства .....</b>	<b>47</b>
§ 1. Понятие антимонопольного законодательства .....	47
§ 2. Состав антимонопольного законодательства .....	48
§ 3. Сфера применения антимонопольного законодательства .....	56
§ 4. Сфера применения Закона о естественных монополиях .....	59
<i>Основные понятия</i> .....	60
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	60
<b>Глава 3. Основные понятия антимонопольного законодательства .....</b>	<b>61</b>
§ 1. Хозяйствующий субъект и группа лиц .....	62
§ 2. Товар и товарный рынок .....	68
§ 3. Конкуренция и признаки ее ограничения .....	71
§ 4. Монополистическая деятельность и недобросовестная конкуренция .....	75
§ 5. Экономическая концентрация .....	82
<i>Основные понятия</i> .....	86
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	86
<b>Глава 4. Определение границ товарного рынка и анализ состояния конкуренции .....</b>	<b>87</b>
§ 1. Задачи анализа состояния конкуренции .....	88
§ 2. Определение продуктовых и географических границ рынка .....	95

§ 3. Определение состава участников рынка, расчет его объема и долей хозяйствующих субъектов на рынке .....	105
§ 4. Экономические критерии доминирующего положения .....	112
§ 5. Определение уровня концентрации и оценка состояния конкуренции на товарном рынке .....	119
<i>Основные понятия</i> .....	127
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	128
<i>Приложения</i> .....	129
<b>Глава 5. Злоупотребление доминирующим положением</b> .....	142
§ 1. Доминирующее положение и его виды .....	143
§ 2. Злоупотребление доминирующим положением: понятие, виды и типология .....	153
§ 3. Критерии допустимости .....	160
<i>Основные понятия</i> .....	165
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	165
<b>Глава 6. Антиконтурентные соглашения</b> .....	166
§ 1. Природа антиконтурентных соглашений .....	166
§ 2. Горизонтальные соглашения и картели. Запрет на горизонтальные соглашения .....	169
§ 3. Запрет на антиконтурентные вертикальные соглашения. Общие исключения .....	176
§ 4. Запрет на антиконтурентные согласованные действия. Особенности применения .....	185
<i>Основные понятия</i> .....	189
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	190
<i>Приложения</i> .....	191
<b>Глава 7. Регулирование антимонопольным законодательством деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления и иных органов</b> .....	195
§ 1. Общая характеристика и виды норм антимонопольного законодательства, адресованных органам государственной власти, органам местного самоуправления и иным органам .....	195
§ 2. Запреты антимонопольного законодательства, адресованные органам публичной власти .....	200
§ 3. Обязывающие нормы антимонопольного законодательства, адресованные органам публичной власти .....	209
<i>Основные понятия</i> .....	219
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	219

---

<b>Глава 8. Недобросовестная конкуренция</b> .....	221
§ 1. Понятие и признаки недобросовестной конкуренции .....	221
§ 2. Формы недобросовестной конкуренции .....	226
§ 3. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением исключительных прав .....	246
<i>Основные понятия</i> .....	251
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	251
<i>Приложение</i> .....	253
<b>Глава 9. Антимонопольный орган</b> .....	259
§ 1. Обзор системы антимонопольных органов с 1990 по 2010 год .....	259
§ 2. Ключевые контрольные функции и полномочия антимонопольного органа .....	262
§ 3. Полномочия антимонопольного органа по контролю за состоянием конкуренции на товарных рынках и в отдельных секторах экономики .....	267
§ 4. Распределение полномочий между федеральным и территориальными антимонопольными органами. Элементы сорегулирования в антимонопольном контроле .....	272
§ 5. Программные цели и задачи федерального антимонопольного органа .....	274
<i>Основные понятия</i> .....	276
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	276
<i>Приложение</i> .....	277
<b>Глава 10. Государственный контроль за экономической концентрацией</b> .....	285
§ 1. Природа государственного контроля за экономической концентрацией .....	285
§ 2. Предварительный и последующий контроль за экономической концентрацией .....	290
§ 3. Объекты контроля за экономической концентрацией .....	290
§ 4. Процедура контроля за экономической концентрацией: заявитель; представляемые в антимонопольный орган документы и сведения; виды решений антимонопольного органа и сроки их принятия .....	301
§ 5. Особенности государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц .....	312

§ 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 .....	313
<i>Основные понятия</i> .....	315
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	316

**Глава 11. 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 .....	317
§ 2. Порядок возбуждения и рассмотрения антимонопольными органами дел о нарушениях антимонопольного законодательства .....	332
§ 3. Порядок возбуждения и рассмотрения антимонопольными органами дел о применении предусмотренной КоАП РФ административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства .....	339
§ 4. Участие антимонопольных органов в судопроизводстве по делам, связанным с применением антимонопольного законодательства .....	346
<i>Основные понятия</i> .....	351
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	351

**Глава 12. Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства** .....

§ 1. Общее понятие юридической ответственности .....	352
§ 2. Административно-правовая ответственность за нарушение антимонопольного законодательства .....	355
§ 3. Уголовная ответственность за нарушения антимонопольного законодательства .....	370
§ 4. Конституционная ответственность за нарушения антимонопольного законодательства .....	375
<i>Основные понятия</i> .....	376
<i>Вопросы для обсуждения</i> .....	377
<i>Приложение</i> .....	379

## Коллектив авторов

---

**Алешин Д.А.** — гл. 3, 4;

**Артемьев И.Ю.**, заслуженный экономист РФ — введение, гл. 1 (совместно с А.Г. Сушкевичем);

**Борзило Е.Ю.**, кандидат юридических наук — гл. 5;

**Клейн Н.И.**, профессор, заслуженный юрист РФ — гл. 2, 11;

**Пузыревский С.А.**, кандидат юридических наук — гл. 8;

**Рабко Т.А.**, кандидат юридических наук — гл. 10 (совместно с А.Г. Сушкевичем), 12 (совместно с А.Г. Сушкевичем);

**Середина Е.В.** — гл. 7;

**Сушкевич А.Г.**, кандидат экономических наук, заслуженный экономист РФ — гл. 1 (совместно с И.Ю. Артемьевым), 6, 9, 10 (совместно с Т.А. Рабко), 12 (совместно с Т.А. Рабко).

## Введение

---

Антимонопольное законодательство существует и развивается в современной России вот уже 15 лет. Основы его были заложены еще до распада Советского Союза, когда 22 марта 1991 года 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).

Дальнейшее 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, изложил научный подход к проблемам правовой защиты конкуренции. Таким образом, 2006 год по праву может считаться временем второго рождения российского антимонопольного законодательства.

В течение 15 лет в сфере защиты и развития конкуренции ежегодно принималось более 800 судебных решений, более 3500 решений федерального антимонопольного органа и его территориальных органов. За этот период несколько десятков важнейших дел рассмотрел Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (ВАС РФ), который еще в 1997 году закрепил толкование отдельных аспектов антимонопольного законодательства в своем информационном письме<sup>1</sup>.

За эти годы проблема конкуренции как особого объекта правовой защиты стала предметом рассмотрения для нескольких научных дисциплин (прежде всего институциональной экономической теории<sup>2</sup> и

---

<sup>1</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.03.1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства».

<sup>2</sup> См. публикации Фонда «Бюро экономического анализа» за период с 1996 года по настоящее время.



юриспруденции<sup>3</sup>, в меньшей степени — экономической социологии), и этот теоретический фундамент позволил внести важные уточнения в основополагающие понятия и многие положения антимонопольного законодательства.

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

- эти законы имеют единый предмет регулирования — отношения, связанные с защитой конкуренции, независимо от сферы и формы их существования (будь то сфера гражданско-правовых либо административных отношений, российская либо иностранная территория);
- государство осуществляет контроль и надзор за соблюдением антимонопольного законодательства, что позволяет участникам рынка защищать свои права;
- функциями контроля и надзора наделен специальный федеральный орган исполнительной власти, полномочия которого соответствуют предмету регулирования.

9 апреля 2007 года президентом был подписан Федеральный закон № 45-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях». Этот Закон имеет не меньшее значение в сфере защиты конкуренции, поскольку в нем впервые в новейшей истории России была установлена система наказаний за нарушения антимонопольного законодательства, адекватных их общественной опасности:

- Закон закрепил институт оборотного штрафа в качестве специального «антимонопольного» наказания, пропорционального негативному воздействию нарушителя на конкурентную среду на товарном рынке. Оборотный штраф, налагаемый на монополистов, — это единственный вид административного штрафа, который, по российскому праву, не имеет верхнего предела в абсолютном значении;
- Закон установил, что оборотный штраф должен применяться за совершение наиболее тяжких нарушений антимонопольного законода-

---

<sup>3</sup> Подробный хронологический указатель русскоязычной литературы по вопросам защиты конкуренции за период с конца XIX века по настоящее время приведен 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).

тельства. К ним относятся злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке и заключение антиконкурентных соглашений;

- Закон распространил наказание в виде дисквалификации на должностных лиц хозяйствующих субъектов, нарушающих антимонопольное законодательство, а также ввел особую процедуру, по которой участники картельных соглашений, помогающие антимонопольному органу расследовать такие соглашения, освобождаются от ответственности.

Массив правовых актов, направленных на защиту конкуренции, не исчерпывается перечисленными федеральными законами. За последние годы обновлены ключевые нормативные акты, на которых основано антимонопольное регулирование:

- антимонопольный орган издал важнейший процедурный акт, устанавливающий правила исследования состояния конкуренции на товарном рынке;

- процедурные аспекты антимонопольного регулирования уточнены (или впервые определены) в ряде административных регламентов (рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства; рассмотрения ходатайств и уведомлений; установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта);

- появился новый вид актов антимонопольного законодательства — так называемые общие исключения. Они вносят определенность в оценку воздействия соглашений хозяйствующих субъектов на состояние конкуренции на товарном рынке.

Российское антимонопольное законодательство образца 1991 года можно считать успешным *началом рецепции* общеевропейских норм конкурентного права, завершило этот процесс введение в 2007 году особых «антимонопольных» штрафов. Сегодня российское конкурентное право во многом 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 ВАС РФ), обобщающих применение судами антимонопольного законодательства. Два постановления пленума ВАС РФ (2008 и 2010 годов)<sup>4</sup> оформили общезначимое судебное толкование важнейших аспектов антимонопольного законодательства. Назовем лишь некоторые из них:

---

<sup>4</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 (редакция 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”».

- о применении требований антимонопольного законодательства к гражданско-правовым отношениям;
- об обстоятельствах, свидетельствующих о факте совершения хозяйствующими субъектами согласованных действий на товарном рынке;
- об отнесении лиц к одной группе лиц;
- о квалификации действий хозяйствующих субъектов в качестве злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке;
- о полномочии антимонопольного органа защищать субъективные права потерпевшего, пресекая нарушения антимонопольного законодательства;
- о важнейших процедурных аспектах привлечения нарушителей антимонопольного законодательства к административной ответственности.

Решения ВАС РФ по искам крупнейших нефтяных компаний страны в 2009–2011 годах дали антимонопольному органу возможность эффективно пресекать злоупотребления коллективным доминирующим положением и привлекать правонарушителей к административной ответственности. 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. Решения ВАС РФ вносят все большую определенность в понимание и применение антимонопольного законодательства как самими антимонопольными органами, так и судами.

Есть еще одно, пусть и косвенное, но убедительное свидетельство качественного изменения государственного антимонопольного регулирования в 2006–2011 годах. Можно обоснованно утверждать, что за эти годы в стране сформировался класс юристов, которые избрали своей профессией защиту законных интересов крупнейших участников товарных рынков в спорах с антимонопольным органом. Антимонопольная практика стала неременным 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 полностью 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 всех российских товарных рынках;
- 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 увидел свет курс «Конкурентное право Российской Федерации» под редакцией Н.И. Клейн и Н.Е. Фонаревой, вместе с ним были изданы два тома дополнительных материалов<sup>5</sup>. 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. Тотьева<sup>6</sup>, И.В. Князевой<sup>7</sup>, А.Н. Варламовой<sup>8</sup>, каждая из которых легла в основу самостоятельного вузовского курса.

Обобщить все новое и позитивное, что произошло в течение последних семи лет в сфере антимонопольного регулирования в России, при-

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Тотьев К.Ю. Конкурентное право: учеб. для вузов. М.: ИНФРА-М, 2003.

<sup>7</sup> Князева И.В. Антимонопольная политика в России: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Национальная экономика». 4-е изд., испр. М.: Омега-Л, 2009.

<sup>8</sup> Варламова А.Н. Конкурентное право России. М.: ИКД «Зерцало-М», 2008.

зван новый учебник для вузов по антимонопольной политике, предлагаемый вашему вниманию.

Структура учебника соответствует устоявшимся представлениям о методической подаче материала по учебной дисциплине «Конкурентное право» и состоит из следующих тематических блоков:

1) общая характеристика конкуренции в качестве охраняемого государством общественного блага. Теоретические взгляды на ценность конкуренции, сложившуюся в рамках экономической науки и политологии;

2) методы антимонопольного регулирования и состав антимонопольного законодательства;

3) глоссарий конкурентного права с расширенными толкованиями ключевых терминов и дефиниций;

4) анализ основных запретов на антиконкурентные действия:

— на злоупотребление доминирующим положением и антиконкурентные соглашения;

— на антиконкурентные действия публично-правовых образований;

— на недобросовестную конкуренцию;

5) анализ деятельности антимонопольного органа:

— функции и полномочия антимонопольного органа;

— экономическая природа и правовой механизм государственного контроля за экономической концентрацией;

— способы выявления нарушений антимонопольного законодательства;

6) вопросы ответственности за нарушение запретов на антиконкурентные действия, а также за иные нарушения антимонопольного законодательства.

Авторы книги, которую вы держите в руках, 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 развитии сферы защиты конкуренции налично 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 конкурентной культурой.

А ведь конкуренция — это основа поступательного движения страны, она обеспечивает постоянное совершенствование и динамичное внедрение в экономику инновационных технологий. Именно она — главный движущий фактор эволюционного развития общества, который рождает инновации, эффективность, разнообразие. И, конечно, ее защитой и развитием должны заниматься все общественные и государственные структуры.

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 — будет способствовать глубокому пониманию 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  
Российской Федерации

## Глава 1

# Экономическая конкуренция в качестве охраняемого общественного блага

---

## § 1. Понятие конкуренции

*Предметом изучения в курсе «Конкурентное право»* является совокупность законов и иных правовых нормативных актов, регулирующих отношения, связанные с защитой конкуренции, с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции на товарном рынке.

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

Различные толкования понятия «конкуренция» 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 Стиглера<sup>1</sup> сформулированы пять неявных предпосылок, которые Адам Смит в своем «Богатстве народов»<sup>2</sup> 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.

---

<sup>1</sup> 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.*

<sup>2</sup> *Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. М.: Соцэргиз, 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»<sup>3</sup>.

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*, но ровно столько, чтобы продажи конкретного товара не приносили сверхдоходов. Говоря языком современной экономической науки, «эффективность действия “невидимой руки” рынка ограничена, если количество реальных и потенциальных участников рынка невелико»<sup>4</sup>. 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 время, в течение которого соперничество участников рынка даст видимый результат.

---

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

<sup>4</sup> 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 века, посвященных природе конкуренции и систематизированных по различным ее аспектам; часть этих цитат будет использована далее со ссылками на “The International Handbook of Competition”.



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 века 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 обычного дискурса и очень долго обозначал не более чем самостоятельное соперничество двух и более лиц» (Дж. Стиглер, 1957)<sup>5</sup>.

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, угроза появления которых 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: 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 одна фирма, также может анализироваться в качестве конкурентного рынка» (П.С.У. Эндрюс, 1964)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ibid. P. 18.

<sup>6</sup> Ibid. P. 19.

Экономисты XX века часто представляли конкуренцию механизмом, аналогичным дарвиновскому механизму естественного отбора. Такая точка зрения широко распространена в учебниках по маркетингу и теории предпринимательской конкуренции<sup>7</sup>. Глубокое замечание по поводу использования экономистами такой аналогии сделал крупнейший экономист рубежа XIX–XX веков 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»<sup>8</sup>. 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 то, что победители в конкурентной борьбе могут 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 два относительно самостоятельных аспекта конкуренции: первый из них является производным от структуры товарного рынка, а второй — от поведения действующих на нем продавцов и покупателей.

**«Структурный» аспект конкуренции** близок к принятому в экономической науке определению «совершенной конкуренции»<sup>9</sup> и ставит во главу угла следующие характеристики товарного рынка, необходимые для поддержания конкуренции:

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

— однородность товара, т.е. полная взаимозаменяемость товара, поставляемого на рынок разными продавцами;

---

<sup>7</sup> См., например: *Рубин Ю.Б.* Теория и практика предпринимательской конкуренции: учеб. 4-е изд., 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».

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

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

- 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.

«**Поведенческий**» **аспект конкуренции** выводит на первый план особенности рыночной стратегии участников, которые свидетельствуют об их соперничестве друг с другом и с потенциальными конкурентами:

- инновационную активность участников рынка;
- ценовую стратегию;
- продуктовую стратегию и рекламу;
- инвестиции в расширение производства.

Оба подхода не исключают друг друга и могут одновременно использоваться для характеристики конкретного рынка.

## § 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 его 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 которые рассматривали его 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 злоупотреблению и поэтому должна быть ограничена таким образом, чтобы решения любого частного лица, которые оказывают воздействие на других лиц, принимались бы только

с согласия последних»<sup>10</sup>. Таким образом, конкуренция рассматривалась и продолжает рассматриваться как противоядие от частной власти, угрожающей основам демократического общества. Кроме того, 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 следовательно, позволяет участнику рынка получить вознаграждение, соответствующее его знаниям и умениям.

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, т.е. 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 осуществляют 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 всегда существует угроза, что клиенты уйдут к конкурентам, которые уже нашли возможность снизить цену;

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

Прикладные экономические исследования дают убедительное подтверждение сформулированным выше теоретическим положениям.

Так, на примере электроэнергетики США показано, что производство электроэнергии в конкурентных условиях позволяет на 10,75%

---

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

снизить издержки на единицу продукции по сравнению с производством ее монополистом<sup>11</sup>.

Макроэкономические сравнения эффективности компаний шести промышленно развитых стран показали: 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 работы<sup>12</sup>. 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 годов<sup>13</sup>.

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

Экономисты находят все новые подтверждения благотворного воздействия конкуренции на эффективность экономики. Так, исследование, проведенное ФАС России в 2010 году, показало, что конкуренция в сфере пассажирских авиаперевозок дает возможность снизить цену единицы услуги (перевозки одного пассажира на фиксированное расстояние) на 40% по сравнению с ценой на аналогичную услугу авиаперевозчика-монополиста.

---

<sup>11</sup> См.: Primeaux W.J. An Assessment of X-efficiency Gained through Competition // Review of Economics and Statistics. 1977. 59. P. 107.

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

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

Йозеф Шумпетер, крупнейший экономист XX века, чье понимание конкуренции оказало наибольшее влияние на экономическую науку, образно назвал конкуренцию «вихрем созидательного разрушения»<sup>14</sup>, 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»<sup>15</sup>.

### § 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, 6 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»<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Schumpeter J. Can Capitalism Survive? N.Y., 1978. P. 24.

<sup>15</sup> Goyder D.G. EC Competition Law. 4<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, UK, 2003. P. 9.

<sup>16</sup> Смит А. Указ. соч. С. 63.

## 1. Причины ограничения конкуренции

Свои мотивы для того, чтобы ограничить или устранить конкуренцию, есть у разных участников рынка:

- 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, они стремятся «стабилизировать» рынок (создать дополнительные трудности для покупателей, которые отказываются от продукции менее успешного продавца в пользу продукции более успешного), а также «стабилизировать» цены (последние не должны снижаться в ходе конкурентной борьбы ниже «справедливого» уровня);
- все участники рынка (продавцы) в условиях рецессии, уменьшения потребительского спроса и переизбытка производственных мощностей 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 данном 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 поддерживать 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 с 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 от таких угроз.

## 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 (точное определение этих терминов дано ниже), в США — антитрестовской или конкурентной политикой, в Евросоюзе — конкурентной политикой. Однако общие цели такой политики во всех странах формулируются схожим 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»<sup>17</sup>.

**Основы российской политики защиты и развития конкуренции заложены в Конституции Российской Федерации**<sup>18</sup>. 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».

---

<sup>17</sup> 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](http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html)

<sup>18</sup> Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 года.



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 устанавливает 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.

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 целый комплекс мер. Они предусматриваются и реализуются во всех секторах экономики и направлениях государственной политики (например, в налоговой политике) и направлены на создание проконкурентных основ функционирования экономики, а также поощрение конкуренции методами государственной промышленной, налоговой, бюджетной, внешнеэкономической и иной 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 «антиitrustовская» политика) и в значительно меньшей степени — на предупреждение таких действий.

### 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 де-*

*монополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации (основные направления и первоочередные меры)*»<sup>19</sup>. 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 данной 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».

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 предусматри-

---

<sup>19</sup> Утверждена постановлением Правительства РФ от 09.03.1994 № 191.

вала разработку федерального закона о регулировании деятельности *любых монополий*);

— принятый в 1995 году Гражданский кодекс, 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.

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

— демонополизацию сферы жилищно-коммунального хозяйства<sup>20</sup>;

— демонополизацию и развитие конкуренции на рынках продукции строительного комплекса<sup>21</sup>;

— демонополизацию рынка услуг связи<sup>22</sup>.

Правительство Российской Федерации также разработало программу демонополизации рынков товаров рыбного хозяйства<sup>23</sup>, 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»*<sup>24</sup>, которая интегрировала в себе мероприятия

---

<sup>20</sup> См. постановление Правительства РФ от 20.12.1997 № 1613.

<sup>21</sup> См. распоряжение Правительства РФ от 08.09.1994 № 1456-р.

<sup>22</sup> См. постановление Правительства РФ от 04.09.1995 № 878.

<sup>23</sup> См. распоряжение Правительства РФ от 27.02.1998 № ВХ-П1-06016.

<sup>24</sup> См. распоряжение Правительства РФ от 19.05.2009 № 691-Р.

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;
- политике поддержки и развития среднего и малого предпринимательства.

Реализация программы в течение первых двух лет (2009–2010 годы) дала следующие результаты 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 внутрироссийского 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 аэропортов.

#### 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;
- 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 утверждали именно эти ценности, относят к концу XV века. 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 вошел также *прецедент (решение суда королевской скамьи) от 1 января 1599 года*, которым было признано незаконным монопольное право на ввоз и продажу на территории Соединенного Королевства игральных карт, 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 монополии<sup>25</sup>.

Понимание королевским судом Великобритании опасной природы и вредных последствий монополии не привело, однако, к появлению 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 века 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 века. Поэтому вплоть 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 их двойственность. Решение, защищавшее право лица на использование своего ремесла (защита предпринимательства), могло ограничивать свободу договора (ограничение свободы торговли), и наоборот<sup>26</sup>.

Первые законы, направленные на защиту конкуренции, были приняты сразу после Гражданской войны в США<sup>27</sup>. В 1890 году в США вступил в силу федеральный закон — знаменитый *акт Шермана*, содержащий запрет на соглашения, ограничивающие торговлю между штатами, а также запрет на индивидуальные попытки монополизации торговли<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Darcy\\_v\\_Allein](http://en.wikipedia.org/wiki/Darcy_v_Allein)

<sup>26</sup> Исторический анализ законодательства, направленного на пресечение монополий, с Античности до Нового времени приводится в работе русского экономиста первой половины XX века И.М. Гольдштейна «Экономическая политика» (2-е изд., испр. и доп. Курс лекций, читанный в Московском университете и в Московском коммерческом институте. М., 1913. С. 50–59).

<sup>27</sup> Первым антитрестовским актом штата принято считать закон штата Мэриленд от 1867 года.

<sup>28</sup> Канада оказалась первой страной, в которой был разработан, принят и стал применяться закон, направленный против монополизации и защищающий конкуренцию. Это произошло в 1889 году.

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 путем наложения на них обязательств и, таким образом, “ограничивает” свободную торговлю. Учитывая это, Верховный суд США установил, что, принимая закон 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»<sup>29</sup>.

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

Предшествующий европейский опыт оказался крайне неудачен. В начале XX века 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, приняли в межвоенной Германии в 1923 году как ответ на неконтролируемую государством инфляцию, которую в основном генерировал неуклонный рост цен в частном секторе. Однако он не смог повлиять на реальные экономические процессы в стране. До принятия этого закона германская промышленность была крайне картелизирована: в 1905 году в Германии насчитывалось 385 картелей, которые объединяли 12 000 компаний, а в 1923-м — уже 1500 картелей. Соглашения о разделе рынка или/и 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

---

<sup>29</sup> Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М.: РИО «Новая юстиция», 2007. С. 936–937.

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 году, не отменили закон, но фактически санкционировали полную картelizацию германской промышленности. Таким образом, предвоенный опыт единственной европейской страны, у которой было собственное антикартельное законодательство, скорее компрометировал последнее, нежели доказывал его общественную полезность<sup>30</sup>.

По-настоящему оригинальное и действенное антимонопольное законодательство появилось в Западной Европе лишь в конце 1950-х. 1 января 1958 года вступил в силу *Римский договор о создании Европейского экономического сообщества*. В нем до наших дней в неизменном виде сохранились наднациональные правовые нормы о защите конкуренции<sup>31</sup>. 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); данный запрет не содержит каких-либо исключений.

Кроме того, Римский договор вводит относящиеся к антимонопольному регулированию специальные положения о применении указанных выше запретов (и иных положений договора) к так называемым публич-

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.



ным предприятиям<sup>32</sup> и предприятиям, наделенным специальными или исключительными правами. Договор вводит для таких предприятий ограниченные исключения из запретов на антиконкурентное поведение.

Позднее актами Совета ЕЭС<sup>33</sup> были введены контроль за слияниями и поглощениями<sup>34</sup>, 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 госпомощью и экономической концентрацией, Совет самостоятельно издал документ, содержащий базовое регулирование применения Еврокомиссией и органами по защите конкуренции стран-членов положений 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

---

<sup>32</sup> 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, схожи с российскими субъектами естественных монополий и монополиями, основанными на законе.

<sup>33</sup> Высший орган европейского интеграционного объединения, состоящий из глав государств-членов.

<sup>34</sup> Regulation 139/2004 (2004) OJ L24/1, заменившее Regulation 4064/89 (1989) OJ L395/1.

еще во времена СССР<sup>35</sup> и направленный на защиту конкуренции, содержал:

- запрет на злоупотребление доминирующим положением хозяйствующего субъекта на товарном рынке;
- запрет на антиконкурентные соглашения;
- 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 году, был принят федеральный закон<sup>36</sup>, который в содержательном плане дублировал положения Закона РСФСР № 948-І, однако применялся исключительно к отношениям, возникающим на финансовом и фондовом рынках. Лишь в 2006 году вступил в силу новый федеральный закон, имеющий единый предмет регулирования и применяющийся 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, он 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, который в 1997 году в специальном информационном письме<sup>37</sup> закрепил толкование отдельных аспектов антимонопольного законодательства, а в 2008 году обобщил практику его применения решением пленума<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-І «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон РСФСР № 948-І).

<sup>36</sup> Федеральный закон от 23.06.1999 № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг».

<sup>37</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.03.1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства».

<sup>38</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

В эти же годы проблема конкуренции как особого объекта правовой защиты была осознана рядом гуманитарных научных дисциплин (прежде всего институциональной экономической теорией<sup>39</sup> и юриспруденцией<sup>40</sup>, 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 его использованием 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 неопровержимой презумпции определяется антиконкурентный характер, а также последствия такого вмешательства;

- подробно определены все процедуры вмешательства антимонопольного органа в функционирование товарных рынков, что позволяет алгоритмизировать принятие антимонопольным органом решения с учетом конкретных обстоятельств, а также гарантировать хозяйствующему субъекту предусмотренное законом участие в принятии такого решения;

- 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 таких рынках необходимо вмешательство государства в целях восстановления состояния конкуренции.

С момента вступления в силу Закона о защите конкуренции утратили силу Закон РСФСР № 948-1 (за исключением положений, касающихся аффилированных лиц) и Федеральный закон от 23.06.1999 № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг», но сохранилось их **концептуальное ядро**:

---

<sup>39</sup> Следует отметить публикации Фонда «Бюро экономического анализа» за период с 1996 года по настоящее время, работы А.Е. Шаститко, С.Б. Авдашевой, А.А. Яковлева, П.В. Крючковой, В.Л. Тамбовцева.

<sup>40</sup> См. примеч. 3 во Введении.

• единый предмет регулирования — отношения, связанные с защитой конкуренции, независимо от сферы и формы их существования (будь то сфера гражданско-правовых договорных отношений, сфера 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 году. Он сменил несколько названий, приобретал или терял функции (неизменно за ним оставались закрепленными только те функции, которые связаны с осуществлением антимонопольного регулирования). По состоянию на 2012 год этот орган имеет наименование Федеральная антимонопольная служба<sup>41</sup>. Ниже приведена статистика, характеризующая антимонопольное регулирование в Российской Федерации в 2009–2010 годах (табл. 1.1).

Таблица 1.1

**Основные итоги работы ФАС России по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства за 2009–2010 годы**

Показатель	2009	2010	2010, % к 2009
Возбуждено дел всего	9664	11 438	118,4
В том числе по пресечению:			
злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений	2899	3349	115,5
недобросовестной конкуренции	687	927	134,9
антиконкурентной деятельности органов власти	5003	6102	122,0
Выявлено нарушений всего	9028	10 256	113,6
В том числе по признакам:			
злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений	2086	2364	113,3

<sup>41</sup> Постановление Правительства РФ от 30.06.2004 № 331 (редакция от 15.06.2010) «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе».

Окончание табл. 1.1

Показатель	2009	2010	2010, % к 2009
недобросовестной конкуренции	523	676	129,3
антиконкурентной деятельности органов власти	5463	6266	114,7
Устранено нарушений всего	6756	8588	127,1
В том числе по признакам:			
злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений	1303	1866	143,2
недобросовестной конкуренции	340	495	145,6
антиконкурентной деятельности органов власти	4410	5550	125,9
Принято решений о подаче иска в суд	263	—	—
Удовлетворено судебных исков	123	85	69,1
Выдано постановлений о наложении штрафа (с учетом отмененных судом)	2592	4403	169,6
Средний размер уплаченного штрафа, тыс. руб.	348,7	957,8	274,7
Рассмотрено ходатайств и уведомлений по контролю за экономической концентрацией	5869	3620	61,5
В том числе ходатайств	4160	2964	71,3
Рассмотрено заявлений о даче согласия на предоставление государственной и муниципальной преференции	7295	7537	103,3

**Законодательством Российской Федерации предусматривается множественность антимонопольных органов.** Так, 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»<sup>42</sup>; 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 регулирования деятельности кредитных организаций**, устанавливающую

<sup>42</sup> См. Федеральный закон от 02.12.1990 № 395-1 (редакция от 23.07.2010) «О банках и банковской деятельности». Ст. 11 и 32.

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.

Обзор основных институтов антимонопольного регулирования в России будет неполным без указания на *роль Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. За период с 1998 по 2010 год ВАС РФ актами своих коллегиальных органов<sup>43</sup>, 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 вступает во второе десятилетие XXI века, имея сложившуюся государственную политику развития конкуренции, развитую институциональную инфраструктуру антимонопольного регулирования, зрелое антимонопольное законодательство, работающее 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.

---

<sup>43</sup> Уже 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 годах.

## Основные понятия

---

- *Конкуренция*
- *«Структурный» и «поведенческий» аспекты конкуренции*
- *Аллокативная эффективность*
- *Источники угроз конкуренции*
- *Государственная политика защиты и развития конкуренции*
- *Антимонопольное регулирование*
- *Государственная программа демонополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации*
  - *Программа развития конкуренции в Российской Федерации*
  - *Закон о защите конкуренции*

## Вопросы для обсуждения

---

1. Какие условия Адам Смит считал 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 конкурентной политики.
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?
10. 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, рассказывая, он, предвидя на основании астрономических данных богатый урожай оливок, еще до истечения зимы роздал в задаток имеющуюся у него небольшую сумму денег всем владельцам маслобоен 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 маслобойни, он, отдавая маслобойни 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 (М., 1910)**

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.

*Историком российской экономики Лев Борисович Кафенгауз известен, в частности, вот этой работой — Кафенгауз Л.Б. Синдикаты в русской железной промышленности. К вопросу о концентрации производства в России. — Москва, 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 года Лев Борисович опубликовал в двух номерах газеты «Русские ведомости» статью «Синдикаты в России». Ниже приведены первая часть этой работы («Русские Ведомости», 21 июля 1910 года, № 166, с. 3) и вторая («Русские Ведомости», 22 июля 1910 года, № 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 большие 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 капиталы<sup>44</sup>, 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*

<sup>44</sup> 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, парходные 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 тако-*

вые, 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 междуведомственном 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 действу-

*ют 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.*

## Глава 2

# 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 году Закона «О конкуренции и ограничении 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 совершение 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»<sup>1</sup>. Этот Закон много раз подвергался изменениям, что отражало изменения рыночной среды и практики применения законодательства. В 1995 году были приняты Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях»<sup>2</sup> и Федеральный закон от 18.07.1995 № 108-ФЗ «О рекламе»<sup>3</sup>. Наконец, в 1999 году принят Федеральный закон от 23.06.1999 № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»<sup>4</sup>. 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 закон — Закон о защите конкуренции<sup>5</sup>, 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 РФ, регулирующих 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 пра-

<sup>1</sup> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1995. № 30. Ст. 2864.

<sup>4</sup> СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3174.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

вового 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*<sup>6</sup> 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 РФ входит в компетенцию Федерации, следовательно, все антимонопольные законы являются федеральными. Антимонопольные законы включают в состав применимого законодательства соответствующие нормы Конституции Российской Федерации. Ч. 1 ст. 8 Конституции РФ 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 РФ, 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. Указанные статьи Конституции легли в основу антимонопольных законов.

Помимо норм Конституции антимонопольное законодательство основывается на нормах *Гражданского кодекса Российской Федерации* (далее — 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 ограничения конкуренции, злоупотреблять доминирующим положением на рынке. Глава IV ГК РФ, регламентирующая права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, а также ст. 1033 ГК РФ неразрывно связаны с нормами антимонопольного за-

---

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

конодательства 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, а также постановления Правительства РФ. К перечисленным правовым актам в соответствии со ст. 2 Закона о защите конкуренции необходимо добавить нормативные акты федерального антимонопольного органа, правомочие на издание которых предусмотрено законодательством.

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

Специальным (базовым) законом в системе действующего антимонопольного законодательства является *Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»* с последующими изменениями. 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 РФ.

*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 были переданы антимонопольным органам.

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

При проведении административной реформы в сфере управления экономикой по новому разграничена компетенция Федеральной анти-

монопольной 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»<sup>7</sup>, с Положением о Федеральной антимонопольной службе, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 331<sup>8</sup>, и с постановлением Правительства РФ от 09.04.2004 № 204 «Вопросы Федеральной службы по тарифам»<sup>9</sup>, а также с Положением о Федеральной службе по тарифам, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 332<sup>10</sup>, 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 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

---

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2004. № 15. Ст. 1482.

<sup>8</sup> СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3259.

<sup>9</sup> СЗ РФ. 2004. № 15. Ст. 1496.

<sup>10</sup> СЗ РФ. 2004. № 29. Ст. 3049.

законодательства и размещены в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ). Кодексом определен порядок возбуждения и рассмотрения антимонопольными органами дел об административных правонарушениях, т.е. о применении административной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренной этим Кодексом. 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»<sup>11</sup>, Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»<sup>12</sup>.

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.

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

<sup>11</sup> СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

<sup>12</sup> СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

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 субъектов<sup>13</sup>.

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 РФ. Среди таких нормативных правовых актов, входящих в антимонопольное законодательство, следует выделить акты федерального антимонопольного органа в форме административных регламентов. В частности, административные регламенты, определяющие процедуру осуществления ФАС России отдельных государственных функций, порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке и др.

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 выбрать различные варианты принимаемых решений.

Существенное влияние на практику применения антимонопольного законодательства оказывает *судебная практика*. Толкование судами норм антимонопольного законодательства в ходе разрешения дел, связанных его применением или нарушением, позволяет уяснить сущность нормы, условия ее применения.

В результате изучения и обобщения практики применения антимонопольного законодательства еще в 1998 году 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)<sup>14</sup>. 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»<sup>15</sup>, действующее с учетом измене-

---

<sup>13</sup> СЗ РФ. 2007. № 52. Ст. 6480.

<sup>14</sup> Вестник ВАС РФ. 1998. № 5.

<sup>15</sup> Вестник ВАС РФ. 2008. № 8; 2011. № 4.

ний, 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. Вместе с тем, не в меньшей мере правоприменительная практика формируется решениями Президиума ВАС РФ по отдельным делам, связанным с применением антимонопольного законодательства<sup>16</sup>.

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»<sup>17</sup>, Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»<sup>18</sup> и др.

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

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

**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. Антимонопольным законодательством принято именовать совокупность междуна-

<sup>16</sup> См.: Комментарий судебно-арбитражной практики. № 4–17. М.: Юридическая литература.

<sup>17</sup> СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

<sup>18</sup> СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 1). Ст. 3105.

родных договоров Российской Федерации, Закона о защите конкуренции, норм КоАП РФ, норм законов об отдельных отраслях экономики, указов Президента РФ, постановлений Правительства РФ, нормативных актов Федеральной антимонопольной службы, которые связаны с защитой конкуренции, с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции. Можно отметить следующие особенности антимонопольного законодательства:

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

2) состав антимонопольного законодательства определяет 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 РФ;

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, гражданского, 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) законы, иные нормативные акты, касающиеся защиты конкуренции, предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, образуют антимонопольное законодательство, являющееся самостоятельной отраслью законодательства России. В деловой практике это законодательство иногда именуется конкурентным законодательством или конкурентным правом.

### **§ 3. Сфера применения антимонопольного законодательства**

Понятие сферы применения Закона о защите конкуренции включает несколько аспектов. Первое — определение круга регулируемых отношений, второе — установление субъектов отношений, к которым



применяется данный Закон, и наконец, определение действия Закона в пространстве. К основным критериям разграничения сфер применения базового Закона о защите конкуренции и иных актов относятся вид товарного рынка, на котором возникают регулируемые отношения, содержание отношений либо сфера деятельности субъектов регулируемых отношений.

Закон о защите конкуренции регулирует поведение хозяйствующих субъектов на товарном рынке, включая рынок финансовых услуг. Однако регулирование рынка финансовых услуг имеет отличия, что предусмотрено самим Законом о защите конкуренции и постановлениями Правительства РФ. Закон о естественных монополиях также регулирует отношения на товарном рынке, однако эти отношения возникают при отсутствии конкуренции и регулируются методами, диктуемыми сферой деятельности субъектов естественной монополии.

Поскольку в системе антимонопольного законодательства Закон о защите конкуренции является основным (базовым), ряд его норм применяется к отношениям с участием субъектов любых видов товарного рынка, подпадающих под действие других федеральных законов.

Закон о защите конкуренции (п. 1 ст. 3) не только распространяется на отношения, связанные с защитой конкуренции, но также направлен на предупреждение и пресечение монополистической деятельности; кроме того, он применяется к отношениям, складывающимся в связи с проявлением недобросовестной конкуренции (которая, как правило, не оказывает существенного влияния на состояние конкуренции на рынке в целом, а заключается в ведении конкурентной борьбы нечестными и незаконными методами).

Под монополистической деятельностью понимается злоупотребление хозяйствующим субъектом (группой лиц) своим доминирующим положением. Само доминирующее положение имеет значение лишь в том случае, когда соответствующее лицо злоупотребляет своим доминирующим положением. Это злоупотребление может проявляться не только в таких действиях (бездействии), как недопущение, ограничение, устранение конкуренции, но и в действиях, ущемляющих интересы других лиц, в отказах от заключения договоров, в навязывании контрагентам монополично высоких цен и невыгодных условий договора. Таким образом, из ст. 3 Закона о защите конкуренции прямо вытекает его направленность как на защиту конкуренции (т.е. запрещаются действия (бездействие), являющиеся недопущением, ограничением, устранением конкуренции), так и на действия хозяйствующих субъектов, не касающиеся конкуренции, но направленные на ущемление

интересов других лиц в связи со злоупотреблением доминирующим положением. Последствия от злоупотребления доминирующим положением — это либо нарушение конкуренции, либо нарушение интересов других лиц, либо и то и другое. В хозяйственной практике много случаев, когда действия субъекта естественной монополии, который занимает доминирующее положение и злоупотребляет им (не влияя при этом на состояние конкуренции), являются злоупотреблением доминирующим положением (т.е. монополистической деятельностью), и по этому основанию такие действия входят в сферу применения Закона о защите конкуренции и КоАП РФ.

Закон о защите конкуренции распространяет свое действие на всю территорию России. Однако этим его действие в пространстве не ограничивается. Закон может применяться к достигнутым за пределами территории Российской Федерации соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения достигнуты и действия совершены в отношении находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств и (или) нематериальных активов или в отношении акций (долей) хозяйственных обществ, прав в отношении коммерческих организаций, которые осуществляют деятельность на территории Российской Федерации или оказывают иное влияние на состояние конкуренции на территории Российской Федерации. Иными словами, в Законе о защите конкуренции нашла отражение «доктрина последствий», поскольку он применяется к действиям и соглашениям, совершаемым или заключаемым за рубежом, если их негативные последствия могут проявиться на товарном рынке в России.

Действие Закона о защите конкуренции распространяется прежде всего на участников товарного рынка — хозяйствующих субъектов (юридических лиц и индивидуальных предпринимателей). Законом о защите конкуренции установлен широкий круг лиц, подпадающих под его действие, с учетом нового определения понятия хозяйствующих субъектов, которое включает и некоммерческие организации, осуществляющие деятельность, приносящую им доход. Действие Закона распространяется на российские и иностранные коммерческие организации и их объединения, а также на некоммерческие организации, занимающиеся предпринимательской деятельностью. Применим Закон и к отношениям с участием физических лиц, в том числе осуществляющих частную практику, приносящую доход.

В отличие от аналогичных законов стран с развитой рыночной экономикой российский Закон включает в круг лиц, на действия (без-

действие) которых он распространяется, не только хозяйствующих субъектов, но и федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления. Закон о защите конкуренции определяет пределы осуществления полномочий этих органов с учетом их влияния на конкуренцию.

## **§ 4. Сфера применения Закона о естественных монополиях**

Закон о естественных монополиях связан с антимонопольным законодательством, так как субъекты естественной монополии признаны занимающими доминирующее положение и на них распространяются запреты, установленные Законом о защите конкуренции. В ст. 2 Закона о естественных монополиях определены как регулируемые им отношения, так и субъекты этих отношений. Действие этого Закона распространяется на возникающие на товарном рынке отношения, участником которых обязательно является субъект естественной монополии — хозяйствующий субъект, осуществляющий свою деятельность в условиях естественной монополии, т.е. в условиях, когда конкуренция неэффективна. Перечень сфер деятельности субъектов естественной монополии, для которых вводится предусмотренное Законом о естественных монополиях регулирование, исчерпывающим образом определен в ст. 4 Закона о естественных монополиях. Таким образом, для установления сферы применения Закона о естественных монополиях необходимо учитывать как сферу деятельности субъекта естественной монополии, так и состояние рынка (т.е. присущи ли рынку признаки естественной монополии).

К сферам деятельности субъектов естественной монополии, которая регулируется Законом о естественных монополиях, последний относит:

- транспортировку нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам;
- транспортировку 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.

На те сферы деятельности, которые не названы в ст. 4 данного Закона, хотя им и присущи признаки естественной монополии, действие Федерального закона не распространяется (в настоящее время, например, на услуги по передаче воды).

К лицам, отношения с которыми регулируются Законом о естественных монополиях, кроме самих субъектов естественных монополий, принадлежат потребители их услуг — юридические лица и граждане, а также государственные органы и органы местного самоуправления.

---

## Основные понятия

---

- *Антимонопольное законодательство*
- *Законодательство о естественных монополиях*
- *Состав и сфера применения антимонопольного законодательства*

---

## Вопросы для обсуждения

---

1. Какие нормативные акты можно отнести к антимонопольному законодательству?
2. Каково действие Закона о защите конкуренции в пространстве и по кругу лиц?
3. На какие сферы деятельности распространяется действие Закона о естественных монополиях?
4. Какова роль судебной практики в применении антимонопольного законодательства?

## Глава 3

# 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 актах<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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.

Рассмотрим указанные ключевые понятия (А–З)<sup>2</sup>. Для более полного их раскрытия сравним их с аналогичными понятиями европейского и американского законодательства<sup>3</sup>, а также проанализируем развитие базовой терминологии в российском антимонопольном законодательстве 1991–2011 годов.

## § 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 того, что, 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 прибыли<sup>4</sup>. 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 РФ как прибыль, с которой взимается соответствующий налог<sup>5</sup>. В настоящее время в антимонопольном законодательстве закреплена другая норма: в качестве основного критерия указан факт извлечения дохода, но сам он уже не определяется как прибыль.

---

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

<sup>3</sup> 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». 6<sup>th</sup> ed. American Bar Association, 2007; Jones A., Sufrin B. EC Competition. Law: Text, Cases and Materials. 3<sup>d</sup> ed. Oxford University Press, 2008.

<sup>4</sup> 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 РФ (ч. 1 ст. 34) подчеркивает, что существует экономическая деятельность, отличающаяся от предпринимательской.

<sup>5</sup> См., например, постановление ФАС МО от 18.03.2003 № КА-А40/1103-03-П.

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 (ЕС) понятие «хозяйствующий субъект» и во все 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, например, Закон «О нотариате»<sup>6</sup> особо подчеркивает, что деятельность частных нотариусов не является предпринимательской. Это означает, что антимонопольное законодательство к ним не применяется.

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

---

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

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»*<sup>7</sup>. 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, которым 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.

---

<sup>7</sup> Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».



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”»<sup>8</sup>.

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, 2	Распорядительный характер	Лицо имеет более чем 50% голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале (в силу своего участия либо в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц)
3, 4 5, 6 7–10 11	Управленческий характер	Лицо осуществляет функции единоличного исполнительного органа хозяйственного общества Лицо на основании учредительных документов или заключенного договора вправе давать обязательные для исполнения указания По предложению лица назначен или избран единоличный исполнительный орган хозяйственного общества; или избрано более чем 50% количественного состава коллегиального исполнительного органа либо совета директоров (наблюдательного совета) Общества, в которых более чем 50% состава коллегиального исполнительного органа и (или) совета директоров (наблюдательного совета) составляют одни и те же физические лица
12	Организационно-правовой характер	Лица, являющиеся участниками одной и той же финансово-промышленной группы
13	Родственный характер	Физическое лицо, его супруг(а), родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры

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

Окончание табл. 3.1

Пункты ч. 1 ст. 9	Критерий	Содержание
14	Смешанный характер	Лица, каждое из которых по какому-либо указанному в п. 1–13 основанию входит в группу с одним и тем же лицом, а также другие лица, входящие с любым из таких лиц в одну группу по какому-либо указанному в п. 1–13 настоящей части основанию
15		Лица, которые по какому-либо признаку входят в одну группу лиц, если такие лица в силу своего совместного участия в хозяйственном обществе (товариществе) или в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, имеют более чем 50% общего количества голосов

Смысл критерия, отраженного в п. 15 ч. 1 ст. 9, заключается в том, чтобы даже в случае распыления контроля между несколькими дочерними компаниями можно было признать факт установлении контроля со стороны компании *A* над компанией *F* (рис. 3.1).

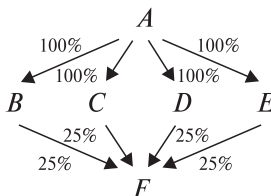


Рис. 3.1

Смысл критерия, установленного в п. 14, заключается в том, что если компания *A* контролирует компанию *B*, а компания *B* контролирует компанию *C*, значит, компании *A*, *B* и *C* входят в одну группу лиц. В настоящее время в Законе о защите конкуренции отсутствует понятие контроля (экономического интереса), однако критерий п. 14 позволяет устанавливать группы связанных между собой лиц, которые имеют общие интересы и при этом — несколько центров контроля (рис. 3.2).



Рис. 3.2

В примере 1 компания *B* является дочерней компанией компании *A*, компания *D* — дочерней компанией компании *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 признаны одной группой лиц, несмотря на то что компании *A* и *C* друг от друга независимы. Это пример группы с несколькими центрами контроля.

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 годах, 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.

Так называемый третий антимонопольный пакет (вносимые в 2011 году поправки в Закон о защите конкуренции) предусматривает, что из Закона должны быть исключены критерии, основанные на предложении какого-либо лица избрать единоличный исполнительный орган или 50% состава коллегиального исполнительного органа, а также на вхождении участников в одну финансово-промышленную группу.

Кроме того, поправки вводят понятия прямого и косвенного контроля (в новой нумерации — п. 22 и 23 ст. 4):

**Прямой контроль** — возможность юридического или физического лица определять решения, принимаемые юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий: распоряжения более 50% от общего количества голосов, приходящихся на акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица; получения права определять условия ведения предпринимательской деятельности юридического лица; осуществления функций его исполнительного органа.

**Косвенный контроль** — возможность юридического или физического лица определять решения, принимаемые юридическим лицом, через юриди-

*ческое лицо или несколько юридических лиц, между которыми существует прямой контроль.*

В определении группы лиц (критерий п. 1) также следует обратить внимание на то, что раньше 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 закрепленному 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)*

Чтобы это определение стало более понятным, 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 аналогичный (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 либо 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 Европейского сообщества об определении соответствующего рынка для целей законодательства Сообщества о конкуренции (97/С 372/03),

в США — в руководстве по горизонтальному слиянию (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 № 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 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 — потенциальная 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»<sup>9</sup>.

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

Российское антимонопольное законодательство не содержит понятий «конкурентных ограничений» (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 европейское законодательство (Уведомление) особо отмечает, 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»<sup>10</sup>.

### § 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).

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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 как продавцы, так и 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.

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» устанавливает, 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<sup>11</sup>. 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 количество участников рынка не исключает возможность координации их действий или воздействие каких-либо внешних обстоятельств;

---

<sup>11</sup> См.: *Паращук С.А.* Конкурентное право. М.: Городец, 2002. С. 39.



• **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 Шермана<sup>12</sup> и акт Клейтона<sup>13</sup>, 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*<sup>14</sup> 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 данного определения заключается в том, что суд признал возможность существования рынков, на которых степень и уровень конкуренции могут варьироваться. Это соответствует эконо-

<sup>12</sup> Sherman Act. 1890. Ch. 647, 26 Stat. 209; 15 U.S.C. § 1–7.

<sup>13</sup> Clayton Act. 1914. Pub. L. 63–212, 38 Stat. 730; 15 U.S.C. § 12–27.

<sup>14</sup> ECJ. *Metro v. Commission* [1977] ECR 1875 (1905). Para 20.

мической концепции «*эффективной конкуренции*», предполагающей, что такая конкуренция возникает тогда, когда покупатели и продавцы действуют 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<sup>15</sup>. 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.

---

<sup>15</sup> 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.

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» подробно 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 положением<sup>16</sup>

**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 доминирующего положения, но и перечень структурных признаков рынка (доли компаний на рынке, возможности доступа на рынок), при которых положение хозяйствующего субъекта признается доминирующим.

---

<sup>16</sup> Подробнее о злоупотреблением доминирующим положением см. в гл. 5 настоящего учебника.

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 монополично высокие или монополично 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*<sup>17</sup> 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 некоторой конкуренции, которая существует при монополии или квазимонополии, но позволяет хозяйствующему субъекту, который пользуется 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.

Хотя в Законе о защите конкуренции соответствующий самостоятельный термин отсутствует, Закон инкорпорировал важную новацию европейского антимонопольного законодательства — концепцию

<sup>17</sup> Case 85/76. *Hoffmann—La Roche & Co AG v. Commission* [1979]. ECR 461. [1979] 3 CMLR 211.

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 независимых 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 данное положение договора о создании Европейского Союза можно интерпретировать как возможность того, что доминирующее положение занимают несколько независимых хозяйствующих субъектов.

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 предпочитают 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. Антиконтурентные соглашения и согласованные действия<sup>18</sup>

**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 (в самом Законе такой термин отсутствует).

**Согласованные действия** — действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий: 1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них; 2) действия каждого из указанных 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», — различая тем самым согласованные действия и соглашения.

До 2006 года 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 достаточной информации, необходимой для принятия решения о возможности (успешности) согласованных действий.

<sup>18</sup> Подробнее об антиконкурентных 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.

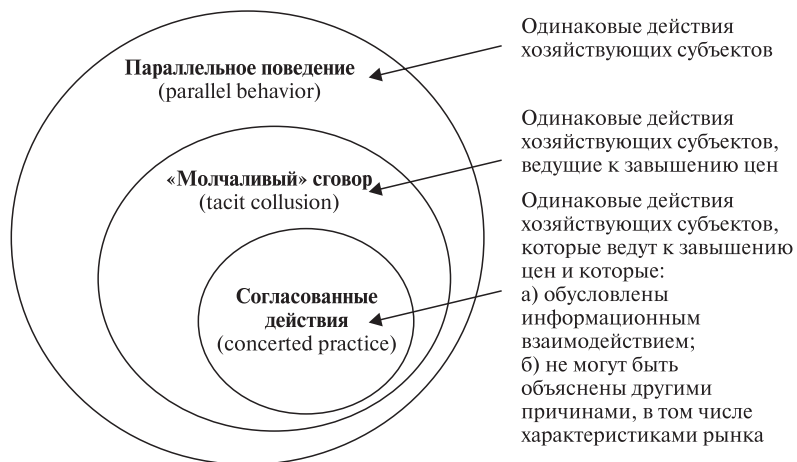


Рис. 3.3



Очевидно, что в российском антимонопольном законодательстве есть лакуна: не урегулировано понятие *«параллельное поведение»*.

Эту проблему частично исправил 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»<sup>19</sup>.

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.

В рамках третьего антимонопольного пакета ФАС России предлагает провести в законе четкую границу между антиконкурентными (запрещенными) соглашениями и антиконкурентными согласованными действиями. Одним из признаков согласованных действий может стать некое объективное обстоятельство. Такое, как публичное заявление одного из участников согласованных действий по поводу планируемого поведения на рынке. Второй критерий определения правонарушения — доля рынка. Этот термин фигурировал в законодательстве применительно к согласованным действиям до 2006 года, и ФАС видит необходимость его вернуть. Предполагается признать не имеющими существенной угрозы соглашения между компаниями, совокупная доля рынка которых меньше 20%. Предлагается также не учитывать участие в согласованных действиях компаний, доля каждой из которых не превышает 8%.

---

<sup>19</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». П. 2.

Кроме того, запрет на согласованные действия намечено установить только для конкурирующих хозяйствующих субъектов, т.е. для независимых компаний, действующих на одном товарном рынке. Соответственно исключаются согласованные действия в рамках вертикальных соглашений.

В рамках третьего антимонопольного пакета ст. 11 Закона о защите конкуренции, устанавливающая запреты на соглашения, дополняется следующей фразой: «Запрещаются и признаются картелем соглашения между хозяйствующими субъектами, конкурирующими на товарном рынке, в том числе являющимися потенциальными конкурентами». Тем самым в глоссарий российского антимонопольного законодательства вводится термин «картель», под которым будет пониматься запрещенное горизонтальное соглашение. Заметим, что российский юридический термин «картель» будет несколько отличаться от существующего в экономической науке понятия картеля — любого объединения (соглашения) хозяйствующих субъектов, при котором они сохраняют свою самостоятельность. Современные формы картелей включают соглашения о лицензиях, патентах, найме рабочих и т.д.

## § 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 сохранил перечня конкретных сделок, являющихся объектом контроля.

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

менение 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 данного 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 являются<sup>20</sup>.

В американском законодательстве термин «экономическая концентрация» отсутствует. В подзаконных актах (*Руководство по горизонтальному слиянию*<sup>21</sup>) используется термин «рыночная концентрация» (market concentration). В действующем руководстве оно 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*<sup>22</sup>, 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 «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 не-*

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. Issued: 19 August 2010.

<sup>22</sup> The Hart—Scott—Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 // Public Law. 94—435.

*горизонтальным слиянием*<sup>23</sup>, европейское *Руководство по оценке негоризонтальных слияний компаний*<sup>24</sup>).

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 А и Б, выпускаемые разными компаниями. И если компания, поставляющая ему товар А, будет сама закупать товар Б и продавать комплект А + Б, то отношения компаний-производителей А и Б 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 схожие 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;
- 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 увели-

---

<sup>23</sup> Non-Horizontal Merger Guidelines. Originally issued as part of “U.S. Department of Justice Merger Guidelines”. 14 June 1984.

<sup>24</sup> Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings. 2008/C 265/07.

чивает 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 (no 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?

## Глава 4

# 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. Исключения 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, устанавливая 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

МАП России от 20.12.1996 № 169<sup>1</sup>. 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).

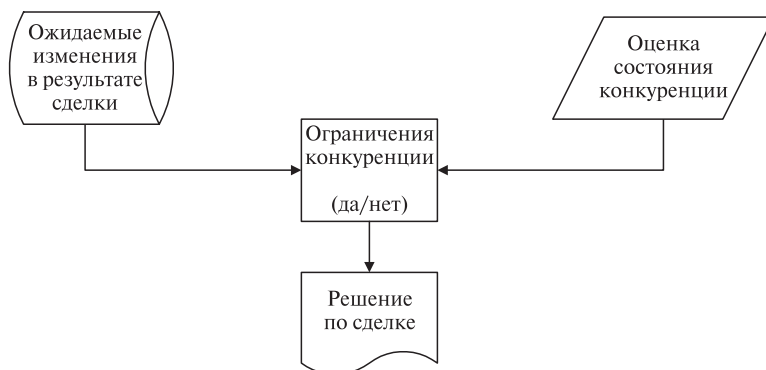


Рис. 4.1

<sup>1</sup> 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»<sup>2</sup>.

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-

---

<sup>2</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». П. 4 абз. 4.

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

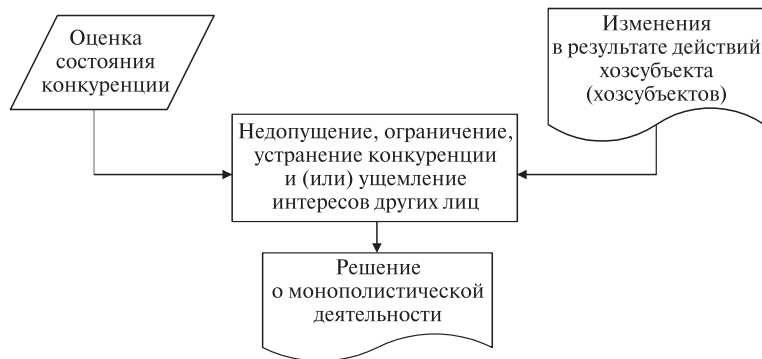


Рис. 4.2

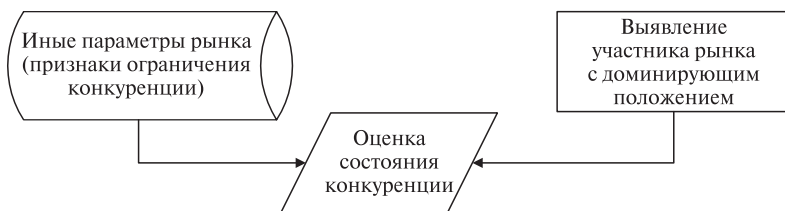


Рис. 4.3

При установлении доминирующего положения, если не учитывать его качественное определение, на практике ключевой 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 критериям<sup>3</sup> 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.

<sup>3</sup> На размер доли на рынке здесь наложены другие ограничения.

Во-первых, если перечень прямо запрещенных горизонтальных соглашений в Законе содержится, то для вертикальных соглашений сделана 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 по нарушениям 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 табл. 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 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).

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.

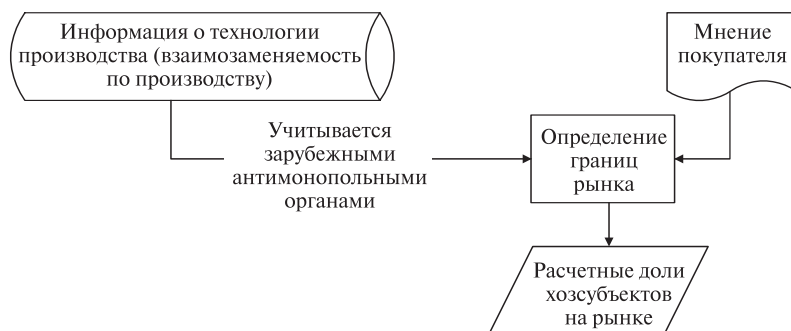


Рис. 4.5

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 содержит Порядок 2010 г. в отношении разобранных задач анализа состояния конкуренции.

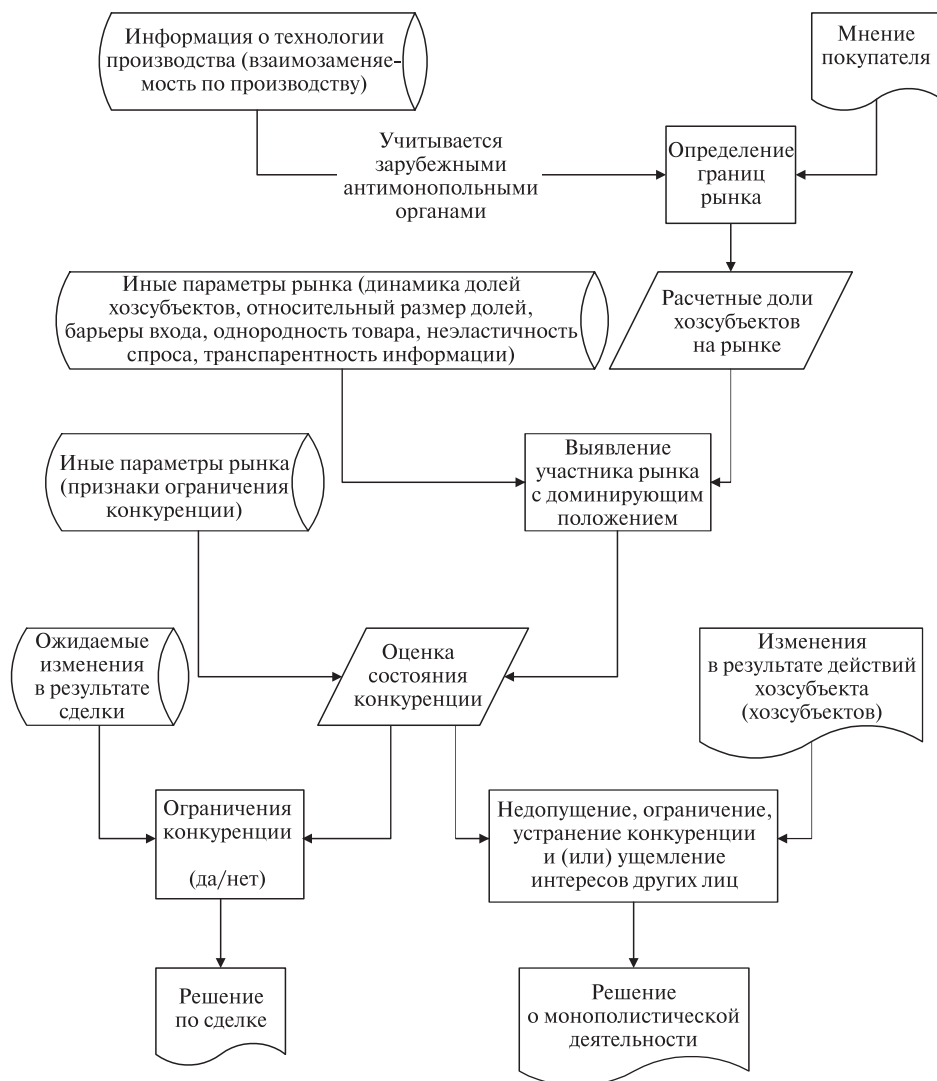


Рис. 4.6. Схема проведения анализа товарного рынка антимонопольным органом

## § 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).

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.



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	

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 конкуренции 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.

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 товара<sup>4</sup>.

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

---

<sup>4</sup> В России аналогичную по сути позицию занял Президиум ВАС РФ по делу *ТНК—BP*, согласившись с решением антимонопольного органа. См. примеч. 6 на с. 111.

2009–2010 годах<sup>5</sup> 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 должен в итоге быть расширен до границ Российской Федерации.

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 года 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.

Принять окончательное решение о выборе 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).***

---

<sup>5</sup> Материалы дел и информация о них содержатся на сайтах ФАС России и ВАС РФ.

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, Великобритания) говорят о «поддающемся предвидению будущем» (*foreseeable future*) при проведении этого теста.

Начиная с 1981 года 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, обращающаяся 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 продажи товара.

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)**

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 конкурентной среды на товарных рынках.

**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% выше средневзвешенной цены товара, доступного покупателю (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 возрасть, 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. От-

рицательная 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 предполагает возможность 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 превышает 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 и вывоза товара в регион (производства товаров в регионе). Но самое главное, что даже в условиях отсутствия торговых потоков в регионе 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) будет 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 дороже исходной не более чем на 10% включается в товарный рынок. В него 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 его объема 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 оно 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 сумму 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):

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

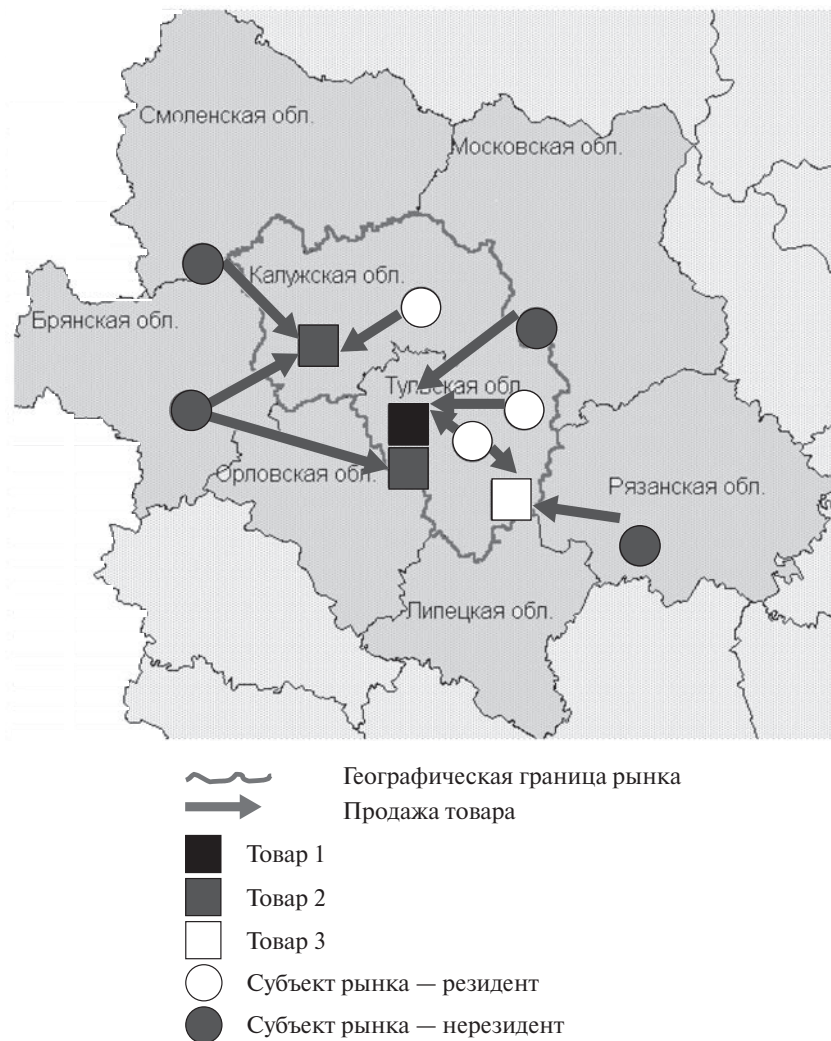
где:

$V$  — объем рынка;

$V_p$  — объем внутреннего производства;

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

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



**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.

При таком расчете возможно завышение объема рынка на величину производственного потребления рассматриваемого товара. Поэтому Порядок 2010 г. прямо предписывает, что объем определяется за выче-

том 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;

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 возникает вопрос, 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% 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 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 годах рассматривался комплекс дел о нарушении нефтяными компаниями антимонопольного законодательства на федеральном рынке нефтепродуктов. Указанные компании обжаловали в суде, в частности, то, 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—BP 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»<sup>6</sup>.

---

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

## § 4. Экономические критерии доминирующего положения<sup>7</sup>

*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 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 крупных 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 сказано, 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.

---

<sup>7</sup> Подробнее экономические и правовые аспекты доминирующего положения хозяйствующего субъекта анализируются в гл. 5.



Это, по-видимому, объясняется желанием антимонопольного органа реализовывать полномочие, предусмотренное п. 10 ч. 1 ст. 23 Закона (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 законодательстве 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 антимоно-

польного 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 исключительного перечня доказательств, которые антимонопольные органы могут рассматривать в ходе рассмотрения дела»<sup>8</sup>.

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.).

---

<sup>8</sup> U.S. Department of Justice. Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. Issued: 19 August 2010.

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 определен в нем 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 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 1 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 праве<sup>9</sup>. В российской судебной практике вопрос о том, правильно ли определяет антимонопольный орган наличие или отсутствие барьеров входа на рынок, практически не решался.

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 участников. 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 вниз 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.

---

<sup>9</sup> 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.

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 допустимые 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 на него новых фирм. Рассматриваются так называемые невозвратные (омерщвленные) затраты (*sunk costs*) — издержки, которые нельзя вернуть после выхода с рынка. 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.* Вход фирм на рынок сдерживает отсутствие необходимых средств транспорта, сервисных компаний, компаний, оказывающих информационные, консалтинговые, лизинговые услуги, и т.п.

*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. Различия в издержках могут объясняться 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 по сравнению с хозяйствующими субъектами, действующими на рассматриваемом рынке.

*Необходимость значительных первоначальных капитальных вложений при длительных сроках их окупаемости* тоже является барьером. Возможность входа на рынок определяют и такие показатели, как объем затрат на освоение выпуска данного товара потенциальными поставщиками, стоимость нового строительства или реконструкции и технического перевооружения действующих мощностей, расходы на НИОКР, подготовку и найм персонала, организацию 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* также может служить барьером для входа новых компаний на рынок: с одной стороны, потенциальным конкурентам придется преодолевать уже сложившиеся под ее воздействием предпочтения и привычки потребителей, а с другой — интенсивное маркетинговое соперничество действующих на рынке компаний увеличивает издержки и затрудняет вход.

**4. Наличие на рынке вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов.** Их деятельность охватывает ряд последовательных стадий в цепочке создания стоимости (производство сырья, его переработка, создание конечной продукции, транспортировка, дистрибуция). Это позволяет таким хозяйствующим субъектам использовать преимущества внутрикорпоративных связей и сдерживать потенциальных конкурентов. Создание барьеров входа на рынок для новичков связано в первую очередь 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 кон-

курении, 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 статьями 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»<sup>10</sup>, может учитывать антимонопольный орган. С другой — он вводит в антимонопольное законодательство термин «предшествующие и последующие рынки» (в приказе МАП России № 169 — «вышестоящие и

---

<sup>10</sup> Пункт 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции.



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 конкуренцией, 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).

Порядок также устанавливает показатели, которые используются для определения уровня концентрации товарного рынка: коэффициент рыночной концентрации ( $CR$ ) и индекс рыночной концентрации Герфиндаля—Гиршмана ( $HHI$ ).

**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 (НИИ)** — сумма квадратов долей (выраженных в процентах) на товарном рынке всех хозяйствующих субъектов, действующих на данном рынке:

$$НИИ = \sum_{i=1}^N D_i^2,$$

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, заявленные в ходатайстве, приведут к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения и др.*<sup>11</sup> 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 рынков<sup>12</sup> он устанавливал:

<sup>11</sup> 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), соглашений и согласованных действий, сделок» (ч. 1 ст. 13 Закона).

<sup>12</sup> В частности, в данном нормативном акте (!) указывалось, что приложения составлены с использованием материалов специалистов Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

«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).

Таблица 4.5

#### Концентрация рынка и действия антимонопольного органа в США

<i>ННИ</i> после слияния	<i>ΔННИ</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 *ННИ* возрастает более чем на 200 пунктов, будет запрещена. Сделки на низкоконцентрированных рынках и сделки, ведущие к росту индекса *ННИ* 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 приобрет

решение фирмы на грани банкротства (уходящей с рынка) не ведет к ограничению конкуренции.

Факторами, препятствующими конкуренции (после сделки), американское 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 координации<sup>13</sup>;
- 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 *A* и *B* и увеличит на оба цены на 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).

---

<sup>13</sup> Имеются в виду коллективное доминирование или согласованные действия.

Кроме того, американское Merger Guidelines<sup>14</sup> содержит указания на то, какие негоризонтальные слияния могут ограничить конкуренцию. Во-первых, это слияния, устраняющие потенциальных конкурентов (с долей рынка более 20%). Во-вторых, это 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 компаний<sup>15</sup> 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 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 простоту достижения 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.

---

<sup>14</sup> Неотмененный раздел 4 U.S. Department of Justice Merger Guidelines. June 14. 1984.

<sup>15</sup> Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings. 2004/C 31/03.

В Руководстве по оценке негоризонтальных слияний компаний<sup>16</sup> (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 фиксированной 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).

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).

---

<sup>16</sup> Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings. 2008/C 265/07.

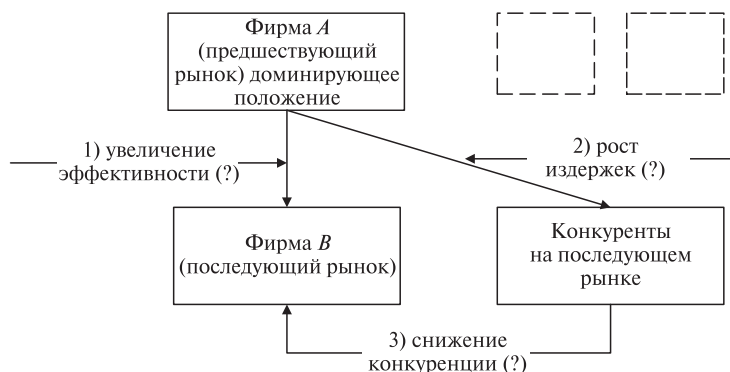


Рис. 4.8

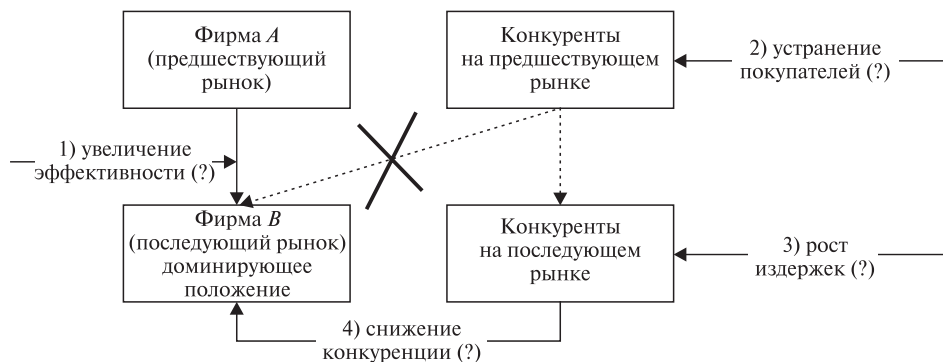


Рис. 4.9

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.

## 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 его границ?
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 антимонопольных органов России по вопросу исследования рынков**

В 1990 году был образован *Государственный комитет РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур (ГКАП России)*. В 1992 году утверждено соответствующее Положение. В марте 1997 года этот орган преобразован в *Государственный антимонопольный комитет Российской Федерации (ГАС России)*. 22 сентября 1998 года Указом Президента РФ ряд комитетов и служб были объединены в *Министерство Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства (МАП России)*. 9 марта 2004 года 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 главным антимонопольным органом страны.

1 июля 1992 года 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 года 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 года.

21 апреля 1994 года 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*. Оба документа действуют до сих пор, хотя не имеют статуса нормативных правовых актов.

Согласно п. 6 постановления Правительства РФ 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 подлежа-

ли государственной регистрации в Министерстве юстиции Российской Федерации и опубликованию в Бюллетене нормативных актов, ведомственных изданиях. Указанные акты регистрацию в Министерстве юстиции не проходили.

20 декабря 1996 года происходит важное событие: ГКАП России издает приказ № 169 «Об утверждении *Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках*». 10 января 1997 года 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.

ГКАП России сменился на ГАК России, затем — на МАП России. 11 марта 1999 года приказ МАП России № 71 (зарегистрирован в Минюсте России 20.04.1999 № 1761) установил:

«В приказы Государственного антимонопольного комитета Российской Федерации... внести следующие изменения: в текстах приказов слова “ГАК России” и “ГКАП России” заменить словами “МАП России”... в соответствующем падеже, слова “Председатель” и “заместитель Председателя” заменить словами “Министр” и “заместитель Министра” в соответствующем падеже».

Таким образом, приказ МАП России № 169 от 20.12.1996 был издан в период, когда министерство еще не было образовано, и подписан министром Л.А. Бочиным, который в данной должности на тот момент не состоял.

23 июня 1999 года вышел новый Федеральный закон № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг». С этого момента начинает 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 Министерстве юстиции Российской Федерации:

- *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 эти акты были отменены после принятия 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 году с принятием нового Порядка 2010 г.

25 апреля 2006 года 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 года 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 актам. 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 году, а также *Руководство по негоризонтальному слиянию* (Non-Horizontal Merger Guidelines), утвержденное Министерством юстиции США (бывший разд. 4 Руководства по слияниям редакции 1984 года). 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/С 372/03), а также частично принятое в 2004 году *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/С 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/С 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 — 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:

	<i>Товар А</i>	<i>Товар В</i>	...
<i>Предпочтение 1</i>			
<i>Предпочтение 2</i>			

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, 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>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:

- a) супермаркеты;
- b) фирменные магазины;
- c) обычные магазины;
- d) распродажи;
- e) потребительская кооперация;
- f) автоматы.

4. Для каждого из регионов продаж укажите:

- a) общий объем продаж товара по каждому каналу сбыта;
- b) общий объем продаж вашей организацией взаимозаменяемого товара.

5. Отдельно для каждого вашего завода укажите:

- a) расположение каждого центра продаж;
- b) число обслуживаемых точек продаж;
- c) наибольшее расстояние, на которое товар транспортируется от завода к покупателю, а также объем продаж и доход, получаемый заводом от этого покупателя;
- d) процент продаж взаимозаменяемого товара внутри 100-километровой зоны, 150-километровой зоны, 200-километровой зоны от общих продаж взаимозаменяемого товара;
- e) наибольшее расстояние, на которое Ваша компания поставляет 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:

- a) какие шаги (этапы) необходимо предпринять, чтобы войти на рынки товара;
- b) время, необходимое для каждого этапа;
- c) издержки каждого этапа;
- d) 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 мощности.

### 3. Тест гипотетического монополиста в ЕС

#### Пример 1. Определение Европейской комиссией продуктовых границ рынка вискозных волокон

В 2001 году Европейская комиссия принимала решение по слиянию CVC/Lenzing<sup>17</sup>. 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:

- a) будете использовать другой тип волокон;
- b) снизите долю вискозы в смеси;
- в) откажетесь от выпуска данных товаров;
- г) не измените ничего?

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?

<sup>17</sup> The Commission of the European Communities // Commission Decision. 17 October 2001. Case No. COMP/M. 2187 CVC/Lenzing.

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 году 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-тест<sup>18</sup>.

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 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.

---

<sup>18</sup> Bundeskartellamt, Beschluss. Gesch.&Z. B9–50/05 Railion AG / RAG Bahn und Hafen GmbH.

### **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 вопросы<sup>19</sup>.

1. Укажите максимальное расстояние:

- а) до основного поставщика;
- б) любого фактического поставщика;
- в) экономически доступного поставщика.

2. Изменялись ли в 2004 году 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 Великобритании<sup>20</sup>: 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

<sup>19</sup> [www.competition-commission.org.uk/inquiries/completed/2004/linpac/evidence\\_customer\\_questionnaire.ppt](http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/completed/2004/linpac/evidence_customer_questionnaire.ppt)

<sup>20</sup> Competition Commission (UK). A report on the completed acquisition of Linpac Containers Ltd by DS Smith Plc.

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 году 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 Associates<sup>21</sup>. 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 увеличиваются на 10%, а издержки в других портах остаются на прежнем уровне.
  - а) переведете ли Вы грузопотоки в другие порты (да/нет);
  - 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)?

---

<sup>21</sup> 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. N Ma ref: P\_600 019/6.B309.

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 транспортную перевозку, 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. Июнь. № 6.*

## Глава 5

# 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 века был принят *Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*, или *Sherman Act* (*Закон Шермана*)<sup>1</sup>. 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 10 лет. И только благодаря активной политике американского правительства с начала XX века 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 техническому превосходству... столкнувшись с необходимостью конкурировать, успешный конкурент не может быть наказан за то, что он выиграл»*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См. также § 3 гл. 1 и § 2 гл. 6 настоящего учебника.

<sup>2</sup> *US v Aluminum Co of America* 58148A 2v 416 (2<sup>nd</sup> Cir 1945).

В рамках данной главы мы рассмотрим основные принципы идентификации доминирующего положения, критерии злоупотребления доминирующим положением, а также принципы ограничения 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*<sup>3</sup>: «Доминирующее положение... означает экономическую силу, которая позволяет не допускать эффективную конкуренцию, предоставляя возможность действовать независимо от конкурентов, клиентов и в конечном счете от потребителей»<sup>4</sup>. Это определение многокомпонентно, причем 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 описательные<sup>5</sup>. 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 ситуацию можно наблюдать в том случае, когда рыночной властью обладает покупатель. Крайняя точка такой власти — монополия, существование единственного покупателя, который диктует цены и условия функционирования рынка.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Пер. авт.

<sup>5</sup> См., например: *Whish R. Competition Law*. 5<sup>th</sup> ed. Article 82. Point 4. “Dominant Position”. L.: Lexis Nexis, 2003.

## 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 прецеденте, введение понятия «власть на рынке» по образцу ЕС означало бы необходимость расшифровать этот термин. Однако определить 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 на 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 телескопов космического назначения). В таких случаях чаще всего организуются тендеры, поэтому компании конкурируют за рынок, а не на нем. Однако для наличия рыночной власти доля имеет значение, поэтому если доля компании превышает 50%, можно говорить о признаках доминирующего положения<sup>6</sup> (хотя в отрыве от других показателей оно, как правило, не определяется). Согласно ст. 102 Договора о ЕС доминирующим может быть положение хозяйствующего субъекта, чья доля составляет более 40%, напротив, решения Комиссии о признании доминирующего положения при доле менее 40% крайне немногочисленны<sup>7</sup>. Если говорить о национальных конкурентных ведомствах, то, например, английская Комиссия по справедливой торговле (OFT) вряд

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> *Virgin/British Airways* OJ [2000] L 30/1, [2000] 4 CMLR 999: dominance at 39,7% of the market, upheld on appeal Case T-219/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917.



ли вообще признает доминирующим хозяйствующего субъекта с долей менее 40%<sup>8</sup>.

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. Вряд ли существуют высокие барьеры, 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 рынке<sup>9</sup>.

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 покупатель способен «привести» на рынок новых продавцов или заставить действующих продавцов и/или производителей существенно расширить производство и тем самым вернуть цены на прежний конкурентный уровень<sup>10</sup>.

Российский подход несколько отличается от зарубежного. Согласно п. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции доля более 50% создает опровержимую презумпцию доминирующего положения<sup>11</sup>. 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 в отношении компаний, доминирующее положение которых он не сможет установить в ходе рассмотрения дела.

Закон также допускает возможность установить доминирующее положение в случае с 35–50-процентной долей при наличии неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности до-

<sup>8</sup> OFT Guidance *Abuse of a dominant position*. OFT 402. December 2004. Para 4.18 “Assessment of market power”. OFT 415. Para 2.12.

<sup>9</sup> Directorate General for Competition Discussion paper on exclusionary abuses.

<sup>10</sup> Case T-228/97 *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II-2969. Para 101.

<sup>11</sup> Пункт 13 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

ступа 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 неоднозначно<sup>12</sup>. 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<sup>13</sup>. 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 лиц<sup>14</sup>. 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%<sup>15</sup>.

Изменения, касающиеся приверженности к определению доминирующего положения на рынке через долю, наметились в российском законодательстве только в 2009 году, с принятием поправок в Закон о защите конкуренции. В Закон был введен новый институт — *доминирующее положение с долей менее 35%*.

---

<sup>12</sup> См., например, постановление ФАС СКО от 22.12.2009 по делу № А25-190/2009, постановление Девятого ААС от 25.09.2009 № 09АП-17159/2009-АК.

<sup>13</sup> Правила ведения Реестра утверждены постановлением Правительства РФ от 19.12.2007 № 896.

<sup>14</sup> *Клейн Н.И.* Рассмотрение дел, связанных с обжалованием решений (предписаний) антимонопольных органов (Обзор арбитражной практики) // Комментарий судебной арбитражной практики. Вып. 4. С. 38–45.

<sup>15</sup> См. постановление ФАС ЦФО от 23.06.2008 по делу № А09-7365/07-15.

По результатам проведенного антимонопольным органом анализа состояния конкуренции доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем 35% и превышает доли других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке и который может оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке, если при этом в совокупности соблюдаются следующие условия:

1) хозяйствующий субъект имеет возможность в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на соответствующем товарном рынке. Заметим, что этот критерий является презумпцией, поскольку возможность влиять на рынок уже заложена в самом определении доминирующего положения. Поэтому его наличие будет устанавливаться всегда;

2) доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен, в том числе из-за экономических, технологических, административных или иных ограничений. Как известно, практически во всех отраслях производства барьеры входа на рынок довольно высоки из-за значительных капитальных затрат, необходимых для начала или расширения производства. Поэтому наличие данного критерия также будет установлено в значительном количестве случаев;

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующим субъектом товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях). В соответствии с Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, процедура оценки состояния рынка включает в себя определение продуктовых границ рынка, т.е. выявление товаров, не имеющих заменителей. Таким образом, чтобы определить рынок, всегда придется найти товар, не имеющий заменителей;

4) изменение цены товара не обуславливает соответствующее такому изменению снижение спроса на товар. Однако это явление может вообще не иметь никакого отношения к положению на рынке отдельного хозяйствующего субъекта. Так, например, рост цен на сезонные товары обычно не понижает спрос на них.

Случаи практического применения нормы о доминирующем положении хозяйствующего субъекта с долей менее 35% пока отсутствуют. Причина, как представляется, одна. Набор критериев имеет мало отношения к существу доминирующего положения, поскольку каждый и в отдельности, и в совокупности с другими может быть не связан исклю-

чительно с властью продавца (или покупателя) на рынке. Изложенное выше иллюстрирует, как легко формально определить доминирующее положение на базе набора критериев. Однако факт установления этих формальных критериев не будет означать, что хозяйствующий субъект действительно занимает доминирующее положение, т.е. действительно имеет власть на рынке.

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 Федерации<sup>16</sup>.

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».

---

<sup>16</sup> 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».

## 2. Коллективное доминирующее положение

Для того чтобы в полной мере оценить значимость и первые результаты применения института «коллективного доминирующего положения» 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*<sup>17</sup> 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*<sup>18</sup> 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 юридические 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 годах, однако Европейский суд негативно отнесся к этой идее в деле *Hoffmann—La Roche vs Commission*<sup>19</sup>, 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> JO [1972] L 299/51, [1973] CMLR D50, upheld on appeal Cases 6/73 etc [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

<sup>19</sup> 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

Эта логика не лишена оснований. Очевидно, что если несколько компаний действуют на рынке идентично и ограничивают конкуренцию, то их поведение будет квалифицироваться как согласованные 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*<sup>20</sup>, 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*<sup>21</sup> 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, которые не подпадали в сферу действия ст. 81. На апелляционной стадии суд отменил решение Комиссии, обвинив ее в том, 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 сущности 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 техноло-

---

<sup>20</sup> *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.

<sup>21</sup> OJ [1989] L 33/44, [1990] 4 CMLR 535.

гическое лидерство, которое позволяет им действовать независимо от своих конкурентов, клиентов и конечного потребителя»<sup>22</sup>.

Существенным оставался вопрос о том, какие связи должны объединять компании, чтобы их можно было признать коллективно доминирующими. Впоследствии европейские суды уточняли, что наличие соглашений или лицензий 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*<sup>23</sup> 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 рынке 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 году. 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*

<sup>22</sup> Cases T-68/89 etc *Societa Italiano Vetro SpA v Commission* [1992] ECR II-1403, [1992] 5 CMLR 302.

<sup>23</sup> Case T-193/02 [2005] ECR II-209, [2005] 5 CMLR 42; note that paras 43–50.

*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%);*

*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 вышеизложенного, 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, необходима ли 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 этого института: ***коллективное доминирующее положение не-возможно рассматривать как полную альтернативу согласованных действий.*** Коллективное доминирующее положение 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 и 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 злоупотребление 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 РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования);

4) экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар 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 РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

5) экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

6) экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом;

7) установление финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги;

8) создание дискриминационных условий;

9) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;

10) нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

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 реклама<sup>24</sup>.

Иной точки зрения по данному вопросу придерживается О.Н. Садиков<sup>25</sup>, 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 идет речь 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

<sup>24</sup> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / под общ. ред. О.Н. Садикова. М.: 1999. С. 31 (автор комментария — Н.И. Клейн).

<sup>25</sup> См.: Там же. С. 43.

лицами, занимающими доминирующее положение, не являются злоупотреблением правом, так как последнее означает нарушение общих 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)<sup>26</sup>.

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 категориям<sup>27</sup>. 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 договоров. Таким образом, можно идентифицировать субъективное гражданское право, используемое не по назначению: речь идет о злоупотреблении правом на свободу договора или правом собственности.

---

<sup>26</sup> См.: *Парацук С.А.* Конкурентное право. М.: Городец, 2004. С. 159.

<sup>27</sup> 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.

Для определения злоупотребления доминирующим положением существует **ряд квалифицирующих критериев:**

- хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение на рынке соответствующего товара или финансовой услуги; при этом, равно как и в праве Евросоюза, 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 органом<sup>28</sup>;
- 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 баланса<sup>29</sup>. Есть и другая сторона этой проблемы. Согласно ст. 2 Закона о защите конкуренции его действие распространяется на отношения, влияющие на конкуренцию на территории России. Данная норма дала основание многим судам считать, что действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, подлежат антимонопольному контролю только тогда, когда они ограничивают конкуренцию<sup>30</sup>. Однако такая позиция, как представляется, игнорирует другую цель, преследуемую законодательством о конкуренции, — защиту экономически зависимой стороны.

<sup>28</sup> Пункт 4 постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

<sup>29</sup> См.: Хольцер Х. Антимонопольная политика и законодательство России. М., 2003. С. 65.

<sup>30</sup> См., например, постановление ФАС ВВО от 09.12.1999 по делу № А82-161/99-А/1 по заявлению ОАО «Ярэнерго» о признании недействительными решения и предписания Ярославского ТУ МАП России.

Вместе с тем нельзя забывать, что норма о злоупотреблении единая, поэтому провести четкую грань между защитой экономически слабой стороны и обеспечением рыночного равновесия получается далеко не всегда. Возможно, норма будет разделена на две части, соответственно административный и гражданско-правовой элементы будут выделены в разные статьи. В ряде случаев это приведет к тому, что одно и то же деяние (самый простой пример — ограничение доступа на рынок или монопольно низкие цены) при квалификации будет иметь различные объективные стороны, ведь последствиями станут и ограничение конкуренции, и ущемление прав отдельного хозяйствующего субъекта. Как следствие, деяние будет квалифицироваться по двум статьям, что приведет к двойной ответственности за совершение одного и того же правонарушения. Тем самым будет нарушен конституционный принцип: запрет на привлечение к ответственности дважды за одно и то же правонарушение. Либо, если деяние будет квалифицироваться только как ограничивающее конкуренцию, такой подход может лишить в будущем лицо, пострадавшее от антиконкурентных действий, возможности требовать взыскания убытков в частном порядке, поскольку будет заложена презумпция, что пострадал рынок, а не конкретное лицо.

Возможен иной вариант — установление различной ответственности за «общерыночные» и «частные» нарушения, например: оборотный административный штраф (т.е. кратный сумме выручки правонарушителя от реализации товара) за первые и фиксированный (установленный в абсолютном размере) за вторые. Но тогда мы возвращаемся к вопросу: а есть ли такие злоупотребления, которые приводят к ущемлению прав третьих лиц, не приводя к ограничению конкуренции? В практике такие дела встречаются, рассматриваемые в них обстоятельства являются ключом к решению вопроса, как усовершенствовать норму, чтобы она соответствовала своему назначению.

Злоупотребление доминирующим положением, которое приводит исключительно к ущемлению интересов приобретателей товара, — это в основном нарушения со стороны субъектов естественной монополии<sup>31</sup> 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

---

<sup>31</sup> Напомним, ст. 5 Закона о защите конкуренции содержит презумпцию доминирующего положения субъекта естественной монополии на товарном рынке, который находится в состоянии естественной монополии.

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.

Рассмотрим непосредственно *виды нарушений*. Исходя из существа нарушения, помимо указанной 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 относится, например, сокращение производства товара при наличии возможности его производства или изъятие товара из обращения. Однако 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 необходимых для производства и реализации такого товара

расходов и прибыли 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 приобрести товар нельзя у альтернативного продавца (т.е. монопольно высокая цена может быть установлена лишь в условиях абсолютной монополии на товарном рынке). Только тогда покупатель приобретет товар по любой цене, какой бы высокой она ни 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 необходимых для производства и реализации товара расходов и прибыли 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 лишь 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 того же Закона, *могут быть признаны допустимыми*, если они не создают возможность для отдельных лиц устранить конку-



ренцию на соответствующем товарном рынке, не налагают 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) совершение 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).

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 РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, 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.

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 допустимость<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> См., например, постановление ФАС ВСО от 27.04.2009 № А58-5012,08-Ф02-1542/09, постановление ФАС ВСО от 20.04.2010 № А 33-13248/2009, постановление ФАС ПО от 16.04.2009 № А55-14511/2008.

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 *A*, контролирующая основное оборудование, отказывает фирме *B* в разумном доступе к товару или услуге, необходимой ей для конкуренции с фирмой *A*<sup>33</sup>. 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 преследования<sup>34</sup>.

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.*<sup>35</sup> суд применил эту доктрину, признав, что оператор 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 команд<sup>36</sup>. 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.*

---

<sup>33</sup> 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 (9<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>34</sup> *Kramer v. Pollock-Krasner Found.*, 890 F. Supp. 250, 257 (S.D.N.Y.).

<sup>35</sup> 708 F.2d 1081, 1132–1133 (7<sup>th</sup> Cir. 1983).

<sup>36</sup> *Fishman v. Estate of Writz*, 807 F.2d 520. 539–540 (D.C. Cir. 1986), *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 992–993 (D.C. Cir. 1977).

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 условий<sup>37</sup>.

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 «определяющим, крайне важным», а не просто «более дешевым»<sup>38</sup>. 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 лишает 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 монополиста<sup>39</sup>. Большинство судов склоняются к тому, что применение доктрины «необходимого оборудования» требует

<sup>37</sup> *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346, 1356, 1357 (Fed. Cir. 1999); *Carribbean 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<sup>d</sup> Cir. 1996); *City of Anaheim v. S. Cal. Edison Co.*, 955 F.2d 1373, 1380 (9<sup>th</sup> Cir. 1992); *Laurel Sand & Gravel, Inc. v. CSX Transp., Inc.*, 924 F.2d 539, 544 (4<sup>th</sup> Cir. 1991); *Delaware & Hudson Ry. Co. v. Consol. Rail Corp.*, 902 F.2d 174, 179 (2<sup>d</sup> Cir. 1990); *Advaneed Health-Care Servs., Inc. v. Radford Cmty. Hosp.*, 91 O F .2d 139, 150–151 (4<sup>th</sup> Cir. 1990); *City of Malden v. Union Eleer. Co.*, 887 F.2d 157, 160 (8<sup>th</sup> Cir. 1989); *Ferguson v. Greater Pocatello Chamber of Commerce, Inc.*, 848 F.2d 976, 983 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *McKenzie v. Mercy Hosp.*, 854 F.2d 365, 370 (10<sup>th</sup> Cir. 1988), overruled on other grounds, 117 F.3d 1137 (10<sup>th</sup> 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).

<sup>38</sup> См. дело *Twin Laboratories, Inc. v. Weider Health & Fitness* (1990).

<sup>39</sup> *Areeda P., Hovenkamp H.* Antitrust Law. P. 736.1–736.2.

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 доступа<sup>40</sup>.

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.*<sup>41</sup> 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 законодательства<sup>42</sup>. В равной степени к «необходимому оборудованию» отнесены и услуги<sup>43</sup>. Иногда доступ к «необходимому оборудованию» требуется хозяйствующим субъектам, являющимся одновременно конкурентами и потребителями. В этом случае злоупотребление на одном рынке направлено на получение преимуществ на смежном с ним<sup>44</sup>. 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 ответчиком<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> См.: *Pitofsky R. Op. cit.* P. 9.

<sup>41</sup> 719 F. Supp. 1551, 1566 (S.D. Fla. 1988), пересмотрено по иным причинам, F.2d 1436 (11<sup>th</sup> Cir. 1993), cert. denied 520, U.S. 401 (1994).

<sup>42</sup> См.: *Pitofsky R. Op. cit.* P. 14.

<sup>43</sup> См.: *Ibid.* P. 13.

<sup>44</sup> Например, решение по делу *Advanced Health-Care Servs., Inc. v. Radford Cmty. Hosp.*, 910 F.2d 139, 150 (4<sup>th</sup> Cir. 1990): «По делу об ограничении доступа выяснению подлежит, используется ли монопольная власть на одном рынке для создания монополии на другом».

<sup>45</sup> *Ferguson v. Greater Pocatello of Commerce, Inc.*, 848 F.2d 976, 983 (9<sup>th</sup> Cir. 1988); *Interface Group, Inc. v. Mass. Port Auth.*, 816 F.2d 9, 12 (1<sup>st</sup> 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 (11<sup>th</sup> Cir. 1987).

В России перспективы доктрины неясны. Исторически сложившийся стереотип поведения крупнейших участников рынка подразумевает, что сильный игрок всегда старается ущемить права слабого, независимо 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»*

---

## 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. Каково соотношение критериев допустимости по российскому праву и доктрины «необходимого оборудования»?

## Глава 6

# 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 является при определенных условиях выгодной стратегией, позволяющей им:

- 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 устроят 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 детальный анализ о предрасположенности товарного рынка и его участников к эффективному антиконтентному соглашению<sup>1</sup>. 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 дополнительных 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 соглашения включает в себя и так называемые “джентльменские договоренности”, стандартные условия продажи, правила профессиональных ассоциаций (кото-

<sup>1</sup> В обобщении использована работа: *Познер Р.А.* Экономический анализ права: в 2 т. СПб.: Экономическая школа, 2004. Т. 1. С. 386.

рые 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 антиконкурентное] в отношении временного периода после его завершения, если эффект от соглашения продолжает сказываться. Соглашения могут рассматриваться [как антиконкурентные], 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»<sup>2</sup>.

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, которые не конкурируют между собой, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом;*

— иные соглашения, например соглашения продавцов различных, не связанных между собой товаров о проведении совместной маркетинговой акции (например, соглашение об использовании образа автомобиля конкретной марки в рекламе сигарет).

Антимонопольное законодательство устанавливает запрет на антиконкурентные соглашения. По отношению к различным видам соглашений такой запрет применяется дифференцированно. Содержательный аспект запретов и их дифференциации рассматриваются в параграфах, структурированных по видам соглашений.

---

<sup>2</sup> Jones A., Sufrin B. EC Competition Law. 2<sup>nd</sup> 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»<sup>3</sup>, 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*<sup>4</sup> — 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 рынке<sup>5</sup>;

2) *иные картели* — соглашения хозяйствующих субъектов — конкурентов, которые имеют цели, отличные от указанных в п. 1, однако в результате реализации которых ограничивается (может быть ограничена) конкуренция;

3) *малозначительные соглашения*, не оказывающие заметного воздействия на конкуренцию, — соглашения конкурентов, каждый из которых в отдельности, а также все они в совокупности, обладает незначительной рыночной долей и рыночной властью, при условии что их соглашение не является «жестким» картелем. В практике Евросоюза такими признаются соглашения компаний:

— если совокупная рыночная доля участников соглашения не превышает 10% на любом из соответствующих рынков, подвергающихся воздействию соглашения, в случае если соглашение заключается действительными или потенциальными конкурентами на любом из таких рынков (соглашение между конкурентами);

<sup>3</sup> Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. М., 1993. С. 255.

<sup>4</sup> В англоязычной юридической и экономической литературе такие соглашения принято обозначать термином *hard core cartel agreements*.

<sup>5</sup> Отношение Еврокомиссии к «жестким» картелям определено в *Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty (2004) OJ C101/97*.

— 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 неконкурентов<sup>6</sup>;

4) *соглашения, не оказывающие воздействия на конкуренцию*, либо соглашения, положительный социально-экономический эффект которых существенно 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 конкуренцию<sup>7</sup>.

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 этого вида соглашений, сформированными в большинстве юрисдикций, которые имеют антимонопольное законодательство:

— горизонтальные соглашения, которые являются «жесткими» картелями, запрещаются *per se*; административный орган или суд, применяющие такой запрет, не устанавливают вредоносное воздействие соглашения на конкуренцию, а запрещают его по формальным осно-

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> См. § 3 настоящей главы.

ваниям (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 века<sup>8</sup>. Потребность в дифференциации вытекала из необходимости определить процедуру применения судом общего запрета в отношении самых разнообразных соглашений. В пользу признания запрещенными *per se* как можно более широкого круга соглашений судьи и представители юридической общественности приводили следующие доводы<sup>9</sup>:

- 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 санкций — 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 антимонопольными органами и судами. Ведь исследование воздействия

---

<sup>8</sup> 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 году. 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.)

<sup>9</sup> Излагается с использованием работы Эрнеста Гелхорна и Вильяма Е. Ковасика «Анти-трестовское законодательство и экономика» (International Law Institute. 1995. С. 121).

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 антиконкурентное 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 должны учитывать лишь окончательный баланс, а именно прирост или уменьшение общественного благосостояния в результате реализации соглашения<sup>10</sup>.

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.

Равно убедительная аргументация сторонников и противников расширительного толкования перечня запрещенных *per se* соглашений привела к тому, что суды США, а следом и суды 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 года<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> См. дело *United States v. Socony-Vacuum Oil Co*, рассмотренное Верховным судом США в 1940 году.

Сегодня, как уже отмечалось выше, в большинстве стран — членов ОЭСР запрещенными *per se* признаются только «жесткие» картели. Применение запрета на антиконтурентные соглашения по российскому праву осуществляется сходным образом. В Российской Федерации к горизонтальным соглашениям применяются ч. 1 и 2 ст. 11 Федерально-го закона «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции).

*Статья 11. Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов*

1. Запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести:

1) к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), 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) экономически или технологически не обоснованному отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками), если такой отказ прямо не предусмотрен федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации;

5) 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);

6) экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

7) сокращению или прекращению производства товаров, на которые имеется спрос либо на поставки которых размещены заказы при наличии возможности их рентабельного производства;

8) созданию препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;

9) установлению условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях, если такие условия приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, а также к установлению необоснованных критериев членства, являющихся препятствиями для участия в платежных или иных системах, без участия в которых конкурирующие между собой финансовые организации не смогут оказать необходимые финансовые услуги.

1.1. Предусмотренные частью 1 настоящей статьи запреты не распространяются на вертикальные соглашения.

1.2. 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;

2) таким соглашением продавец товара предъявляет покупателю требование не допускать товар хозяйствующего субъекта — конкурента для продажи. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо фирменным наименованием продавца или производителя.

2. Запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего Федерального закона) или иные согласованные действия хозяйствующих субъектов, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

3. Физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям запрещается координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит или может привести к последствиям, указанным в части 1 настоящей статьи.

4. Хозяйствующий субъект вправе представить доказательства того, что заключенные им соглашения или осуществляемые им согласованные действия, предусмотренные частями 1 и 2 настоящей статьи, могут быть признаны допустимыми в соответствии со статьей 12 или с частью 1 статьи 13 настоящего Федерального закона.

Часть 1 ст. 11 устанавливает запрет исходя из объективного результата от реализации соглашения. Оно запрещается, если «приводит или может привести» к одному из последствий, перечисленных в этой части. Перечень последствий является закрытым; логично заключить, что законодатель счел любое из перечисленных последствий угрожающим конкуренции. Строго говоря, примененный в российском Законе критерий выделения антиконтурентных соглашений только по результату их воздействия на конкуренцию затрудняет формирование перечня запрещенных *per se* соглашений. В буквальном понимании он требует проверки каждого соглашения и установления возможной причинно-следственной связи между соглашением и ограничением конкуренции на соответствующем товарном рынке. Усложняет применение запрета и необходимость антимонопольной проверки соглашения на предмет *возможного* (когда соглашение «может привести...» к одному из перечисленных последствий) ограничения конкуренции проверяемым соглашением.

Можно ли в таком случае запретить какое-либо соглашение только по его формальным признакам? По своей формулировке ч. 1 ст. 11 в равной мере применяется ко всем видам соглашений (а не только горизонтальным) и не содержит однозначного указания на способ применения запрета (т.е. рассматриваются ли запрещенные в соответствии с ч. 1 соглашения как запрещенные *per se* либо как соглашения, к которым запрет применяется лишь после установления их негативного воздействия на конкуренцию). Отметим, что формирование перечня запрещенных *per se* соглашений было бы значительно проще, если бы российский законодатель придерживался формулировки ст. 81 Римского договора о создании ЕЭС: эта статья налагает запрет на соглашения, которые «имеют своей целью или результатом» указанные в статье вредоносные последствия для конкуренции. Указание на *цель* соглашения как на его формальный признак (выраженный в соглашении) позволяет полноценно применять запрет к антиконтурентным соглашениям без необходимости каждый раз выявлять результаты их воздействия на товарный рынок.

В конечном счете, *в российском, как и в общеевропейском, конкурентном праве именно административная и судебная практика определяют круг соглашений, запрещенных per se*. Сложившийся в настоящее время корпус судебных и административных решений показывает, что российские антимонопольные органы и суды признают именно «жесткие» картели запрещенными *per se*. По российскому праву «жесткими» картелями считаются соглашения, которые в соответствии с терминологией ч. 1 ст. 11 имеют своим результатом:

- установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;
- повышение, снижение или поддержание цен на торгах;
- раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков).

Формулировки п. 6 и 7 ч. 1 ст. 11 предполагают, что «жесткими» картелями по российскому праву не являются договоренности конкурентов о ценах, если в соответствии с соглашением конкуренты устанавливают *различные* цены на товар, либо договоренности конкурентов сократить или прекратить производство товара. Таким образом, по сравнению с принятым в европейском праве или праве США определением «жесткого» картеля в аналогичном российском определении сделано изъятие в части квотирования конкурентами производства товаров, а также изъятие в части договоренности конкурентов о цене. Закон о защите конкуренции устанавливает:

- соглашение конкурентов о цене может быть законно, если они договорились о разных ценах на товар и такая договоренность (установление цены по договоренности) экономически, технологически или иным образом обоснована;
- соглашение конкурентов о квотировании производства товара (в случае если они договорились о сокращении или прекращении производства товара) может быть законно, если у них отсутствует возможность рентабельного производства товара либо если на товар нет спроса или нет заказов на его поставки.

Оправданность такого рода изъятий требует самостоятельной оценки.

Соглашения конкурентов, имеющие своим результатом последствия, указанные в п. 4, 5, 8 и 9 ст. 11, антимонопольный орган или суд оценивает с применением «правила разумности».

Иные горизонтальные соглашения (т.е. соглашения, последствия которых не перечислены в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции), которые приводят к ограничению конкуренции, запрещены в силу ч. 2 ст. 11.

### **§ 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, которые не конкурируют между собой, один из



которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом.

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.

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 «жесткого» 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 аналогично «жесткому» 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 году, 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)<sup>12</sup>, окончательно сформировался подход, в силу которого *любые* вертикальные соглашения должны оцениваться *только* с применением «правила разумности». На протяжении XX века американская юстиция относилась к запрещенным *per se* различные виды вертикальных соглашений. В истории США был период, когда *любые*

<sup>12</sup> Значение и толкование этого решения Верховного суда США см.: <http://www.metrocorpounsel.com/current.php?artType=view&artMonth=September&artYear=2007&EntryNo=7135>

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, 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 обосновано 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 дистрибьюторов его товара друг с другом) только для того, чтобы увеличить продажи своего товара и усилить *межбрендовую* конкуренцию (конкуренцию между производителем и поставщиками товаров-заменителей)»<sup>13</sup>. 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».

Сегодня в антимонопольном законодательстве стран-членов ОЭСР нет запрещенных *per se* вертикальных соглашений. Судебная и админи-

---

<sup>13</sup> 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. 4<sup>th</sup> ed. N.Y.; Oxford: Oxford University Press, 2004.

стративная практика тоже убеждают в необходимости индивидуально оценивать воздействие на конкуренцию каждого вертикального соглашения.

**Российское антимонопольное законодательство устанавливает сложное регулирование вертикальных соглашений.** Во-первых, два вида таких соглашений запрещены per se ч. 1.2 ст. 11 Закона о защите конкуренции:

- соглашения, которые приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара;
- соглашения, которые содержат адресованный покупателю товара запрет торговать товаром, который является взаимозаменяемым с товаром, приобретаемым в соответствии с соглашением (данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо фирменным наименованием продавца или производителя).

Во-вторых, в силу ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции запрещены иные (не указанные в ч. 1.2 ст. 11) вертикальные соглашения, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции. Таким образом, для применения запрета в отношении вертикальных соглашений, которые не запрещены ч. 1.2 ст. 11, устанавливается «правило разумности».

В-третьих, установленные в ч. 1.2 и 2 ст. 11 запреты на антиконтентные соглашения не распространяются на вертикальные соглашения, которые соответствуют указанным в ст. 12 Закона о защите конкуренции условиям.

#### *Статья 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 не имеет аналогов в европейском или американском праве, то второе больше всего напоминает принятое в праве Евросоюза правило de minimis<sup>14</sup> в отношении соглашений. Напомним,

<sup>14</sup> 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.

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.

Наконец, ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции определяет, что допустимыми могут быть признаны иные вертикальные соглашения, которые запрещены в силу ч. 2 ст. 11, если такие соглашения соответствуют критериям, установленным в ст. 13. Антимонопольный орган или суд вправе признать допустимым единичное 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.

Закон о защите конкуренции наделяет Правительство Российской Федерации полномочием определять случаи допустимости соглашений и согласованных действий, 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 ст. 11 Закона о защите конкуренции соглашений и согласованных действий, вводятся на конкретный срок и предусматривают:

- 1) вид соглашения или согласованного действия;
- 2) условия, которые не могут рассматриваться как допустимые в отношении таких соглашений или согласованных действий;
- 3) обязательные условия для обеспечения конкуренции, которые должны содержаться в таких соглашениях;
- 4) обязательные условия, при которых такие согласованные действия являются допустимыми.

Общими исключениями могут предусматриваться также иные условия, которым должны соответствовать соглашения или согласованные действия, чтобы они могли быть признаны допустимыми.

Если заключенное участниками соглашение соответствует условиям, предъявляемым к такому соглашению общим исключением, соглашение не подпадает под установленный в ч. 2 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. Оно позволяет хозяйствующим субъектам, дабы избежать наказания за заключение соглашений, ограничивающих конкуренцию, 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 от характеристик самого соглашения).

Идея общих исключений, реализованная в российском антимонопольном законодательстве, практически аналогична так называемым *block exemptions* (общим исключениям) — актам Еврокомиссии, которые определяют формальные требования к соглашениям и к их участникам. Если эти требования соблюдены, стороны антиконкурентных соглашений не подвергаются наказанию, однако сами соглашения могут быть запрещены Еврокомиссией. Наиболее значимыми общими исключениями по европейскому праву являются:

- общее исключение в отношении вертикальных соглашений<sup>15</sup>;

<sup>15</sup> 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.

— 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 автомобилей<sup>16</sup>;

— общие исключения в отношении горизонтальных соглашений<sup>17</sup> о специализации и/или совместном проведении НИОКР;

— общие исключения в отношении соглашений о передаче технологии, услуг авиационной перевозки, соглашений в сфере страхования.

Еврокомиссия приступила к изданию общих исключений в 1993 году. В период с 1962 по 1987 год 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.

Корпус российских общих исключений начал формироваться в 2008 году. По состоянию на 1 января 2011 года Правительство Российской Федерации издало общие исключения, касающиеся:

- соглашений между кредитными и страховыми организациями<sup>18</sup>;
- вертикальных соглашений<sup>19</sup>;
- соглашений о совместном проведении НИОКР<sup>20</sup>.

Общие исключения, касающиеся вертикальных соглашений, а точнее, соглашений между *покупателями и продавцами*, говорят о том, что допустимыми могут быть как вертикальные соглашения<sup>21</sup>, так и отдельные 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 приоб-

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Утверждены постановлением Правительства РФ от 30.04.2009 № 386.

<sup>19</sup> Утверждены постановлением Правительства РФ от 16.07.2009 № 583.

<sup>20</sup> Утверждены постановлением Правительства РФ от 16.07.2009 № 583.

<sup>21</sup> Напомним, что вертикальными являются соглашения, которые, помимо прочих условий, заключаются *не конкурирующими друг с другом* приобретателем товара и его продавцом.

ретенный 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, являющийся 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 научных 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 антиконтурентные согласованные действия. Особенности применения

Закон о защите конкуренции расширяет терминологический аппарат антимонопольного законодательства, в том числе в части описания видов антиконтурентного поведения. Так, Закон вводит определение различных по своему содержанию понятий «соглашение»<sup>22</sup> и «согласованные действия» хозяйствующих субъектов на товарном рынке.

Следует отметить, что в Законе РСФСР от 22.03.1991 № 948-I «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» содержались термины «соглашение» и «согласованные действия», однако не было дано их определения, 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) 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 антиконтурентного 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 из них) поведение независимых хозяйствующих субъектов*. В случае согласованных действий предсказуемость является и сознательной целью действий хозяйствующих

<sup>22</sup> Определение понятия «соглашение» см. в § 4 гл. 3 настоящего учебника.

щих субъектов, и причиной выбора каждым из них строго определенной модели поведения на товарном рынке.

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 обязательства 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 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 этим 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. 2 ч. 1 ст. 8 было определено, что одним из условий признания действий хозяйствующих

субъектов согласованными<sup>23</sup> 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.

Согласно Закону о защите конкуренции *согласованные действия, как и соглашения между хозяйствующими субъектами, запрещаются, если они приводят к последствиям, указанным в ч. 1 ст. 11 Закона*. К числу таких последствий относятся: установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок; повышение, снижение или поддержание цен на торгах; раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков).

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 году 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*»<sup>24</sup>. Наиболее распространенный признак 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 осно-

<sup>23</sup> Определение согласованных действий, данное в Законе о защите конкуренции, см. в § 4 гл. 3 настоящего учебника.

<sup>24</sup> *Дэйвис К.* Право Европейского союза. Киев: Знання, 2005. С. 356.

ван на соглашении как таковом, хотя и приводит к аналогичным негативным последствиям для конкуренции»<sup>25</sup>.

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 авиакомпании разместят на одном сайте информацию о планируемых на следующее 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 перевозок<sup>26</sup>.

Административная и судебная практика по случаям антиконкурентных 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 связаны только с оценкой поведения конкурентов на одном рынке;

- лица, являющиеся сторонами вертикального соглашения либо состоящие в иных отношениях, не рассматривались антимонопольными органами в качестве участников согласованных действий;

---

<sup>25</sup> *Bishop S., Walker M. The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. 2<sup>nd</sup> ed. Sweet&Maxwell, 2002. P. 139–140.*

<sup>26</sup> См. приложение 2 к настоящей главе.

- чтобы действия были признаны согласованными, должен быть доказан факт аномально 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);

- чтобы согласованные действия были признаны незаконными, в соответствии со ст. 11 Закона о защите конкуренции их результат должен быть тождествен результатам реализации антиконтентного соглашения.

Наконец, *следует различать согласованные действия и коллективное доминирующее положение*<sup>27</sup> 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.

---

## Основные понятия

---

- *Горизонтальные соглашения*
- *Вертикальные соглашения*
- *«Жесткий» картель*
- *Соглашение, запрещенное per se*
- *Оценка соглашений с применением «правила разумности»*
- *Общие исключения (block exemptions)*

---

<sup>27</sup> Подробнее о коллективном доминирующем положении см. в гл. 5.

- *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 года (далее — Уложение) — первый систематизированный свод уголовного законодательства Российской империи. В нем было установлено три состава преступления, касающиеся 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 пятидесяти до двухсот рублей.*

*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 года 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, тайное условие и самый круг, обязавшийся поддерживать друг друга<sup>28</sup>. В XIX веке стачки имели место в различных отраслях торговли и промышленности. Например, сговор поставщиков рельсов для строительства Транссибирской железной дороги, картели виноторговцев в Сибири, совместное регулирование цен на минеральное топливо синдикатом «Продуголь» и др.*

*Что касается ст. 1619 Уложения (в редакции 1885 года — 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»<sup>29</sup>.*

*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 на защиту не только 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. White<sup>30</sup> (извлечение))**

*Роберт Гертнер в неопубликованной рукописи 1994 года (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.*

---

<sup>28</sup> См.: Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. М.: Русский язык, 1999. Т. 4. С. 314.

<sup>29</sup> Впоследствии ст. 1615 была переименована в ст. 1180. В редакции Уложения от 1885 года наказание было изменено — было установлено только максимальное наказание в пятьсот рублей. Изменялось наказание за данное преступление и в дальнейшем.

<sup>30</sup> The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy / ed. by J.E. Kwoka, Jr., L.J. White. 4<sup>th</sup> ed. N.Y.; Oxford: Oxford University Press, 2004. С. 236–237.



*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 определенных 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 авиакомпании и отличаются 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 антимонопольного 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).*

## Глава 7

# Регулирование антимонопольным законодательством деятельности органов государственной власти, органов местного самоуправления и иных органов

---

## § 1. Общая характеристика и виды норм антимонопольного законодательства, адресованных органам государственной власти, органам местного самоуправления и иным органам

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 публичной власти) (ст. 1 Закона о защите конкуренции).

Отечественное антимонопольное законодательство изначально выделяло особый вид монополистической деятельности — действия и соглашения органов публичной власти, ограничивающих конкуренцию<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> 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.

а затем данные действия и соглашения были выделены в отдельную группу антимонопольных запретов, адресованных органам публичной власти<sup>2</sup>. Кроме того, последние тенденции в развитии антимонопольного законодательства свидетельствуют о появлении новой группы обязывающих норм, адресованных органам публичной власти. Данные нормы определяют порядок заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества и предоставления государственной или муниципальной преференции.

В деятельности антимонопольных органов значительное число рассматриваемых дел о нарушениях антимонопольного законодательства связано именно с нарушениями и несоблюдением федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления запрещающих и обязывающих норм антимонопольного законодательства. Наиболее распространенными из них являются действия органов публичной власти, связанные с принятием актов, совершением действий, которые необоснованно препятствуют осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами, вводят ограничения в отношении создания хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности.

Закон о защите конкуренции выделяет *две группы (два вида) норм, адресованных органам публичной власти.*

**1. Запрещающие нормы (нормы-запреты)** содержатся в ст. 15 и 16 Закона о защите конкуренции. В конструкции данных норм содержится общий запрет на принятие актов и совершение органами публичной власти действий, негативно влияющих на конкуренцию, а также определяется перечень действий органов публичной власти, которые в силу закона являются негативными для конкуренции.

Так, ст. 15 Закона о защите конкуренции:

- запрещает органам публичной власти принимать акты и осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции (ч. 1);
- запрещает наделять органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления полномочиями,

---

<sup>2</sup> 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 раздел 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.

осуществление которых приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции (ч. 2);

- запрещает совмещение функций органов публичной власти 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 публичной власти, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции;

- запрещает соглашения между органами публичной власти и хозяйствующими субъектами;

- запрещает органам публичной власти осуществлять согласованные действия, если они приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

**2. Обязывающие нормы** (ст. 17.1, 18, 19, 20, 21) возлагают на органы публичной власти обязанность совершать действия определенного содержания.

Статья 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).

Статья 18 Закона о защите конкуренции:

- регламентирует особенности отбора финансовых организаций федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, государственными внебюджетными фондами, субъектами естественных монополий;

- 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 нужд<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> 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.

Статьи 19, 20, 21 Закона о защите конкуренции:

- содержат закрытый перечень целей, в соответствии с которыми федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъекта Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные органы или организации, осуществляющие функции указанных органов, могут предоставить государственные и муниципальные преференции;

- устанавливают порядок предоставления таких преференций;
- оговаривают случаи изъятия из этих норм;
- определяют последствия нарушения требований о предоставлении преференций.

Нарушение указанных норм-запретов или несоблюдение обязывающих норм органами публичной власти образуют составы нарушений антимонопольного законодательства. Квалификацию действий органов публичной власти осуществляет антимонопольный орган в рамках рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Раскрытие общего содержания указанных норм, вне зависимости от их вида, 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 публичной власти являются публичные интересы, связанные с конституционными гарантиями свободного перемещения товаров, работ и услуг, единства экономического пространства, свободы экономической деятельности.

Адресованные хозяйствующим субъектам нормы антимонопольного законодательства, нарушение которых образует составы правонарушений, предусматривают в качестве последствий конкретных действий не только негативное влияние на конкуренцию, но и ущемление интересов иных лиц. В отличие от этих норм составы нарушений антимонопольного законодательства, субъектом которых выступают органы публичной власти, не предусматривают негативных последствий для интересов каких-либо лиц (хозяйствующих субъектов, граждан).

Таким образом, цель регулирования деятельности органов публичной власти антимонопольным законодательством — защита основ конкурентных отношений, складывающихся на товарных рынках, т.е. защита публичных интересов.

Антимонопольные органы, пресекая антиконкурентные действия и признавая несоответствующими антимонопольному законодательству акты органов публичной власти, тем самым восстанавливают условия конкуренции на отдельных товарных рынках, на которые указанные действия и акты негативно влияют. При этом часто основанием для возбуждения антимонопольным органом дел в отношении органов публичной власти являются обращения и заявления конкретных хозяйствующих субъектов — участников товарного рынка. По итогам рассмотрения дел антимонопольный орган выносит предписание органу публичной власти: прекратить антиконкурентные действия, отменить или изменить антиконкурентный акт, тем самым восстанавливая 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, государственный внебюджетный фонд, Центральный банк Российской Федерации.

**Субъективная сторона** как элемент нарушения антимонопольного законодательства органами публичной власти не требует доказательств вины нарушителя, так как законодатель в данных категориях дел исходит из принципа обязательности соблюдения органами публичной власти действующего законодательства, а специфика субъекта — органа публичной власти — априори отличает его форму вины от форм вины, свойственной физическим лицам.

Определение **объективной стороны** состава антимонопольного правонарушения является наиболее трудоемким процессом в формировании антимонопольным органом доказательственной базы, поскольку для этого необходимо 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.

Запретительные нормы ст. 15 и 16 Закона о защите конкуренции содержат, помимо общего запрета, перечень конкретных действий, совершение которых, по мнению законодателя, негативно влияет на конкуренцию. Антимонопольный орган, определяя объективную сторону при квалификации таких составов, должен доказать только факт совер-

шения органом публичной власти одного или нескольких из перечисленных в статье действий.

В силу п. 3 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган вправе выдавать обязательные для исполнения предписания 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. Федеральному органу исполнительной власти по рынку ценных бумаг и Центральному банку Российской Федерации антимонопольный орган согласно п. 4 ч. 1 ст. 23 направляет предложения, содержание которых определено данной нормой.

## **§ 2. Запреты антимонопольного законодательства, адресованные органам публичной власти**

1. Запрет органам публичной власти принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции

В соответствии с ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции *субъектами* данной нормы-запрета являются:

- 1) федеральные органы исполнительной власти;
- 2) органы государственной власти субъектов Российской Федерации;
- 3) органы местного самоуправления;
- 4) иные органы или организации, осуществляющие функции указанных органов;
- 5) государственные внебюджетные фонды;
- 6) Центральный банк Российской Федерации.

Эта запретительная норма распространяется как на представительные, так и на исполнительные органы государственной власти субъекта Российской Федерации.

Адресатом запретов, установленных ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции, являются исполнительно-распорядительные, представительные и иные органы местного самоуправления. Свою позицию в отношении правоприменительной практики по определению таких субъектов



нарушения запретительных норм антимонопольного законодательства высказал Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации<sup>4</sup>. 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»<sup>5</sup> 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.

Важно отметить, что хозяйствующие субъекты, которым предоставляется приоритетный доступ к информации, а также государственная или муниципальная преференция, не относятся к субъектам, нарушающим установленные в ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции запреты. Субъектами нарушения в данном случае являются органы публичной власти, предоставившие приоритетный доступ к информации и/или преференцию в нарушение порядка, установленного законом.

*Объективную сторону* нарушения ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции указанными органами публичной власти составляют принятие актов и/или осуществление действий (бездействия), которые:

1) имеют своим последствием недопущение, ограничение или устранение конкуренции (или существует вероятность наступления такого последствия);

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

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

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;

е) предоставляют хозяйствующему субъекту доступ к информации в приоритетном порядке;

ж) предоставляют государственные или муниципальные преференции в нарушение порядка, установленного гл. 5 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции принятие актов, осуществление действий (бездействия), имеющих негативные последствия для конкуренции, допустимо, если это предусмотрено федеральными законами.

Данное исключение корреспондирует ч. 2 и 3 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. Таким образом, орган публичной власти может принять акт и (или) осуществить действие (бездействие), нарушающие запреты, установленные ч. 1 ст. 15 Закон о защите конкуренции, только если соответствующее полномочие определено федеральным законом, принятым в целях, указанных в ч. 2 и 3 ст. 1 ГК РФ.

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 пове-

дения 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 РФ.

Если нормативный акт принят за пределами компетенции конкретного органа публичной власти и это привело к негативным последствиям для конкуренции (или если нормативный акт принят в пределах компетенции, но привел к поименованным в ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции конкретным формам ограничения конкуренции), налицо нарушение антимонопольного законодательства.

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 конкретного органа публичной власти определяется в нормативном акте, регулирующем его деятельность.

Однако органы власти, издавая распорядительные 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 такой акт не может порождать права и обязанности у неопределенного круга лиц. Хозяйствующие субъекты не обязаны в своей экономической деятельности руководствоваться данными «лженормативными» положениями. Нарушение рассматриваемого антимонопольного запрета будет иметь место, если орган публичной власти будет совершать действия, понуждающие хозяйствующих субъектов исполнять «лженормативные» положения распорядительного акта, приводящие к последствиями, указанными в ч. 1 ст. 15.

Как уже отмечалось, законодатель указал закрытый перечень действий органов публичной власти, составляющих объективную сторону состава ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции, в отношении которых презюмируется наступление негативных последствий для конкуренции.

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 публичной власти может нарушить, например, если установит требования к организационно-правовой форме хозяйствующих субъектов, осуществляющих отдельные виды деятельности. Зачастую, выдвигая такие требования, орган публичной власти 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 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 также 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 публичной 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 публичной власти 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 това-

ры местных производителей органы публичной власти устанавливают ограничения на покупку местными приобретателями необходимых им товаров из других регионов.

Вводя данные запреты и ограничения, органы публичной власти нарушают базовые конституционные принципы (ст. 8 и 74 Конституции РФ) и основные начала гражданского законодательства (п. 3 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 органов публичной власти компетенции на издание подобного рода актов и в силу законодательно закрепленной формы акта, которым могут быть введены подобные ограничения, принятие актов и совершение действий (бездействия) 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 публичной власти зачастую устанавливают административные ограничения на предпринимательскую деятельность хозяйствующих субъектов, хотя такие действия, как правило, не предусмотрены федеральным законодательством и (или) не отнесены к компетенции органов публичной власти. В частности, органы публичной власти могут устанавливать требования к хозяйствующим субъектам или выпускаемым ими товарам, не предусмотренные законодательством Российской Федерации.

Рассмотрим пример такого ограничения. Правительство Москвы<sup>6</sup> 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 первого необоснованно благоприятствующие условия деятельности, которые могли повлечь ограничение конкуренции на рынке.

<sup>6</sup> См.: Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 11 / под ред. В.Ф. Яковлева М.: Юридическая литература, 2004. С. 157.

Кроме того, орган публичной власти определил для транспортных организаций города конкретного контрагента (посредника) — ГУП и лишил их возможности самостоятельно выбирать потенциальных рекламодателей и рекламопроизводителей. Такие действия органов публичной власти были 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).

Органы власти, 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. Соответственно, в целях соблюдения принципов равенства участников гражданского оборота, свободы договора, беспрепятственного осуществления гражданских прав, установленных ч. 1 и 2 ст. 1 ГК РФ, органам публичной власти 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 публичной власти, несоблюдение которых негативно влияет на конкуренцию между хозяйствующими субъектами, является запрет наделять хозяйствующих субъектов функциями и правами органов публичной власти. Он не позволяет органам публичной власти 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 другими участниками рынка.

Примером несоблюдения такого запрета может служить постановление главы администрации Сочи<sup>7</sup>. 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 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 публичной власти

Данный запрет (ст. 16 Закона о защите конкуренции) касается соглашений между органами публичной власти и соглашений между органами публичной власти и хозяйствующими субъектами, а также осуществления органами публичной власти 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);

<sup>7</sup> Дело № А32-23959/2008-4/402 Арбитражного суда Краснодарского края. URL: <http://kad.arbitr.ru/?id=6ef65b22-3518-44c1-89b7-241c65a65089>

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 РФ 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»<sup>8</sup>.

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 потребителей снижаются, в чем состоит несомненная выгода последних. Из-

---

<sup>8</sup> СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1104.



держки, 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 работают 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, насколько сильно влияет такое соглашение на состояние 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 рынке<sup>9</sup>.

Действующий Закон о защите конкуренции закрепил преемство норм ст. 7 Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-І «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»<sup>10</sup> (далее — Закон РСФСР № 948-І). В них органам публичной власти также запрещалось принимать акты и совершать ограничивающие конкуренцию действия, в том числе необоснованно предоставлять хозяйствующим субъектам льготы, которые ставят их в преимущественное положе-

<sup>9</sup> Закон о защите конкуренции ввел понятие «государственная и муниципальная помощь», а также урегулировал порядок, условия ее предоставления и определил правовые последствия нарушения данных норм.

<sup>10</sup> 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.

ние по отношению к другим хозяйствующим субъектам, работающим на рынке того же товара.

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, расширена в гл. 5 (ст. 19, 20 и 21) новыми квалификационными элементами, связанными с понятием «государственная и муниципальная помощь», и тем самым трансформировала прежнюю норму о запрете предоставления льгот хозяйствующим субъектам. Позднее<sup>11</sup> понятие «государственная и муниципальная помощь» было заменено понятием «государственная и муниципальная преференция».

**Государственная или муниципальная преференция** — 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 (п. 20 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Дефиниция государственной и муниципальной преференции 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 государственную или муниципальную преференцию, 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 государственные внебюджетные фонды и Центральный банк Российской Федерации<sup>12</sup>.

Субъектами — получателями преференций выступают хозяйствующие субъекты, действующие на разных товарных рынках.

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Далее термин «органы публичной власти» не включает государственные внебюджетные фонды и Центральный банк Российской Федерации.

Запрещающая норма Закона РСФСР № 948-І, адресованная органам власти, о недопустимости предоставления льгот хозяйствующим субъектам непосредственно не была включена в текст ст. 15 Закона о защите 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 (п. 1 ст. 19) и прошедших процедуру предварительного согласования с антимонопольным органом (п. 3 ст. 19, п. 1, 4 ст. 20);

2) в целях, перечисленных в Законе (п. 1 ст. 19), а также:

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 (п. 3 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 государственной и муниципальной преференции (п. 20 ст. 4);

2) дан закрытый перечень действий, которые не являются предоставлением преференции (ч. 4 ст. 19);

3) перечислены конкретные цели, 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—3 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 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 сферы, 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, 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.

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*<sup>13</sup>. 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. Если выявлены факты несоответствия использования преференции целям, 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 го-

<sup>13</sup> 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.

сударственного 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, предусмотренные антимонопольным законодательством**

Особенностью обязывающих норм антимонопольного законодательства, которые регламентируют заключение договоров в отношении государственного и муниципального имущества, отличающей их от запретительных норм, адресованных органам публичной власти, 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). Кроме того, адресатами этих обязывающих норм являются иные участники гражданского оборота, получившие права владения и (или) пользования государственного или муниципального имущества (как закрепленного, так и не закрепленного на праве хозяйственного ведения или оперативного управления) на основании договора, заключенного по результатам проведения торгов (ч. 4 ст. 17.1).

Определенные трудности в правоприменительной практике вызывает соотношение положений ст. 17.1 Закона о защите конкуренции и норм, определяющих 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 публичной власти. 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. Отсутствие публичных процедур получения прав владения и (или) пользования публичной собственностью может давать конкурентные преимущества отдельным хозяйствующим субъектам и нарушать равные условия осуществления деятельности хозяйствующими субъектами на товарных рынках. Учитывая это, законодатель счел целесообразным включить нормы, регламентирующие публичный порядок распоряжения публичной собственностью, в состав антимонопольного, а не гражданского законодательства.

**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 положений 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, авто-

номной области, автономного округа, а также сделки с муниципальным имуществом, составляющим муниципальную казну соответствующего городского, сельского поселения или другого муниципального образования.

Адресатом указанной обязывающей нормы выступают публичные собственники — Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования. 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, установленных 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 отношении 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, государственным корпорациям, государственным компаниям;

4) образовательным учреждениям независимо от их организационно-правовых форм и медицинским учреждениям частной системы здравоохранения;

5) для размещения объектов почтовой связи;

6) в порядке, установленном для предоставления государственной или муниципальной преференции, а также 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 муниципального 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.

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 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. Оно касается государственного или муниципального имущества государственных образовательных учреждений высшего профессионально-

го образования (в том числе тех, которые созданы государственными академиями наук) или муниципальных образовательных учреждений высшего профессионального образования, государственных научных учреждений (в том числе тех, которые созданы государственными академиями наук).

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.

Новеллой для российского антимонопольного законодательства стала и ***гражданско-правовая норма, адресованная хозяйствующим субъектам, которые на торгах приобрели*** на основании договоров с органами государственной власти, органами местного самоуправления или лицами, обладающими вещными правами на публичную собственность, ***права владения или пользования помещением, зданием, строением или сооружением*** (ч. 4 ст. 17.1).

Для них предусмотрена возможность без проведения торгов передать третьим лицам права владения и (или) пользования в отношении части или частей помещения, здания, строения или сооружения, которая не превышает 10% площади помещения, здания, строения или сооружения, права на которые были ему предоставлены, и составляет более 20 кв. м.

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 № 67<sup>14</sup>.

---

## Основные понятия

---

- *Запретительные и обязывающие нормы антимонопольного законодательства, адресованные органам публичной власти*
- *Государственная и муниципальная преференция*
- *Порядок заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества*

---

## Вопросы для обсуждения

---

1. Какие виды норм антимонопольного законодательства адресованы органам публичной власти? В чем их отличие друг от друга?
2. Перечислите наименования норм антимонопольного законодательства, адресованных органам публичной власти.
3. Назовите объект состава нарушений антимонопольного законодательства, адресованных органам публичной власти.
4. В чем различия между объективной стороной составов нарушений антимонопольного законодательства, допущенных хозяйствующими субъектами, и аналогичных нарушений со стороны органов публичной власти с точки зрения правовых последствий квалифицируемых действий?
5. Перечислите основные формальные составы ст. 15 Закона о защите конкуренции.

---

<sup>14</sup> 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.

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?

## Глава 8

# 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.

*Одной из основ конституционного строя России, как уже отмечалось выше, является единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности* (ст. 8 Конституции РФ). Данное положение Конституции гарантирует каждому участнику рыночных отношений возможность самостоятельной деятельности, вид и пределы которой определяет только он сам. Вмешательство государства, необоснованно ограничивающее самостоятельность участника рыночных отношений, не допускается.

Для реализации указанного принципа ст. 34 Конституции гарантирует право каждого свободно использовать свои способности и имущество в предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Таким образом, в России сформирована правовая основа, гарантирующая свободу экономической деятельности и невмешательство в нее государства.

*Провозглашая экономическую и правовую свободу участников рыночных отношений, государство запрещает экономическую деятельность, направленную на недобросовестную конкуренцию* (ч. 2 ст. 34 Конституции РФ). 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 того чтобы правильно определить существо запрета на недобросовестную конкуренцию, необходимо проникнуть в суть самого этого понятия.

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»<sup>1</sup>. В.И. Даль определяет 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 года актом недобросовестной конкуренции признается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

Российское законодательство развивает указанную дефиницию. Еще раз повторим 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* (п. 9 ст. 4).

Такое определение недобросовестной конкуренции акцентирует внимание на поведении хозяйствующих субъектов, из чего можно сделать вывод: в отличие от конкуренции<sup>2</sup>, понимаемой как *состояние рынка*, недобросовестная конкуренция — это *результат поведения* конкретного хозяйствующего субъекта (или нескольких хозяйствующих субъектов) на рынке. Учитывая, что законодательство Российской Федерации запрещает недобросовестную конкуренцию и устанавливает за нее юридическую ответственность хозяйствующих субъектов и их должностных лиц, *недобросовестная конкуренция является не чем иным, как противоправным деянием конкретных участников рыночных отно-*

---

<sup>1</sup> Толковый словарь русского языка / под ред. С.И. Ожегова, Н.Ю. Шведовой. М., 1997. С. 403.

<sup>2</sup> Детальный анализ понятия конкуренции, его правовых и экономических аспектов приводится в гл. 1 настоящего учебника.

*шений*. Акт недобросовестной конкуренции всегда адресно направлен против конкурента и, как правило, не оказывает воздействия на состоящие конкуренции в масштабах рынка в целом.

**Признаки недобросовестной конкуренции** — существенные элементы, позволяющие квалифицировать действие (бездействие) хозяйствующего субъекта в качестве акта недобросовестной конкуренции. Они таковы:

1) хозяйствующий субъект совершает действия (его поведение активно);

2) его действия противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;

3) цель этих действий — приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности;

4) эти действия причиняют либо способны причинить убытки или ущерб деловой репутации участников рынка.

Рассмотрим особенности каждого из приведенных признаков недобросовестной конкуренции.

1. 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 выразиться в том, что предприниматель умалчивает об отдельных характеристиках своего товара, из-за чего у потребителей формируется искаженное представление о его потребительских свойствах.

Вывод: несмотря на то что легальное определение недобросовестной конкуренции указывает лишь на действие, бездействие тоже следует рассматривать как форму поведения, являющегося недобросовестной конкуренцией.

Немаловажно указание на то, что действие (поведение) совершается хозяйствующим субъектом, т.е. индивидуальным предпринимателем, коммерческой организацией, а также некоммерческой организацией, осуществляющей деятельность, приносящую ей доход. 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.

2. Действия хозяйствующего субъекта признаются недобросовестной конкуренцией лишь в случае, если они противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

Нужно учитывать, что каждый из этих признаков может быть использован в отдельности. Иными словами, 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 ГК РФ обычаям 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. Обычаи делового оборота применяются, если они не противоречат положениям законодательства Российской Федерации и гражданско-правового договора.

Нужно также учитывать, что действующее законодательство не определяет термины «добропорядочность», «разумность», «справедливость», поэтому они применяются в соответствии с их общим значением в русском языке. Например, термин «добропорядочный» толкуется как «приличный, достойный одобрения, порядочный». Термин «порядочный», в свою очередь, как «честный и соответствующий принятым правилам поведения»<sup>3</sup>.

Категории «разумность» и «справедливость» отражают различные моральные принципы и при этом должны распространяться на предпринимательскую деятельность, поскольку правила поведения (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. Они в значительной мере обусловлены теми представлениями, которые сложились в обществе относительно существа и характера экономических отношений в определенный исторический отрезок времени. По

---

<sup>3</sup> Толковый словарь русского языка / под ред. С.И. Ожегова, Н.Ю. Шведовой.



мере изменения таких представлений меняются и требования к поведению хозяйствующих субъектов.

Как правило, действия, противоречащие законодательству Российской Федерации, одновременно противоречат и требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, поскольку действия, нарушающие закон, не могут не идти 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. Например, недобросовестные действия по приобретению и использованию исключительных прав на товарный знак могут быть признаны недобросовестной конкуренцией даже в случае, если эти действия произведены в полном соответствии с требованиями гражданского законодательства.

Действия, которые хозяйствующий субъект обязан совершить в силу требований закона, не могут быть признаны противоречащими требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

3. Недобросовестной конкуренцией действия хозяйствующего субъекта могут быть признаны только в том случае, если их цель — 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, если бы нарушитель (хозяйствующий субъект, осуществляющий недобросовестные действия) не совершил таких действий, он не получил бы данных преимуществ.

4. Еще одним признаком недобросовестной конкуренции является причинение вреда другому хозяйствующему субъекту — конкуренту. Этот вред может выражаться в убытках, которые терпит конкурент, и в ущербе его деловой репутации.

Важно отметить, что закон не определяет понятия хозяйствующего субъекта — конкурента, который из-за недобросовестных действий тер-

пит убытки или деловой репутации которого наносится ущерб. Однако, как мы уже отмечали ранее, таким субъектом является лицо, производящее и (или) реализующее однородные с нарушителем товары.

Статья 15 ГК РФ гласит, что убытками являются:

- расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно произвести для восстановления нарушенного права;
- утрата или повреждение имущества (реальный ущерб);
- неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

В большинстве случаев недобросовестной конкуренции убытки хозяйствующих субъектов — конкурентов выражаются в форме *упущенной выгоды (неполученных доходов)*. Потенциальные покупатели отказываются заключать договора с хозяйствующим субъектом, в результате он не получает тех доходов, на которые мог рассчитывать в процессе нормального гражданского оборота.

В некоторых случаях убытки в результате недобросовестной конкуренции могут выражаться в виде *прямого действительного ущерба*.

Недобросовестная конкуренция может также 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 из-за недобросовестных действий его конкурента, ухудшение такого мнения, снижение доверия к лицу со стороны покупателей или контрагентов и т.д.

Во всех названных случаях для того, чтобы действия хозяйствующего субъекта были признаны недобросовестной конкуренцией, достаточно одной лишь возможности наступления последствий в виде убытков или ущерба деловой репутации — доказательств реального вреда не требуется.

Итак, *недобросовестной конкуренцией могут быть признаны действия лица (хозяйствующего субъекта), в отношении которых подтверждены все четыре указанных признака*. Отсутствие любого из них исключает возможность квалифицировать такие действия как недобросовестную конкуренцию.

## § 2. Формы недобросовестной конкуренции

Недобросовестная конкуренция является фактором, способным ограничить конкуренцию и причинить вред хозяйствующим субъектам-конкурентам. Поэтому законодательство Российской Федерации од-

нозначно запрещает экономическую деятельность, направленную на недобросовестную конкуренцию (ч. 2 ст. 34 Конституции РФ).

Недобросовестная конкуренция проявляется в различных формах. Основой для их определения в российском антимонопольном законодательстве являются положения международного права. Так, п. 3 ст. 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 года относит к числу форм недобросовестной конкуренции:

1) все действия, которые могут каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов либо промышленной или торговой деятельности конкурента;

2) ложные утверждения, способные дискредитировать предприятие, продукты либо промышленную или торговую деятельность конкурента;

3) указания или утверждения, которые могут 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 удобства правоприменения отдельные ее формы. В результате эффективность пресечения таких действий повышается, поскольку антимонопольным органам и судам не приходится доказывать отдельные элементы недобросовестной конкуренции.

Закон о защите конкуренции выделяет шесть основных форм недобросовестной конкуренции, оставляя их перечень открытым.

**1. Распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации.** Эта форма недобросовестной конкуренции связана с распространением информации, т.е. с активными действиями нарушителя по сообщению сведений третьим лицам.

Закон о защите конкуренции не указывает, до каких лиц могут быть доведены ложные, неточные или искаженные сведения. Однако с учетом того, что такие действия можно отнести к недобросовестной конкуренции лишь при условии, что распространение сведений 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. Следовательно, если ложные, неточные или искаженные сведения о товарах или деятельности определенного хозяйствующего субъекта сообщены непосредственно ему самому, это не будет являться недобросовестной конкуренцией.

Для квалификации действий в качестве недобросовестной конкуренции по указанному основанию необходимо, чтобы нарушитель со-

общил ложные, неточные или искаженные сведения третьим лицам. Количество таких лиц не имеет существенного значения для установления факта правонарушения, но может быть важным при определении размера убытков потерпевшего лица (например, при установлении количества покупателей, которые, получив ненадлежащие сведения о хозяйствующем субъекте, отказались заключать с ним договора).

Как правило, такие сведения сообщают потребителям, которые в итоге отказываются заключать договор с предпринимателем, делая выбор в пользу его недобросовестного конкурента.

Закон о защите конкуренции не предъявляет требований к форме распространения ложных, неточных или искаженных сведений. Они могут быть доведены до сведения третьих лиц путем размещения в СМИ, на интернет-сайтах, посредством публичного выступления, распространения рекламы или иным способом. Однако если ложные, неточные или искаженные сведения были распространены в рекламе, то в отношении лица, распространившего такие сведения, применяются санкции, предусмотренные законодательством Российской Федерации о рекламе: 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 хозяйствующего субъекта либо нанести ущерб его деловой репутации, Закон о защите конкуренции выделяет три ее формы: ложную, неточную или искаженную. Каждая из них свидетельствует о том, что информация не соответствует действительности. И если в первых двух случаях речь идет о распространении заведомо недостоверных сведений, то искаженная информация может представлять собой изначально достоверные сведения, вырванные из определенного контекста, из-за чего они и были неправильно восприняты третьими лицами. В то же время *достоверная информация, подрывающая доверие к хозяйствующему субъекту, не может быть признана актом недобросовестной конкуренции.*

Ниже приводятся несколько примеров, свидетельствующих об особенностях проявления данной формы недобросовестной конкуренции.

По заявлению ООО «Завод Д» антимонопольный орган возбудил дело в отношении ООО «Донат» по факту размещения последним на своем официальном сайте в сети Интернет информационной статьи под заголовком «Независимая экспертиза нового факта мошенничества». В статье шла речь об исполнении ООО «Завод Д» договорных обязательств перед предприятием-производителем металлоизделий при поставке ему электромагнита (в нем вместо медного провода обмоточной катушки был использован алюминиевый).

Антимонопольный орган установил, что ООО «Завод Д» и ООО «Донат» производят грузоподъемное электромагнитное оборудование 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 предприятие, продавая алюминиевые электромагниты вместо медных, обманывает потенциальных покупателей и тем самым причиняет им ущерб, а 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-производителем металлоизделий и ООО «Завод Д» из-за ненадлежащего исполнения последним договора поставки электромагнита, в обмоточной катушке которого вместо медного провода был использован алюминиевый. Эти сведения стали известны ООО «Донат» в процессе ремонта данного электромагнита. «Завод Д» продал свой товар предприятию-производителю металлоизделий на основании договора, заключенного по итогам торгов, в которых также принимало участие (но проиграло) ООО «Донат».

Антимонопольный орган установил, что ООО «Завод Д» не отрицает факта поставки электромагнита, не соответствующего условиям договора. Случай такой поставки был единичным и произошел из-за ошибки сотрудников ООО «Завод Д» (ненадлежащей маркировки товара), за что последние привлечены к дисциплинарной ответственности. Инцидент между ООО «Завод Д» и предприятием-производителем металлоизделий был урегулирован мирным путем, покупатель не имеет претензий к поставщику. 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 на официальном сайте ООО «Донат» в сети Интернет, искажены и могут 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 неопределенного числа граждан письмо за подписью главного инженера филиала №1 Общества Иванова Н.И. В этом письме ОАО «Гороблгаз» обращало внимание граждан на неправомерность действий ЗАО «Витогаз» при подключении (врезке) 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: целью распространения информации о «неправомерности действий ЗАО «Витогаз»» было создание негативного отношения к ЗАО «Витогаз» — конкуренту ОАО «Гороблгаз». Потенциальные клиенты могли воспринять указанные в письме сведения как информацию о некачественной работе ЗАО «Витогаз», его стремлении обмануть потребителей и получить преимущества при осуществлении предпринимательской деятельности на рынке обслуживания и развития систем газоснабжения.

Антимонопольный орган сделал вывод, что оспариваемое письмо содержит негативную оценку деятельности конкурента — ЗАО «Витогаз» — и наносит ущерб его деловой репутации, 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 составление и рассылка данного письма 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 таких действий должен быть нанесен вред хозяйствующему субъекту: убытки либо ущерб его деловой репутации. Важно отметить, что Закон не уточняет, какой именно вред — убытки или ущерб деловой репутации — причиняется хозяйствующему субъекту. Поэтому, по всей видимости, такой вред может быть причинен и хозяйствующему субъекту, работающему на другом товарном рынке. Важно установить, что в результате распространения недостоверной информации нарушитель получил конкурентные преимущества, а его конкурентам был или мог быть нанесен вред. Парижская конвенция по охране промышленной собственности, в отличие от российского Закона о защите конкуренции, четко определяет, что случаем недобросовестной конкуренции является лишь распространение ложных сведений, способных дискредитировать товары или деятельность конкурента, исключая распространение ложных, неточных или искаженных сведений в отношении хозяйствующего субъекта, который не является конкурентом такого распространителя.

Отметим, что в подавляющем большинстве случаев недобросовестной конкуренции, выявляемых в России, ложная, неточная или искаженная информация касается именно хозяйствующего субъекта-конкурента.

Для квалификации указанных действий в качестве акта недобросовестной конкуренции необходимо установить и все остальные при-

знаки недобросовестной конкуренции, рассмотренные в предыдущем параграфе. Это относится и к иным формам недобросовестной конкуренции, о которых пойдет речь дальше.

**2. 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. Конвенция относит к недобросовестной конкуренции все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении товаров или деятельности конкурента, а также указания или утверждения, использование которых 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 рассмотренной выше формой — распространением недостоверной информации.

Закон не конкретизирует то лицо, которое вводят в заблуждение. К числу таких лиц могут относиться как потребители (в том числе потенциальные) товаров, так и конкуренты лица, в отношении деятельности или товаров которого происходит введение в заблуждение. Зачастую в заблуждение вводят именно потребителей товара (контрагентов 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 о производителе товара. Потребитель, получая искаженные сведения, принимает решение в пользу того или иного товара, которое он вряд ли бы принял, располагая объективной информацией о товаре или его производителе.

Следует учитывать, что ввести в заблуждение в отношении товара или его производителя возможно и путем распространения формально достоверной, но не полной информации.

Приведем несколько примеров введения в заблуждение.

Страховое акционерное общество (САО) вело рекламную кампанию по продвижению своих услуг на российском рынке. В ряде печатных средств массовой информации САО опубликовало рекламные объявления, приглашая

«к сотрудничеству юридических лиц — клиентов страховых компаний, финансовое состояние которых не гарантирует надежность страховой защиты». 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 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». Обязательным условием таких переговоров была готовность клиента заключить договор страхования с САО на следующий годичный период после истечения срока действующего полиса. Однако в объявлении эти существенные сведения не сообщались.

Таким образом, САО вводило потребителей в заблуждение. Его действия были признаны актом недобросовестной конкуренции.

#### Другой пример.

Оператор услуг сотовой связи распространил для неопределенного круга лиц сведения о стоимости оказываемых им услуг связи — 100 рублей в месяц.

Антимонопольный орган, выясняя действительные факты предоставления услуг связи, установил, что сумма 100 рублей в месяц была предусмотрена лишь для случаев оплаты услуги за год вперед. При ежемесячной оплате услуг размер абонентской платы составлял 140 рублей.

Поскольку в рекламном объявлении отсутствовала информация о том, при каких условиях размер абонентской платы составляет 100 рублей в месяц, распространение такого объявления было признано актом недобросовестной конкуренции.

В ряде случаев потребителей 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.

В антимонопольный орган поступило заявление некоммерческой организации «Академия тренинга» (далее — НО) о недобросовестной конкуренции со стороны автономной некоммерческой организации «Западная академия тренинга» (далее — АНО).

Как было установлено, НО «Академия тренинга» было зарегистрировано в качестве юридического лица в 1996 году. Основными видами его деятельности являются: создание оригинальных тренинговых программ различного назначения; обучение и развитие персонала в организациях; подготовка специалистов в области тренинга и т.д. НО проводила свои образовательные программы



по всей территории России. За время деятельности НО приобрела широкую известность среди потребителей во всех регионах России, что подтверждают письма компаний, которые сотрудничали с НО.

В 2003 году в Москве была зарегистрирована АНО «Западная академия тренинга». В качестве сокращенного наименования в свидетельстве о государственной регистрации было указано АНО «Академия Тренинга». АНО осуществляет модульное обучение тренеров, проводит открытые семинары и тренинги и т.д.

Из объяснений президента АНО следовало, что на момент регистрации АНО он знал о существовании НО «Академия Тренинга».

Антимонопольный орган установил, что деятельность АНО способна нанести ущерб НО, а также направлена на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности, так как использование сокращенного наименования АНО «Академия Тренинга» вводит потребителей в заблуждение относительно организатора тренингов.

Учитывая это, антимонопольный орган признал действия АНО «Западная академия тренинга» недобросовестной конкуренцией.

**3. Некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами.** Некорректное сравнение как акт недобросовестной конкуренции — это определение такого соотношения характеристик своего товара и товаров конкурентов, которое предоставляет сравнивавшему лицу необоснованные преимущества в предпринимательской деятельности.

Некорректность сравнения может быть связана с использованием как недостоверной, так и достоверной информации о своих товарах или товарах конкурента. В последнем случае некорректность может быть обусловлена тем, что при сравнении используются 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 товара или вида деятельности хозяйствующего субъекта над товарами или видами деятельности одного или нескольких конкурентов. В этом случае хозяйствующий субъект получает необоснованные преимущества перед добросовестными конкурентами, которые из-за такого сравнения оказываются дискредитированными перед покупателями и терпят убытки, выражающиеся в форме упущенной выгоды.

Приведем пример.

В антимонопольный орган обратилось частное охранное предприятие ООО «Ветер» (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 работ по профилактике преступлений ОВО обследовал образовательные учреждения города на предмет их технической укрепленности и анти-террористической защищенности. ОВО установил, что детские сады и школы недостаточно защищены от возможных террористических атак. Для повышения уровня антитеррористической устойчивости образовательных учреждений ОВО направил в адрес заведующих детскими садами и школами, начальника Управления образования письма, в которых в числе прочего содержалась следующая информация: «В настоящий момент наметилась тенденция по расторжению договоров охраны, заключенных между ОВО и образовательными учреждениями, чем крайне обеспокоено не только ОВО, но и Управление вневедомственной охраны». Далее в письме были приведены факты нарушений со стороны ЧОП и сделан 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 охранных услуг, оказываемых ОВО, 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». В письме также было указано, что сравнительный анализ тарифов на охранные услуги ЧОП и ОВО показывает незначительную разницу между такими тарифами, 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: помимо информации о возможностях ОВО, этот документ содержит негативную оценку деятельности ЧОП, сравнительный анализ тарифов на оказание охранных услуг ЧОП и ОВО, а также просьбу пересмотреть вопрос охраны объектов в сторону заключения договоров с ОВО. Вневедомственная охрана формулирует свои предложения в письме таким образом, что предлагаемая им схема договорных отношений воспринимается потребителем как единственно возможная. Согласно формулировкам предложений ОВО деятельность иных охранных организаций категорически не соответствует требованиям безопасности образовательных учреждений. Таким образом, у потребителя формируется мнение, что ЧОП не могут предоставить им надлежащие услуги.

Однако сведения о ненадлежащем выполнении ЧОП обязанностей по охране объектов образовательных учреждений не соответствовали действительности, а прилагаемые сравнения были неточны. Учитывая это, антимонопольный орган признал действия ОВО по распространению данных писем актом недобросовестной конкуренции.

Отметим, что при некорректном сравнении товара с товарами других юридических лиц конкурирующие товары могут быть прямо не названы. Сравнение может производиться со всеми представленными на рынке однородными товарами.

Понимая, что прямое сравнение товара с товаром конкурента может стать основанием для предъявления 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 такое основание сравнения с неопределенным товаром, как правило, и приводит к тому, что сравнение становится некорректным.

Рассмотрим пример.

Компания «Ш» рекламировала лекарственное средство «С», указывая, что оно «лечит боль в горле в два раза быстрее и эффективнее».

Однако эффективность лекарственного средства невозможно точно определить из-за различной степени тяжести заболевания и индивидуальных особенностей организма каждого заболевшего. Кроме того, компания «Ш» не представила доказательств того, что препарат «С» действует в два раза быстрее и эффективнее других препаратов, в том числе выпускавшихся ранее.

Поскольку рекламные объявления компании «Ш» были признаны некорректными, их распространение стало актом недобросовестной конкуренции.

Другой пример.

В антимонопольный орган поступило заявление компании «Б» о признаках недобросовестной конкуренции в телевизионной рекламе проигрывателя DVD-дисков «С». Реклама утверждала, что проигрыватели фирмы «С» — это «первая в мире система DVD плюс караоке, способная воспроизводить DVD, караоке и MP3-диски».

Компания «Б» представила документы, подтверждающие, что она значительно раньше компании «С» начала поставлять на рынок проигрыватели, способные воспроизводить DVD-диски и имеющие функцию «караоке».

Порядковое числительное «первая», использованное в рекламе проигрывателя DVD-дисков компании «С», подразумевало, что среди всех существующих на рынке проигрывателей DVD-дисков, способных воспроизводить DVD, караоке и MP3-диски, проигрыватель DVD-дисков «С» является самым ранним.

Однако компания «С» не смогла представить документы, которые бы свидетельствовали о том, что она начала выпуск и продажи на российском рынке таких проигрывателей DVD-дисков ранее, чем компания «Б».

Таким образом, указанная реклама содержала некорректное сравнение товара одного производителя с товарами других производителей, что является актом недобросовестной конкуренции.

В некоторых случаях недобросовестный производитель прибегает к позитивному сравнению своего товара с товарами конкурентов. Особенностью позитивного сравнения как акта недобросовестной конкуренции является то, что нарушитель использует известность товара конкурента, чтобы увеличить продажи своего товара.

Приведем пример таких действий.

В антимонопольный орган обратилось общество «М» с жалобой на рекламное объявление фабрики «СП», размещенное в печатном издании. Реклама гласила, что «мороженое фабрики “СП” стоит в одном ряду с известными брендами общества “М” и отличается от них лишь ценой. Она значительно ниже: вы платите только за мороженое, не оплачивая тяжелый труд таможенников, перевозчиков и посредников».

Одновременно фабрика «СП» разместила на радио такую рекламу: «Новая фабрика мороженого “СП”. Мороженое класса “М”, только гораздо вкуснее и дешевле!».

Комиссия антимонопольного органа установила, что фабрика «СП» импортирует все основные ингредиенты своего мороженого и, так же как и общество «М», оплачивает таможенные пошлины и расходы на перевозку. Ответчик не представил документов, подтверждающих достоверность сравнения мороженого фабрики «СП» и мороженого компании «М». Такое сравнение, приведенное в рекламе, не соответствовало действительности и необоснованно распространяло репутацию известного бренда на вновь выводимый на рынок товар. Следовательно, действия фабрики «СП» были актом недобросовестной конкуренции.

**4. Продажа, обмен или иное введение в оборот товара, связанные с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг.** Международно-правовой основой данной формы недобросовестной конкуренции так-

же являются положения Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 года.

Недобросовестная конкуренция, основанная на приобретении и использовании средств индивидуализации юридического лица, средств 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 также о качестве и иных потребительских свойствах 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* определяет **товар** как внешний предмет, вещь, которая благодаря своим свойствам удовлетворяет какие-либо человеческие потребности<sup>4</sup>.

Поэтому важным элементом характеристики товара выступают его **потребительские свойства**. Именно они в большинстве случаев характеризуют товар, и информация о них наиболее существенна для потребителя. Потребительские свойства являются основой для формирования спроса на те или иные товары.

**Однородные группы товаров** обладают одинаковыми потребительскими свойствами. Так, например, все ножницы режут или стригут, все кисточки можно использовать для нанесения краски, все телевизоры предназначены для приема и просмотра телевизионного сигнала и т.д.

<sup>4</sup> См.: Маркс К. Капитал. М., 1973. Т. 1. С. 43.

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 и формирование на него спроса практически невозможно без индивидуализации товара с ее привязкой к конкретному производителю. Чтобы выделить свою продукцию из числа однородных товаров, производители используют *средства индивидуализации*: товарные знаки (знаки обслуживания) и иные оригинальные обозначения (упаковку, стилизованную этикетку и т.п.).

В соответствии со ст. 1477 ГК РФ *товарный знак* — это обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей. *Знак обслуживания* — это обозначение, служащее для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг. Правила, регламентирующие порядок реализации исключительных прав в отношении товарных знаков и знаков обслуживания, идентичны. Поэтому далее мы будем говорить только о товарных знаках, подразумевая, что все сказанное относится и к знакам обслуживания.

*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 той 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).

Товарный знак помогает стимулировать и сохранять потребительский спрос на товар, обеспечивает ему широкую известность, а потребителю — позитивную репутацию товара.

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 его **регистрации в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации**. Внесением товарных знаков в Реестр занимается федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатент).

Порядок государственной регистрации товарного знака урегулирован п. 3 § 2 гл. 76 ч. 4 ГК РФ. Он 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. 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. По отдельным классам товары группируются 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 года странами-участницами Ниццкой дипломатической конференции, и пересмотрена в 1967 году в Стокгольме и в 1977 году 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 может осуществляться 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 том случае, когда 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 результате чего нарушитель получает конкурентные преимущества, а владелец исключительных прав терпит убытки.

При этом вред причиняется не только владельцу товарного знака — неблагоприятные последствия затрагивают и потребителей: их вводят в заблуждение относительно качества и потребительских свойств товара. Ведь 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.

Приведем примеры дел, рассмотренных антимонопольным органом.

В ФАС России поступило заявление ЗАО «УВЗ» о недобросовестной конкуренции со стороны ООО «СМК». Нарушение выразилось в том, что лекарственный препарат реализовывался в аптеках с незаконным использованием товарного знака.

Антимонопольный орган установил: на основании свидетельства на товарный знак владельцем товарного знака «КАНТЕНАТ» является ЗАО «Лекарь-М». В соответствии с лицензионным договором ЗАО «УВЗ» предоставлено исключительное право на использование указанного товарного знака, который размещается на упаковке лекарственного средства.

ООО «СМК» производит и реализует лекарственный препарат, на упаковке которого используется словесное обозначение КАНТЕНАТ. Использование такого обозначения противоречит положениям гражданского законодательства и является незаконным.

Антимонопольный орган признал действия ООО «СМК» по введению в оборот лекарственного средства с незаконным использованием товарного знака КАНТЕНАТ актом недобросовестной конкуренции.

Другой пример.

В ФАС России 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 установил антимонопольный орган, заявителю принадлежат исключительные права на словесный товарный знак «Экстра», зарегистрированный для товаров 5-го класса МКТУ «детское питание» и 30-го 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». Кооператив «Кондитерское объединение» не предоставлял ООО «МПК» прав 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. Анализ показал, что упомянутые обозначения могут рассматриваться как сходные до степени смешения.

Таким образом, продажа обществом детского печенья со словесными обозначениями «Экстра М» нарушила исключительное право заявителя на соответствующий товарный знак. Антимонопольный орган признал действия ООО «МПК» актом недобросовестной конкуренции.

**5. 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, экономические, организационные и др.), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере;
- 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 относить информацию к коммерческой тайне и определять перечень и состав такой информации принадлежит обладателю такой информации.

Режим коммерческой тайны не может быть установлен лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, в отношении следующих сведений:

- содержащихся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствующие государственные реестры;

- содержащихся в документах, дающих право вести предпринимательскую деятельность;
- о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов;
- 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;
- 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, о наличии свободных рабочих мест;
- о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам;
- о нарушениях законодательства Российской Федерации и фактах привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;
- об условиях конкурсов или аукционов по приватизации объектов государственной или муниципальной собственности;
- 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;
- о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица;
- 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, дать 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 она была получена путем умышленного преодоления принятых обладателем информации 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 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 или разглашение конфиденциальной информации. Актом недобросовестной конкуренции может быть признано любое из этих действий.

Отметим, что в результате любого из указанных действий конфиденциальная информация обесценивается, что может 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).

Рассмотрим пример данной формы недобросовестной конкуренции.

В антимонопольный орган поступило заявление СП «Медицинский центр» (далее — компания СПМЦ) о недобросовестной конкуренции со стороны фирмы «П».

Компания СПМЦ оказывала медицинские услуги российским и иностранным клиентам. Компания «П» занималась изготовлением и реализацией в России безалкогольных напитков и, кроме того, 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 и заявил, что его интересует возможность компании «П» стать клиентом компании СПМЦ, попросив предоставить информацию о ее деятельности. Сотрудница компании СПМЦ, будучи введена в заблуждение относительно истинной цели визита Р. Джонса, предоставила ему часть реестра клиентов для ознакомления в ее присутствии. Однако Р. Джонс не возвратил ей документ. Реестр клиентов компании СПМЦ, как установил антимонопольный орган, составлял коммерческую тайну и должным образом охранялся. Завладев данным документом, Р. Джонс предоставил его в распоряжение компании «П».

Когда стало известно, что копия реестра исчезла, и были установлены связанные с этим обстоятельства, президент компании СПМЦ известил руководство компании «П», что реестр клиентов компании СПМЦ является ее конфиденциальной информацией. Однако компания «П» использовала данный реестр при создании собственного медицинского учреждения. В частности, она направила клиентам компании СПМЦ приглашение на презентацию своего медицинского учреждения. Аналогичным образом реестр использовался и в других случаях.

Антимонопольный орган установил, что около 15% клиентов медицинского учреждения компании «П» ранее обслуживала компания СПМЦ. С момента своего открытия и до начала разбирательства указанное учреждение оказало медицинские услуги примерно 2500 пациентам.

Антимонопольный орган пришел к выводу, что действия компании «П», а именно получение и использование реестра клиентов компании СПМЦ без ее согласия, противоречат требованиям Закона о защите конкуренции о том, что получение и использование конфиденциальной информации без согласия ее владельца недопустимо.

Мы рассмотрели формы недобросовестной конкуренции, которые прямо закреплены в ч. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции.

Однако необходимо помнить, что перечень этих форм в Законе остается открытым. Это означает, что недобросовестной конкуренцией могут быть признаны и иные формы поведения хозяйствующего субъекта на товарном рынке, которые отвечают всем признакам недобросовестной конкуренции. Анализ практики применения антимонопольного законодательства антимонопольными органами и судами может стать основанием для расширения перечня форм недобросовестной конкуренции.

### **§ 3. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением исключительных прав**

В качестве самостоятельной формы недобросовестной конкуренции Закон о защите конкуренции выделяет некоторые действия, связанные с приобретением и использованием исключительных прав 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, которое в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации зарегистрировало товарный знак (знак обслуживания) или фирменное наименование, может его лишиться, если такие действия признаны антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции.

Для квалификации указанных действий в качестве акта недобросовестной конкуренции необходимо установить все признаки недобросовестной конкуренции, рассмотренные в §1 настоящей главы.

Важно отметить, что действия по регистрации исключительных прав, соответствующие установленным правилам, но противоречащие требованиям добропорядочности, разумности или справедливости, могут быть признаны актом недобросовестной конкуренции. Поэтому 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 зарегистрировал его в качестве объекта исключительных прав (товарного знака или знака обслуживания). И если другое лицо регистрирует такое обозначение товара, оно получит право запретить производителю выпускать продукцию под таким обозначением. Добросовестный производитель понесет убытки в форме прямого действительного ущерба и/или упущенной выгоды.

Прямой действительный ущерб, как правило, связан с тем, что уже произведенная продукция, маркированная обозначением, зарегистрированным недобросовестным конкурентом в качестве товарного знака, в силу ст. 1515 ГК РФ будет признана контрафактной. Она подлежит изъятию из оборота и уничтожению за счет производителя. Новый правообладатель получит право потребовать от производителя товара, маркированного обозначением, возмещения убытков либо выплаты компенсации в размере от 10 тыс. до 5 млн рублей либо в размере двукратной стоимости всех товаров, на которых размещено такое обозначение.

Упущенная выгода производителя будет выражаться в том, что в дальнейшем он не сможет извлекать доход 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.).

Хозяйствующий субъект, недобросовестно зарегистрировавший обозначение в качестве товарного знака, обладает преимуществами в предпринимательской деятельности. С момента регистрации товарного знака он получает право запрещать 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.

Указанные обстоятельства могут стать основанием для того, чтобы действия по приобретению и использованию исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг были признаны актом недобросовестной конкуренции.

Важно отметить, что по смыслу Закона о защите конкуренции недобросовестной конкуренцией признаются действия по приобретению и использованию исключительных прав в совокупности. Следовательно, недобросовестные действия по регистрации в качестве товарного знака обозначения, использовавшегося добросовестным производителем, не должны признаваться недобросовестной конкуренцией, 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 гражданским 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.

Отметим, 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 ли-



цом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности для прекращения правовой охраны товарного знака.

Рассмотрим пример недобросовестной конкуренции в такой форме.

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, в 1999 году ЗАО «Эвалар» 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, чай из лекарственных трав, лекарственные травы (чай, сборы). В начале 2004 года ЗАО «Эвалар», узнав, что ООО «Нарине» и ряд других производителей производят и реализуют аналогичный товар, используя на упаковке обозначение «Красный корень», потребовало от них прекратить нарушение исключительных прав на товарный знак и удалить словосочетание «красный корень» с товаров и их упаковок.

Антимонопольный орган установил, что наименование «Красный корень» является широко известным народным названием одного из 126 видов растения Копеечник (*Hedysarum*) рода бобовых. Этот вид растения имеет особый химический состав, определяющий его специфические лекарственные свойства. Результаты химического анализа растения свидетельствуют о том, что у него хорошо выражена способность синтезировать в корнях значительное количество фенольных веществ. Название «Красный корень» как наименование конкретного лекарственного растения является общепринятым среди населения и специалистов (фармацевтов, медиков).

Под этим названием растение входило в качестве сырья в состав ряда биологически активных добавок к пище и лекарственных сборов. Многие производители указывали его на этикетках продукции, имеющей в своем составе это растение, задолго до регистрации ЗАО «Эвалар» указанного обозначения в качестве товарного знака.

Антимонопольный орган установил, что указание народного названия растения на упаковке товара повышает эффективность его реализации, поскольку потребителям известны лечебные свойства «красного корня». ЗАО «Эвалар» использовало этот факт для продвижения своей продукции после регистрации обозначения «Красный корень» в качестве товарного знака. Так, на этиках продукции ЗАО «Эвалар» указывалось: «“Красный корень” известен в народной медицине как средство для укрепления мужской силы... Красный корень: уникальное растение экологически чистого субальпийского пояса Алтая, других районов нашей страны. За рубежом не встречается».

Кроме того, ЗАО «Эвалар» потребовало от конкурентов, использовавших на упаковке своей продукции наименование «Красный корень», 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 и последующее требование к производителям однородной продукции прекратить ее реализацию под этим обозначением, а также введение в оборот собственной продукции, маркированной таким товарным знаком, был признан антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции.

Как указали суды, рассматривавшие вопрос о правомерности данного решения, право на товарный знак «Красный корень» было приобретено с целью его монополизации и вытеснения конкурентов с рынка товаров, для которых данный товарный знак зарегистрирован.

Суд указал, что ООО «Нарине» вправе направить решение антимонопольного органа в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности для отмены правовой охраны товарного знака.

Небезынтересна и позиция Конституционного Суда Российской Федерации по вопросу о конституционности положений антимонопольного законодательства, предусматривающих возможность признать недействительным предоставление правовой охраны товарному знаку, приобретение и использование исключительных прав на который признаны актом недобросовестной конкуренции.

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;
- предусматривающих возможность того, что на основании решения антимонопольного органа предоставление правовой охраны товарному знаку будет признано недействительным.

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.

Конституционный Суд отказался принять жалобу к рассмотрению<sup>5</sup> и указал, что данные положения антимонопольного законодательства сами по себе не означают, 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.

---

<sup>5</sup> Определение КС РФ от 15.05.2007 № 370-О-О.

По мнению Конституционного Суда, указанные положения не являются препятствием для реализации заявителем конституционного права на судебную защиту его прав и свобод.

В завершение отметим, что ст. 1512 ГК РФ предусматривает: 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.

Если действия лица по приобретению исключительных прав на товарный знак признаны недобросовестными, но такое лицо не использует товарный знак в предпринимательской деятельности (а значит, его действия не могут считаться недобросовестной конкуренцией), то регистрация товарного знака может быть оспорена на основании ст. 10 ГК РФ как связанная со злоупотреблением правом.

---

## Основные понятия

---

- *Недобросовестная конкуренция*
- *Признаки недобросовестной конкуренции*
- *Ложные, неточные или искаженные сведения*
- *Некорректное сравнение*
- *Товарный знак*
- *Знак обслуживания*
- *Парижская конвенция по охране промышленной собственности*

---

## Вопросы для обсуждения

---

1. Сравните известные вам определения недобросовестной конкуренции. В чем причина их различий?
2. Назовите основные признаки недобросовестной конкуренции.
3. Всякое ли распространение ложных, неточных или искаженных сведений является актом недобросовестной конкуренции?

4. Приведите примеры недобросовестной конкуренции, основанной на введении в заблуждение в отношении товара или его производителя.

5. Приведите пример некорректного сравнения, которое может оцениваться в качестве недобросовестной конкуренции.

6. Всякое ли введение в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности является актом недобросовестной конкуренции?

7. Приведите пример незаконного использования информации, составляющей охраняемую законом тайну, которое может оцениваться как недобросовестная конкуренция.

8. Является ли актом недобросовестной конкуренции незаконное копирование и введение в оборот программных средств для персональных компьютеров? музыкальных произведений? государственных информационных баз данных? персональных фотографий?

## Приложение

### **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 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», подпункта 4 пункта 1 и абзаца 4 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»,*

*установил:*

*1. Товарный знак «Красный корень» был зарегистрирован ЗАО «Эвалар» с приоритетом от 15 февраля 1999 года в отношении ряда товаров 5-го 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 обозначение*

*товаров, приведенных в перечне товаров 5-го 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, мьяньянка 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 4 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 (частей 1 и 3), статье 44 (часть 1) и статье 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-го 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 сомнение 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 2 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 (часть 1 статьи 8; часть 2 статьи 34).

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 4 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 4 статьи 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).*

*Кроме того, Конституция Российской Федерации, ее статьи 118, 125 и 126, не допускают 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 1 статьи 43 и части 1 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.*

## Глава 9

# Антимонопольный орган

## § 1. Обзор системы антимонопольных органов с 1990 по 2010 год

Место и роль антимонопольных органов в системе органов власти, а также их ключевые функции в основных чертах были определены еще в 1990 году<sup>1</sup>. Таблица 9.1 содержит перечень и краткую характеристику функций административных органов, которые в разное время осуществляли антимонопольное регулирование в Российской Федерации.

Таблица 9.1

### Административные органы, осуществляющие антимонопольное регулирование

Период фактического функционирования	Наименование	Перечень функций и их краткая характеристика
Сентябрь 1990 — 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 (ГАК России)	<ul style="list-style-type: none"><li>• Инициирование и реализация проконкурентной политики в широком смысле слова в различных секторах экономики*</li><li>• Контроль за соблюдением антимонопольного законодательства:<ul style="list-style-type: none"><li>— выявление и пресечение монополистической деятельности;</li><li>— контроль за экономической концентрацией;</li><li>— контроль за антиконкурентными актами и действиями публично-правовых образований;</li><li>— пресечение недобросовестной конкуренции</li></ul></li><li>• Контроль за соблюдением законодательства о рекламе</li><li>• Контроль за соблюдением законодательства о защите прав потребителей</li></ul>

<sup>1</sup> Постановление Совмина 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»).

Конкурентное право России

Период фактического функционирования	Наименование	Перечень 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"><li>• Все перечисленные функции ГАК России, а также (в пределах полномочий, установленных Правительством РФ) нижеследующие</li><li>• Контроль за соблюдением законодательства о товарных биржах</li><li>• Контроль за соблюдением законодательства о естественных монополиях:<ul style="list-style-type: none"><li>— государственное регулирование и контроль деятельности субъектов естественных монополий в области связи (оказание услуг общедоступной электрической и почтовой связи)</li></ul></li></ul>
Март 2004 г. — настоящее время	Федеральная антимонопольная служба (ФАС России)	<ul style="list-style-type: none"><li>• Инициирование и реализация проконкурентной политики в широком смысле слова в различных секторах экономики*</li><li>• Контроль за соблюдением антимонопольного законодательства:<ul style="list-style-type: none"><li>— выявление и пресечение монополистической деятельности;</li><li>— контроль за экономической концентрацией;</li><li>— контроль за антиконкурентными актами и действиями публично-правовых образований;</li><li>— пресечение недобросовестной конкуренции</li></ul></li><li>• Контроль за соблюдением законодательства о естественных монополиях (в части нетарифного регулирования)</li><li>• Контроль за соблюдением законодательства о рекламе</li><li>• Контроль за соблюдением законодательства о размещении государственных и муниципальных заказов</li><li>• Контроль за соблюдением законодательства о торговле</li><li>• Контроль за соблюдением законодательства об иностранных инвестициях в российские хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение</li></ul>

\* 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, необходимых для антимонопольного контроля: пресечения монополистической деятельности, антиконкурентных актов и действий публично-правовых образований, а также контроля за экономической концентрацией.

Утрата федеральным антимонопольным органом в 2004 году функции по защите прав потребителей — наиболее дискуссионный аспект изменения круга его полномочий. Дело в том, что в ряде развитых стран сочетание функций защиты прав потребителей и антимонопольного контроля считается положительным примером синергии в рамках одного ведомства. В частности, такое сочетание существенно упрощает для заявителя защиту нарушенного права в административном порядке, поскольку позволяет ему обращаться в один административный орган власти как в случае нарушения его прав потребителя, так и в случае, например, нарушения его прав в результате злоупотребления хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением<sup>2</sup>. Кроме того, знания и процедуры исследования товарных рынков, сформированные антимонопольным органом в ходе антимонопольного контроля, использовались им и для защиты прав потребителей.

По состоянию на начало 2012 года 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 Федерального 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 № 395-1 «О банках и банковской деятельности»).

---

<sup>2</sup> Ущемление интересов лица в результате злоупотребления доминирующим положением и нарушение права потребителя зачастую схожи и не различаются участником гражданского оборота. Поскольку существовал единый административный орган, рассматривающий жалобы и на нарушение прав потребителя, и на действия доминирующего хозяйствующего субъекта, заявитель был избавлен от необходимости самостоятельно определять природу спорных правоотношений и соответственно подведомственность спора административному органу.

## § 2. Ключевые контрольные функции и полномочия антимонопольного органа

Прирост с 2004 года объема функций и полномочий антимонопольного органа подтверждает эффективность основной его административной процедуры — предотвращения, выявления и пресечения нарушений антимонопольного законодательства. В этой сфере *антимонопольный орган наделен следующими функциями*<sup>3</sup>:

1) 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 субъектами, физическими лицами, в том числе в сфере использования земли, недр, водных ресурсов и других природных ресурсов;

2) выявлять нарушения антимонопольного законодательства, принимать меры по прекращению нарушения антимонопольного законодательства и привлекать к ответственности за такие нарушения;

3) 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;

4) 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: «решение о выявлении нарушения — предписание устранить нарушение — привлечение к административной ответственности — обращение с иском в суд — передача материалов в прокуратуру».

---

<sup>3</sup> Статья 22 Закона о защите конкуренции.

Важнейшее полномочие антимонопольного органа — возбуждать и рассматривать дела о нарушении антимонопольного законодательства. Эта административная процедура подробно охарактеризована 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) предписания совершить действия, которые прекратят нарушение (а, б, в, г, ж);

2) предписания не допускать действий, которые могут стать препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут вызвать ограничение, устранение конкуренции и нарушение антимонопольного законодательства (д);

3) предписания совершить действия восстановительного характера (е, з, и, к, л, м);

4) предписания 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, чьи права 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 со-



ответствии 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 — публично-правовому образованию<sup>4</sup>, определены законодателем в п. 3 ч. 1 ст. 23. Это предписание:

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 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

---

<sup>4</sup> 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 органам 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.

ст. 34 Закона только 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 законах<sup>5</sup>. Антимонопольный орган, как правило, обращается с иском в суд тогда, когда нарушитель закона не исполняет вы-

---

<sup>5</sup> Такие положения содержит, например, законодательство об электроэнергетике.

данное 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.

Дискуссионным и не нашедшим однозначного решения в административной практике является вопрос, правомочен ли антимонопольный орган немедленно (т.е. минуя стадию рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства) обращаться с иском в суд, если он выявил антиконкурентный акт публично-правового образования, на издание которого установлен запрет в ст. 15 Закона. Как правило, если для выявления негативного воздействия такого акта на конкуренцию требуется исследование товарного рынка, антимонопольный орган проводит эту процедуру в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, которое завершается выдачей предписания отменить антиконкурентный акт. Судебное обжалование антиконкурентного акта осуществляется, лишь если нарушитель такое предписание не исполнил.

Однако антиконкурентная природа многих актов публично-правовых образований может быть изначально очевидна антимонопольному органу, если суд неоднократно признавал сходные акты ограничивающими конкуренцию. По-видимому, в отношении таких актов антимонопольному органу целесообразно немедленно обращаться в суд с иском о признании акта недействующим либо недействительным полностью или частично, минуя процедуру рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Антимонопольный орган участвует в рассмотрении дел судом, в том числе дел, связанных с применением и (или) нарушением антимонопольного законодательства. В качестве стороны по делу антимонопольный орган вправе заключать мировые соглашения, которые подлежат утверждению судом.

### **§ 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 административный орган в системе органов власти, который уполномочен устанавливать доминирующее положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке. Предполагается, что знание товарных рынков, а также владение методикой исследования состояния конкуренции на товарном рынке есть сфера исключительной компетенции антимонопольного органа. Такой взгляд подтверждает судебная практика. 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 регламенте<sup>6</sup>, 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 включении в реестр хозяйствующих субъектов, доля которых превышает 35% на соответствующем рынке (далее — Реестр). Реестр пополняется в случаях:

---

<sup>6</sup> 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» (зарегистрирован в Минюсте России 23.05.2007 № 9541).

— 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 создания<sup>7</sup> в 1996 году Реестр рассматривался в качестве дополнительного инструмента контроля за экономической концентрацией. Ведь 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 гл. 7 Закона о защите конкуренции; во-вторых, ежегодно представлять в антимонопольный орган сведения по форме государственного статистического наблюдения 1-МОН.

Начиная с 2008 года 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.

---

<sup>7</sup> Постановление Правительства РФ от 19.02.1996 № 154 (редакция от 01.02.2005) «О Реестре хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю более 35 процентов».

### 3. Проведение проверочных мероприятий

Антимонопольный орган уполномочен:

- проводить проверку 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;
- получать необходимые документы и информацию, объяснения в письменной или устной форме;
- в установленном законодательством Российской Федерации порядке обращаться в органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, с просьбой о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Полномочие антимонопольного органа проводить проверки установлено 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. Особый вид 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».

## 5. Размещение информации на 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 (если продляется срок 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;
- разъясняет, как он применяет антимонопольное законодательство;
- 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 и территориальными антимонопольными органами. Элементы сорегулирования в антимонопольном контроле**

*Антимонопольное законодательство предусматривает двухуровневую систему антимонопольных органов.* Первый уровень иерархии составляет *федеральный антимонопольный орган* (далее — федеральный орган), второй — его *территориальные органы* (далее — территориальные органы).

По состоянию на 2011 год в каждом субъекте Российской Федерации функционирует отдельный территориальный антимонопольный орган. Набор его полномочий закреплен в ст. 23 Закона о защите конкуренции, он совпадает с набором полномочий федерального органа, за исключением полномочий, указанных в § 3 настоящей главы, — «дополнительных полномочий федерального антимонопольного органа». Кроме того, территориальный орган не готовит доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации<sup>8</sup>.

Изданные во исполнение Закона о защите конкуренции нормативные акты устанавливают разный объем участия федерального и территориальных органов в исполнении 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:

- 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 рублей, то ходатайство о даче согласия на слияние подается в территориальный антимонопольный орган по месту нахождения вновь возникающего юридического лица;

---

<sup>8</sup> Набор полномочий территориального антимонопольного органа определен приказом ФАС России от 15.12.2006 № 324 (редакция от 05.07.2010) «Об утверждении Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы» (далее также — Положение о территориальном органе).



• 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 рублей, 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 регламенте<sup>9</sup> 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.

Кроме того, Закон о защите конкуренции содержит элементы **со-регулирувания** — реализации антимонопольным органом своих полномочий на паритетных началах и при обязательном учете мнения иного федерального органа власти (фактически на условиях консенсуального принятия решений). В такой форме сорегулирование происходит, когда

<sup>9</sup> Приказ ФАС России от 25.12.2007 № 447 (редакция от 26.04.2010) «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации».

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 элементам сорегулирования можно отнести и предусмотренное Законом о защите конкуренции издание федеральным антимонопольным органом отдельных нормативных актов по согласованию с Банком России<sup>10</sup>.

## § 5. Программные цели и задачи федерального антимонопольного органа

Программные цели и задачи федерального антимонопольного органа сформулированы в *Докладе о результатах и основных направлениях деятельности Федеральной антимонопольной службы на 2012–2014 годы* (далее — Доклад)<sup>11</sup>.

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.

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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).

Руководствуясь этой миссией, ФАС России ставит перед собой **четыре стратегических 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 рекламы<sup>12</sup>;
- снижения числа нарушений антимонопольного законодательства, совершенных хозяйствующими субъектами (за исключением недобросовестной конкуренции).

Достижение этой цели характеризуется значениями показателей и степенью приближения их к целевым (см. данные по показателям 1.1 и 1.2 в приложении к этой главе).

По каждой из четырех стратегических целей ФАС России разработаны решаемые задачи и наборы показателей, характеризующих степень ее достижения. Доклад содержит перечень мероприятий, с помощью которых решаются поставленные задачи.

Общее представление о желаемых показателях эффективности деятельности ФАС России в качестве органа, применяющего антимонопольное и иные виды законодательства, дает извлечение из Доклада за 2010 год (см. табл. 9.2 в приложении).

<sup>12</sup> Хотя ФАС России ведет деятельность по данным направлениям в соответствии с разными законодательными актами, контроль за недобросовестной конкуренцией и ненадлежащей рекламой сгруппированы в рамках одной задачи исходя из единства достигаемых целей.

## 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 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? Почему?
4. Укажите случаи, когда антимонопольный орган в обязательном порядке размещает информацию на своем сайте в сети Интернет.
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. Что такое сорегулирование применительно к антимонопольному регулированию?

## Приложение

Таблица 9.2

### Основные показатели деятельности Федеральной антимонопольной службы

Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2009	2010	Текущий период	2012	2013	2014		
			2011					
<b>Цель 1. Создание условий для развития конкуренции в сферах деятельности хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественных монополий</b>								
Показатель 1.1. Место ФАС России в международном рейтинге эффективности деятельности конкурентных ведомств	29	27	25	24	23	21	21	2014
Показатель 1.2. Доля хозяйствующих субъектов от общего числа опрошенных, считающих, что состояние конкурентной среды улучшилось за истекший год, %	15,4	20	23	25	30	32	40	2017
<b>Задача 1.1. Создание благоприятной правовой и информационной среды для осуществления конкурентной политики</b>								
Показатель 1.1.1. Отношение количества ходатайств с выставленными требованиями, направленными на обеспечение конкуренции, к общему количеству рассмотренных ходатайств в рамках осуществления государственного контроля за экономической концентрацией, %	5,6	7,8	8	10	10	10	10	2012
Показатель 1.1.2. Доля повторных нарушений антимонопольного законодательства в общем числе выявленных нарушений, %	33,5	33,8	31	29	27	25	20	2017

Конкурентное право России

Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2009	2010	Текущий период	2012	2013	2014		
			2011					
<i>Программа 1. Совершенствование конкурентного законодательства</i>								
Доля исполненных в полном объеме постановлений о применении мер административной ответственности за нарушения законодательства в сфере деятельности службы в общем числе выданных постановлений, %*	68	76,0	77	78	79	80	90	2020
Доля постановлений о применении мер административной ответственности, полностью отмененных судом или вышестоящим должностным лицом, в числе обжалованных постановлений, %	41,4	29,9	29	28	27	25	15	2020
<i>Программа 2. Адвокатирование конкуренции</i>								
Количество публикаций в СМИ, направленных на информирование о деятельности ФАС России, шт	85 045	80 098	85 000	90 000	95 000	100 000	100 000	2014
Ежемесячная посещаемость веб-сайта ФАС России за год, шт.	195 142	175 000	180 000	190 000	200 000	200 000	200 000	2013
<b>Задача 1.2. Снижение уровня недобросовестной конкуренции и ненадлежащей рекламы</b>								
Показатель 1.2.1. Доля хозяйствующих субъектов от общего числа опрошенных, считающих, что уровень ненадлежащей рекламы снизился за истекший год, %	15,7	18,9	20	22	23	25	30	2017
Показатель 1.2.2. Доля хозяйствующих субъектов от общего числа опрошенных, считающих, что уровень недобросовестной конкуренции снизился за истекший год, %	17,1	14,8	16	18	20	22	30	2017
<i>Программа 3. Предупреждение и пресечение фактов недобросовестной конкуренции</i>								
Отношение количества полностью отмененных судом решений к количеству обжалованных в суде решений по фактам недобросовестной конкуренции, %	15,3	12,3	12	11	10	10	10	2013

Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2009	2010	Текущий период	2012	2013	2014		
			2011					
Отношение количества исполненных в полном объеме предписаний к количеству выданных предписаний по недобросовестной конкуренции, %	80	83,6	84	85	86	87	90	2017
<i>Программа 4. Повышение эффективности контроля в области рекламы</i>								
Отношение количества полностью отмененных судом решений к количеству обжалованных в суде решений по фактам ненадлежащей рекламы, %	11,7	10,4	10	10	10	10	10	2010
Отношение количества исполненных в полном объеме предписаний к количеству выданных предписаний по ненадлежащей рекламе, %	95,7	95	94	94	94	94	94	2007
Отношение суммы уплаченных штрафов за нарушение законодательства о рекламе к сумме начисленных штрафов, %*	81,8	69,4	72	74	76	78	90	2017
<b>Задача 1.3. Снижение числа нарушений антимонопольного законодательства, совершенных хозяйствующими субъектами (за исключением недобросовестной конкуренции)</b>								
Показатель 1.3.1. Доля устраненных нарушений в общем числе выявленных нарушений антимонопольного законодательства, %	74,8	83,7	84	85	86	87	94	2017
<i>Программа 5. Анализ конкуренции</i>								
Отношение количества полностью отмененных судом решений к количеству обжалованных в суде решений по фактам монополистической деятельности хозяйствующих субъектов, %	16,5	16,8	16	15	14	13	10	2017
Доля решений (постановлений) в части антимонопольного законодательства, полностью отмененных судом, в общем числе обжалованных в суде решений, %	15,8	15,5	15	14	13	12	10	2017

Конкурентное право России

Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2009	2010	Текущий период	2012	2013	2014		
			2011					
<i>Программа 6. Информатизация и автоматизация</i>								
Доля сотрудников ФАС России, использующих порталные решения в качестве единой точки доступа к информационным ресурсам, к общему количеству пользователей, %	90	100	100	100	100	100	100	2010
Уровень оснащения современными программно-техническими комплексами	70	95	98	100	100	100	100	2012
Доля сотрудников ЦА, использующих электронную систему документооборота, %	90	100	100	100	100	100	100	2010
Доля автоматизированных рабочих мест к общему количеству рабочих мест, %	100	100	100	100	100	100	100	2009
<i>Программа 7. Предупреждение и пресечение нарушений антимонопольного законодательства, совершенных хозяйствующими субъектами, не относящимися к субъектам естественных монополий</i>								
Доля сделок, где конечный собственник остается неизвестным для ФАС России, в общем числе рассмотренных сделок в рамках государственного контроля за экономической концентрацией, %	0,1	0	0	0	0	0	0	2010
Отношение суммы уплаченных штрафов за нарушение законодательства в сфере деятельности службы к сумме начисленных штрафов, %*	2,1	98,6	54	56	57	58	60	2017
Отношение количества исполненных предписаний к количеству выданных предписаний по фактам монополистической деятельности хозяйствующих субъектов (с учетом отмененных судом решений), %	64,1	75,5	76	77	78	80	85	2017



Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2009	2010	Текущий период	2012	2013	2014		
			2011					
<b>Цель 2. Предотвращение и пресечение антиконкурентного вмешательства органов государственной власти и местного самоуправления в функционирование рынков, повышение эффективности использования бюджетных средств при размещении государственного и муниципального заказа</b>								
Показатель 2.1. Доля хозяйствующих субъектов от общего числа опрошенных, считающих, что антиконкурентных действий органов государственной власти и местного самоуправления стало меньше за истекший год, %	5,7	5,7	6	8	10	12	20	2017
<b>Задача 2.1. Снижение количества нарушений антимонопольного законодательства со стороны органов государственной власти и местного самоуправления</b>								
Показатель 2.1.1. Доля повторных нарушений антимонопольного законодательства в общем числе нарушений, осуществляемых органами государственной власти и местного самоуправления, %	36,5	36,4	34	32	30	28	22	2017
<i>Программа 8. Предупреждение и пресечение нарушений антимонопольного законодательства со стороны органов государственной власти и местного самоуправления</i>								
Отношение количества полностью отмененных судом решений о признании не соответствующими антимонопольному законодательству актов и действий органов государственной власти и местного самоуправления к количеству обжалованных в суде решений, %	14,2	13,2	13	12	11	10	10	2014
Отношение количества исполненных в полном объеме предписаний органами государственной власти и местного самоуправления в части прекращения нарушения антимонопольного законодательства к количеству выданных предписаний, %*	80	84,2	85	86	88	90	90	2014

Конкурентное право России

Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2009	2010	Текущий период	2012	2013	2014		
			2011					
<b>Задача 2.2. Обеспечение прозрачности и открытости государственных и муниципальных закупок</b>								
Показатель 2.2.1. Отношение количества заказов, размещенных с нарушениями (из общего количества проверенных заказов), к общему количеству проверенных заказов, %	16	13	13	12	11	11	11	2013
<i>Программа 9. Предупреждение и пресечение нарушений законодательства о размещении заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд</i>								
Отношение количества исполненных в полном объеме предписаний об устранении нарушений законодательства о размещении заказов к общему количеству выданных предписаний, %	85	70,2	74	78	82	86	90	2017
Отношение суммы уплаченных штрафов за нарушение законодательства о размещении заказов к сумме начисленных штрафов, %	69,2	74,7	75	76	77	78	80	2015
Отношение количества полностью отмененных судом решений (предписаний) по фактам нарушения законодательства о размещении заказов к количеству обжалованных в суде решений (предписаний), %	17,3	33,8	30	27	24	22	14	2017
<b>Цель 3. Обеспечение равного доступа к товарам (работам, услугам), реализуемым субъектами естественных монополий, и развитие конкуренции в потенциально конкурентных видах деятельности субъектов естественных монополий</b>								
Показатель 3.1. Доля потребителей услуг естественных монополий, считающих, что доступность услуг естественных монополий возросла за истекший год, %	15,4	20	21	23	24	26	30	2017
<b>Задача 3.1. Снижение количества нарушений законодательства субъектами естественных монополий, создание условий для развития конкурентной среды в сферах их деятельности</b>								
Показатель 3.1.1. Доля повторных нарушений в общем числе нарушений антимонопольного законодательства субъектами естественных монополий, %	40,1	48,5	45	42	39	36	28	2017

Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2009	2010	Текущий период	2012	2013	2014		
			2011					
<i>Программа 10. Предупреждение и пресечение нарушений законодательства субъектами естественных монополий, развитие конкуренции в потенциально конкурентных видах их деятельности</i>								
Отношение количества исполненных предписаний к количеству выданных предписаний по фактам нарушения законодательства субъектами естественных монополий, %*	75,1	74,5	75	76	78	80	85	2017
Отношение количества отмененных судом решений ФАС России к количеству обжалованных в суде решений по фактам нарушения законодательства субъектами естественных монополий, %	17,4	14,3	14	13	12	11	11	2014
Доля грузовых перевозок железнодорожного транспорта, осуществляемых в универсальном подвижном составе — полувагонах операторских компаний, не зависящих от субъекта естественной монополии, %	27	39	42	45	48	51	51	2014
Доля независимых от субъекта естественной монополии организаций на рынке дальней связи, %	78	93	92,8	93	93	93	93	2010
Доля независимых от субъекта естественной монополии организаций на рынке природного газа, %	21	20	20	20	20	20	20	2010
<b>Цель 4. Создание условий для эффективной реализации государственной политики в области контроля иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства</b>								
<i>Программа 11. Контроль иностранных инвестиций</i>								
Доля рассмотренных в установленный срок ходатайств иностранных инвесторов в общем числе поступивших ходатайств, %	95	100	100	100	100	100	100	2010

Конкурентное право России

Задачи, программы, показатели	Отчетный период			Плановый период			Целевое значение	Год достижения целевого значения
	2009	2010	Текущий период	2012	2013	2014		
			2011					
Отношение количества отмененных судом решений ФАС России по рассмотренным ходатайствам иностранных инвесторов к количеству обжалованных в суде решений, %	0	0	0	0	0	0	0	2008
<b>Непрограммная деятельность</b>								
Обеспеченность сотрудников центрального аппарата ФАС России аппаратами внутренней телефонной связи в процентах от потребности, %	90	100	100	100	100	100	100	2010
Доля помещений, не нуждающихся в ремонте, %	35	55	60	70	75	80	80	2014

\* С учетом постановлений/предписаний, отмененных в судебном порядке и вышестоящим должностным лицом, а также прекращения административного производства в связи с изменением законодательства.

## Глава 10

# Государственный контроль за экономической концентрацией

---

## § 1. Природа государственного контроля за экономической концентрацией

Под *экономической 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*<sup>1</sup>.

(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 наука<sup>2</sup>. В экономической науке под концентрацией понимается *характеристика товарного рынка, которая соответствует доле одного (крупнейшего) участника товарного рынка<sup>3</sup> (или суммарной доле нескольких крупнейших участников, конкурирующих друг с другом<sup>4</sup>)*. Рост экономической концентрации свидетельствует о возможности появления на товарном рынке хозяйствующего субъекта, который будет занимать доминирующее положение.

---

<sup>1</sup> Уточним, что под *иными действиями* в настоящей главе понимается слияние, присоединение и создание юридических лиц.

<sup>2</sup> Анализ термина «экономическая концентрация» в контексте права конкуренции США и Евросоюза приводится в § 5 гл. 3 настоящего учебника.

<sup>3</sup> Подробнее о том, как определяются доли хозяйствующих субъектов на товарном рынке, см. в гл. 4 настоящего учебника.

<sup>4</sup> Далее мы будем говорить только о доле одного крупнейшего участника рынка, понимая, что концентрация рынка может характеризоваться и суммой долей нескольких крупнейших участников.

Экономическая концентрация может увеличиваться в следующих случаях:

- присоединения к участнику рынка иного (иных) участника 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 одного участника рынка к другому.

Указанные выше сделки, иные действия, которые совершаются конкурентами на одном товарном рынке, принято называть собирательным экономическим термином **«горизонтальные слияния»**<sup>5</sup>. Уточним, что экономическое содержание термина «слияние» в данном случае предполагает:

---

<sup>5</sup> Помимо негативного последствия в виде возникновения доминирующего хозяйствующего субъекта, горизонтальное слияние иногда можно рассматривать в качестве легального аналога картельного соглашения.

- 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 — хозяйствующих 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;
- слияния 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 пр.;

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 компанию, 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 конкуренцию<sup>6</sup>.

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

---

<sup>6</sup> 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.



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 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 осуществления такого контроля 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) установить ответственность за неисполнение обязанности запрашивать решение антимонопольного органа;

- б) определить 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 контроль 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.

Предварительный контроль направлен прежде всего на превентивное моделирование антимонопольной службой должного конкурентного состояния того или иного товарного рынка, поддержание здорового конкурентного режима.

Последующий контроль, по сути, направлен на достижение сходного результата. Но в отличие от предварительного, он не предполагает выражение антимонопольным органом своего несогласия с предполагаемыми действиями.

## § 3. Объекты контроля за экономической концентрацией

*Объекты контроля* за экономической концентрацией — это сделки и иные действия, перечисленные в ст. 27–30 Закона о защите конкуренции<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> 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, по-

В качестве экономических критериев, позволяющих выделить сделки, иные действия, с высокой вероятностью оказывающие негативное воздействие 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 конкуренции<sup>8</sup>.

## 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 3 млрд рублей либо их суммарная выручка от реализации превышает 6 млрд рублей;

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 лиц<sup>9</sup>.

---

звляющих 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)).

<sup>8</sup> Подробнее о таком Реестре см. в § 3 гл. 9 настоящего учебника.

<sup>9</sup> Для определения величины активов используется бухгалтерский баланс организации на последнюю отчетную дату, предшествующую дате ходатайства (для предварительного контроля) либо дате слияния (для последующего контроля).

Схожим образом определяется величина выручки коммерческой организации от реализации товаров: выручку от реализации, которую получила коммерческая организация, деятельность которой прекратится в результате слияния, надо суммировать с выручкой от реализации каждого лица, с которым такая коммерческая организация входит в одну группу лиц<sup>10</sup>.

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 рублей. 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 3 млрд рублей либо их суммарная выручка от реализации превышает 6 млрд рублей;

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 рублей. В расчет не принимаются активы и выручка от реализации лиц, с которыми такие коммерческие организации входят в одну группу лиц.

---

<sup>10</sup> Выручка от реализации рассчитывается за календарный год, предшествующий году слияния, и для предшествующего, и для последующего контроля.

### 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 общества права голоса* на основании договоров доверительного управления имуществом, договоров о совместной деятельности, договоров поручения, других сделок и по иным основаниям<sup>11</sup>.

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 рублей и при этом стоимость активов хозяйственного общества, акции которого приобретаются, составляет не менее 250 млн рублей;

2) суммарная выручка от реализации приобретателя акций и хозяйственного общества, акции которого приобретаются, превышает 10 млрд рублей и при этом стоимость активов хозяйственного общества, акции которого приобретаются, составляет не менее 250 млн рублей;

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 образуется 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 лиц<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Пункт 16 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

<sup>12</sup> 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. Схожие рассуждения справедливы в отношении расчета суммарной выручки от реализации в целях контроля приобретений акций.

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 рублей и при этом стоимость активов общества, акции которого приобретаются, составляет не менее 60 млн рублей;

2) суммарная выручка от реализации приобретателя и общества, акции которого приобретаются, превышает 400 млн рублей и при этом выручка от реализации общества, акции которого приобретаются, составляет не менее 60 млн рублей.

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<sup>13</sup>. 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, распорядились до приобретения суммарно* не менее чем 25% 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 распорядился более чем 50% голосующих акций, означает в применении к группе лиц, что суммарное количество голосующих акций, имеющих 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

---

<sup>13</sup> 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 при осуществлении действий службы в отношении сделок и иных действий, предпринимаемых группой лиц.

лиц) получает право распоряжаться более чем  $1/3$  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  $1/3$  долей в уставном капитале данного общества;

2) приобретение долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью лицом (группой лиц), распоряжающимся не менее чем одной  $1/3$  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  $2/3$  долей в уставном капитале этого общества, если такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем  $2/3$  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, которые применяются 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 бы 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 экономическим 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 пункте «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 над созданием коммерческой организации осуществляется, если суммарная стоимость активов превышает 7 млрд рублей либо если суммарная выручка от реализации превышает 10 млрд рублей. Основанием для предварительного контроля является также тот факт, что лицо, акции (доли) или имущество которого вносится в уставный капитал, внесено в Реестр.

Последующий контроль над созданием коммерческой организации осуществляется, если в совокупности выполняются следующие условия:

1) суммарная стоимость активов созданной коммерческой организации и лица, акции (доли) или имущество которой внесены в оплату уставного капитала, превышает 400 млн рублей;

2) суммарная выручка от реализации созданной коммерческой организации и лица, акции (доли) или имущество которой внесены в оплату уставного капитала, превышает 400 млн рублей;

3) стоимость активов лица, акции (доли) или имущество которой внесены в оплату уставного капитала, превышает 60 млн рублей.

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 09.03.2010) «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 рублей. Если суммарная стоимость активов таких бирж менее 1 млрд рублей, 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 рублей;

2) под последующий контроль, если стоимость активов фондовой биржи превышает 500 млн рублей.

Если сделкой является приобретение активов фондовой биржи, то такая сделка подпадает:

1) под предварительный контроль, если стоимость активов фондовой биржи превышает 1 млрд рублей и приобретается более 10% активов такой организации;

2) под последующий контроль, если стоимость активов фондовой биржи превышает 500 млн рублей и приобретается более 10% активов такой организации.

За исключением особых экономических критериев, а также замены контроля приобретения производственных активов на контроль приобретения активов, 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) документы и (или) сведения, определяющие предмет и содержание сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю;

3) 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;

4) 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;

5) имеющиеся у заявителя сведения об основных видах деятельности лиц, которые также принимают участие в сделке, ином действии<sup>14</sup>; 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; коды номенклатуры продукции или заявление в письменной форме о том, что заявитель такими сведениями не располагает;

6) бухгалтерский баланс заявителя по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате представления указанных ходатайства или уведомления;

7) сведения о суммарной балансовой стоимости активов заявителя и его группы лиц;

---

<sup>14</sup> Такими 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.

8) сведения о суммарной балансовой стоимости активов лица, акции (доли), имущество и (или) активы которого и (или) права в отношении которого приобретаются, и его группы лиц или заявление в письменной форме о том, что заявитель такими сведениями не располагает;

9) финансово-экономическая и иная отчетность заявителя, представляемая в Центральный банк Российской Федерации и в осуществляющие регулирование на рынке финансовых услуг федеральные органы исполнительной власти, если заявителем является финансовая организация;

10) представляемая в Центральный банк Российской Федерации и в осуществляющие регулирование на рынке финансовых услуг федеральные 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, акции (доли), имущество и (или) активы которого и (или) права в отношении которого приобретаются;

11) перечень коммерческих организаций, более чем 5% акций (долей) которых заявитель распоряжается на любом основании, или заявление в письменной форме о том, что заявитель не распоряжается акциями (долями) коммерческих организаций;

12) перечень коммерческих организаций, которые распоряжаются на любом основании более чем 5% акций (долей) заявителя;

13) перечень лиц, входящих в одну группу лиц с заявителем, с указанием оснований, по которым такие лица входят в эту группу;

14) перечень лиц, входящих в одну группу лиц с лицами, которые также принимают участие в сделке, ином действии, с указанием оснований, по которым такие лица входят в эту группу, или заявление в письменной форме о том, что заявитель такими сведениями не располагает;

15) сведения о лицах, в интересах которых осуществляется владение более чем 5% акций (долей) заявителя их номинальными держателями, в том числе о таких лицах, зарегистрированных в государстве, которое предоставляет льготный налоговый режим и (или) законодательством которого не предусматриваются раскрытие и предоставление информации о юридическом лице (офшорные зоны);

16) 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 непредставлен-



ным, о чем антимонопольный орган в десятидневный 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.

Правила нотариального заверения документов урегулированы в Основах законодательства Российской Федерации о нотариате.

### 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 действии<sup>15</sup> (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 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

<sup>15</sup> Такими 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.

*перспективный* анализ состояния конкуренции на товарном рынке<sup>16</sup>, 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 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». 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 такого анализа являются основанием для решения антимонопольного органа по ходатайству<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> 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».

<sup>17</sup> 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 предприниматель-

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](http://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 о даче согласия на слияние коммерческих организаций, присоединение к коммерческой организации одной или нескольких коммерческих организаций, создание коммерческой организации в связи:

— с определением условий, *после* выполнения которых заявителем и (или) иными лицами, непосредственно участвующими в таком 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.

Выдача условий предполагает, что антимонопольный орган установил: планируемая сделка, иное действие окажут негативное влияние на состояние конкуренции. Поскольку после совершения слияния, при-

---

ской 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).

соединения 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 Еврокомиссия<sup>18</sup>, 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 слияния<sup>19</sup>;

- 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 слияния<sup>20</sup>.

Согласно Закону о защите конкуренции эти условия могут содержать:

- 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;

---

<sup>18</sup> См.: Jones A., Sufrin B. *EC Competition Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, 2004. P. 983.

<sup>19</sup> Требование продать производственные активы или передать контроль над коммерческой организацией лицу, не входящему в группу лиц с непосредственными участниками сделки, принято называть *структурным требованием*.

<sup>20</sup> Такие требования принято называть *поведенческими*.

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 указанным 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 указанным 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 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 положения<sup>21</sup> заявителя либо доминирующего положения лица, которое будет создано в результате осуществления заявленных в ходатайстве сделки, иного действия). В удовлетворении сделки, иного действия 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 ходатайстве, 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.

---

<sup>21</sup> 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).

Решение антимонопольного органа о даче согласия на осуществление сделок, иных действий прекращает свое действие, если такие сделки, иные действия не осуществлены в течение года с даты принятия решения антимонопольного органа.

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 общим 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 отдельную 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, как правило, 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 контролю<sup>22</sup>.

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 выполнят ряд условий, 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:

---

<sup>22</sup> 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, принадлежащих на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале хозяйственного общества.



- 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](http://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](http://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](http://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 ходатай-

ством в антимонопольный орган, либо не обращались), данная сделка может быть признана недействительной. Основанием для этого будет 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 сделкой конкуренции.

Если решение антимонопольного органа об удовлетворении ходатайства сопровождалось выдачей предписания, то неисполнение такого предписания также является основанием для признания судом сделки недействительной по иску антимонопольного органа.

Законом определен круг *действий*, которые участники рынка совершают с предварительного согласия антимонопольного органа. Например, коммерческая организация была создана без предварительного согласия антимонопольного органа, в том числе в результате слияния или присоединения коммерческих организаций, и это привело или может привести к ограничению конкуренции, в том числе из-за возникновения или усиления доминирующего положения. Если для совершения перечисленных выше действий требовалось предварительное согласие антимонопольного органа, то созданная коммерческая организация ликвидируется либо реорганизуется в форме выделения или разделения в судебном порядке по иску антимонопольного органа.

Сделки, о которых антимонопольный орган должен быть уведомлен и был уведомлен надлежащим лицом с соблюдением требований порядка уведомления о сделках, не могут быть признаны судом недействительными.

Суд признает такие сделки недействительными по иску антимонопольного органа, только если он докажет наличие двух обстоятельств:

- 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)<sup>23</sup>.

---

## 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*

---

<sup>23</sup> 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](http://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.

## Глава 11

# **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 нарушенных и оспариваемых прав хозяйствующих субъектов и публичного порядка**

Российское законодательство предусматривает судебный и административный порядок защиты публичного порядка в товарном обороте, нарушенных и оспариваемых прав хозяйствующих субъектов и граждан.

Право на судебную защиту гарантировано ст. 46 Конституции РФ. Рассмотрение судами дел по применению антимонопольного законодательства регулируется Гражданским и Арбитражным процессуальными кодексами Российской Федерации (далее — ГПК РФ и АПК РФ). Антимонопольное законодательство наряду с существованием судебной защиты предусматривает административный способ защиты антимонопольными органами нарушенных прав хозяйствующих субъектов и публичного правопорядка в товарном обороте.

Одним из способов осуществления функций надзора и контроля за соблюдением антимонопольного законодательства является наделение антимонопольных органов правомочиями возбуждать и рассматривать дела о нарушениях антимонопольного законодательства, принимать обязательные для исполнения органами с публичными полномочиями

и хозяйствующими субъектами решения и выдавать соответствующие предписания.

В 1991–2006 годах порядок рассмотрения дел определялся федеральным антимонопольным органом, актами которого неоднократно утверждались варианты такого порядка. При утверждении Федерального закона «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите 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 применения антимонопольного законодательства включены в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ). Наряду с нормами об административной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства КоАП РФ включает нормы о порядке возбуждения и рассмотрения дел о привлечении к этой ответственности.

Таким образом, наряду с судебным процессом, регулируемым нормами АПК РФ и ГПК РФ при применении и нарушении антимонопольного законодательства, существует еще два самостоятельных процесса, регулируемых 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 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 РФ суд является органом правосудия, а антимонопольные органы — федеральными органами исполнительной власти. Следовательно, эти органы отнесены к двум разным ветвям власти — судебной и исполнительной.

Наделение антимонопольных органов полномочиями 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 актов органов государственного управления и муниципальных органов, их незаконных решений, незаконных действий должностных лиц. Не менее 50% 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 две разные системы возбуждения и рассмотрения дел в связи с правонарушениями: судебную и административную. Антитрестовское законодательство США предусматривает полномочие 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<sup>1</sup>. Публич-

---

<sup>1</sup> 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.)

ные и гражданско-правовые отношения, возникающие в рыночной среде, тесно взаимосвязаны. При нарушении административных норм, запрещающих 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 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — 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, устранение, ограничение конкуренции и (или) ущемление интересов хозяйствующих субъектов), то он применяет предусмотренные антимонопольным законодательством меры принуждения, 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 и иных нарушений, т.е. на обеспечение соблюдения публичного порядка, служит одновременно средством защиты имущественных (частных) прав конкретных хозяйствующих субъектов либо прав и интересов неопределенного числа 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 равноправия сторон, закрепленных в ст. 123 Конституции РФ. 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 ограничения в нормах новых 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 более активная роль в процессе доказывания. Бремя доказывания правомерности акта (действия) возложено на органы государственной власти и органы местного самоуправления.

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<sup>1</sup>–25<sup>6</sup>).

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 За-

кона 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. Поскольку существует необходимость выявления доминирующего положения, применения особых мер принуждения и воздействия, 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 антитрестовского 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 антимонопольного органа 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, а также регулируют их имущественные отношения. Именно это обстоятельство позволяет говорить о двойственной правовой природе антимонопольных норм. Отсюда вытекают и предусмотренные ст. 23 Закона о защите конкуренции правомочия антимонопольных органов давать хозяйствующим субъектам предписания о прекращении нарушения правил о недискриминационном доступе к присоединенным сетям, о заключении договора, изменении условий, расторжении договора или о прекращении иных нарушений антимонопольного и гражданского законодательства (в том числе и в договорных отношениях). Вынося решение согласно таким нормам, антимонопольный орган применяет как публичное, так и гражданское законодательство.

Следует учитывать, что только суду принадлежит исключительная компетенция признавать недействующими нормативные акты или недействительными 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 преддоговорного 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 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 антимонопольного 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 учитывать, что нормы ст. 10, 11 Закона о защите конкуренции имеют двойственную правовую природу. С одной стороны, они запрещают 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 или отказ от заключения договора нормам гражданского права (применяются нормы ГК РФ).

Антимонопольный орган, установив нарушения публичного порядка и 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, антимонопольный орган, применяя ст. 10, 11 Закона о защите конкуренции, обязан учитывать и то, и другое. Например, если речь идет о реализации прав на результаты интеллектуальной деятельности, антимонопольный орган при рассмотрении дела 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, поскольку 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, 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 антимонопольный орган в случае необходимости обращается в суд, предусмотрен п. 1 ч. 6 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 акта или недействительным ненормативного 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 встречающихся ненадлежащих толкования и применения антимонопольного законодательства как судами, так и антимонопольными органами.

В частности, одним из дискуссионных является вопрос о том, 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 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 деятель-

ность, признавая такие действия нарушением пределов осуществления гражданских прав. Применение ст. 10 ГК РФ встречается в судебной практике<sup>2</sup>.

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 приходит 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 о публичном договоре, а также могут содержаться в иных законах, к которым прежде всего относятся законы

---

<sup>2</sup> 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 судебной арбитражной практики. Вып. 4. М.: Юридическая литература, 1997. С. 45–50).



«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 антимонопольного 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 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»<sup>3</sup> (действующее в редакции постановления Пленума ВАС РФ от 14.10.2010 № 52<sup>4</sup>). 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? При-

<sup>3</sup> Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

<sup>4</sup> Вестник ВАС РФ. 2010. № 11.

знание 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 рынке превышает 50%, а также доминирующее положение субъекта естественных монополий на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Презумпция имеет процессуальное значение, т.е. не обязывает доказывать презюмируемый факт. Напротив, тот, кто оспаривает презумпцию доминирующего положения, должен представить суду доказательства того, 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 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.

#### 4. Срок давности возбуждения антимонопольными органами дел о нарушениях антимонопольного законодательства и срок привлечения к административной ответственности

Статья 41<sup>1</sup> 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 его 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 делу.

Иначе определен срок давности привлечения к административной ответственности. Этот срок установлен п. 1 ст. 4.5 КоАП РФ. Согласно данной 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 в соответствии с ч. 2 ст. 4.5 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.

## **§ 2. 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 законодательства. 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 № 447<sup>5</sup> и действующий в редакции приказа ФАС России от 26.04.2010 № 212<sup>6</sup>.

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 в редакции, принятой Федеральным законом от 17.07.2009 № 164-ФЗ, расширили права работников антимонопольных органов по обнаружению фактов нарушения антимонопольного законодательства, а ст. 25<sup>1</sup>, 25<sup>2</sup>, 25<sup>3</sup>, 25<sup>4</sup>, 25<sup>5</sup>, 25<sup>6</sup> 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 новая редакция нормы об обязанностях органов власти и местного самоуправления,

---

<sup>5</sup> Российская газета. 28.06.2008. № 138.

<sup>6</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 29.

организаций (их должностных лиц) представлять в антимонопольный орган по его мотивированному требованию документы, объяснения, информацию.

Согласно п. 3 ст. 39 Закона о защите конкуренции дела рассматривают антимонопольные органы либо по месту совершения нарушения, либо по месту нахождения лица, в отношении которого подаются материалы или заявления.

Широкими правами наделен федеральный антимонопольный орган, который в соответствии с п. 3 ст. 39 Закона о защите конкуренции может 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 (далее — Регламент), предусматривающим, 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 в произвольной форме с приложением документов, свидетельствующих о фактах нарушения антимонопольного законодательства. 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 рассмотрению дела. Состав комиссии, порядок ее формирования определены ст. 40 Закона о защите конкуренции. Комиссия выступает от имени антимонопольного органа, принимает и направляет такие акты, как определения, решения, предписания. Форма этих актов утверждена

приказом ФАС России от 22.12.2006 № 337<sup>7</sup>, действующим в редакции приказа ФАС России от 15.03.2010 № 123<sup>8</sup>.

Материалы, заявления рассматриваются в срок, не превышающий месяца со дня их поступления (ст. 44 Закона). 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 антимонопольным 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.

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.

---

<sup>7</sup> Российская газета. 31.01.2007. № 19.

<sup>8</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 22.

#### 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 в присутствии 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<sup>1</sup>, может объединить в одно производство два или более дел 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. Принятие комиссией решения по делу. Виды принимаемых актов

Комиссия принимает определения, решения, постановления, предписания. Виды и форма актов, принимаемых комиссией, утверждены приказом Федеральной антимонопольной службы от 22.12.2006 № 337 «Об утверждении форм актов, 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, заключений экспертов, проведения опроса лиц,

располагающих сведениями о рассматриваемых обстоятельствах, комиссия принимает решение или постановление по делу.

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, оценивает заключения и пояснения экспертов, 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 (видимо, 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, 14.31<sup>1</sup>–14.33. Таким образом, данное 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, 14.31.1–14.33 КоАП РФ, и прилагается к протоколу<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> 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



Следует отметить, что согласно ч. 2 ст. 48 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.

## 6. 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 ненормативным актом органа исполнительной власти — антимонопольного органа.

Возможные виды предписаний, выдаваемых антимонопольным органом, предусмотрены ст. 23 Закона о защите конкуренции. В статье отдельно предусмотрены виды предписаний, адресуемых хозяйствующим субъектам и адресуемых 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 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.

---

вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства”» // Вестник ВАС РФ. 2010. № 11.

Как отметил в п. 23 постановления от 30.06.2008 Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 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.

## 7. Порядок обжалования решений и предписаний антимонопольного органа, принятых в порядке, предусмотренном гл. 9 Закона о защите конкуренции

Согласно ст. 52 Закона о защите конкуренции решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано (оспорено) в течение трех месяцев со дня принятия решения или предписания. Как правило, заявления об оспаривании актов антимонопольного органа подаются в арбитражный суд и рассматриваются в порядке, предусмотренном гл. 24 АПК РФ. Судебная практика рассматривает требования об оспаривании и решения и предписания как единое требование.

В случае оспаривания законности решения и предписания антимонопольного органа участником процесса исполнение предписания приостанавливается до вступления решения суда в законную 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. При пропуске срока оспаривания решения антимонопольного органа по уважительной причине суд вправе восстановить пропущенный срок.

### **§ 3. 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 объединяет акты разных отраслей права. За нарушение его норм предусмотрена административная, гражданско-правовая, уголовно-правовая ответственность, поэтому законодательством установлен различный порядок при привлечении к ответственности<sup>10</sup>.

Порядок привлечения к ответственности за административные правонарушения определен Кодексом об административных правонарушениях. 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 административного органа вправе руководитель федерального антимонопольного органа, его заместители, руководители территориальных органов и их заместители. В процессе возбуждения дела проводится при необходимости административное расследование, составляется протокол об административном правонарушении. Эти действия осуществляются должностными лицами органов, уполномоченных рассматривать дела. Перечни должностных лиц

<sup>10</sup> См. гл. 12 настоящего учебника.

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 уполномоченными составлять протоколы должностными лицами достаточных данных, которые указывают на наличие события административного правонарушения; материалы, поступившие от правоохранительных органов, а также из других государственных органов, органов местного самоуправления, от общественных организаций; сообщения и заявления физических и юридических лиц, а также сообщения в средствах массовой информации и др. Факты неисполнения предписаний, непредставления ходатайств, уведомлений, информации обычно известны непосредственно антимонопольному органу и служат 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.

Федеральным законом от 24.07.2007 № 210-ФЗ в ст. 28.1 КоАП РФ введена ч. 1.2, согласно которой поводом к возбуждению дел об административных нарушениях, предусмотренных ст. 14.9, 14.31, 14.31<sup>1</sup>–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 возбуж-

дению дела. В этом решении уже установлены факты правонарушений, предусмотренных ст. 14.9, 14.31, 14.31<sup>1</sup>–14.33 КоАП РФ, следовательно, отпадает необходимость проводить административное расследование и осуществлять ряд действий, предусмотренных при административном расследовании. Иное значение придано в этом случае протоколу. Протокол об административном правонарушении, составленный уполномоченным должностным лицом антимонопольного органа, как уже отмечалось, 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 Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации 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, 14.31.1–14.33 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; потерпев-

ший — 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 жительства этого лица. При этом необходимо учитывать, что в соответствии с ч. 2 этой статьи 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 пятнадцатидневный 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, доста-

точно ли имеющихся в деле материалов для его рассмотрения по существу и 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, ему не присущ преюдициальный характер. При рассмотрении дела о правонарушении лицом, рассматривающим дело, может быть принято иное решение.

По результатам рассмотрения дела выносятся 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 выносятся по основаниям, указанным в этой статье и в ст. 24.5 КоАП РФ, в том числе при отсутствии события и (или) состава административного правонарушения, истечения сроков давности привлечения к административной ответственности и 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 должностному лицу, составившему протокол.

## 5. 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 анти-



монопольную 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 субъекта Российской Федерации, либо в Федеральную антимонопольную службу. Жалоба на постановление, вынесенное территориальным органом (заявление об оспаривании принятого решения-акта), подается в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения территориального органа. В случае первоначального обращения лица, привлеченного к ответственности, в ФАС России, жалоба на принятое ею решение (заявление об оспаривании решения) подается вместе с жалобой на решение территориального органа<sup>11</sup>.

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 порядок ее рассмотрения в судах общей юрисдикции определены КоАП РФ.

## 6. 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. Гл. 31, 32 разд. V КоАП РФ устанавливают особенности исполнения постановлений о назначении отдельных видов наказаний, порядок прекращения и приостановления исполнения.

<sup>11</sup> О порядке обжалования решения вышестоящему органу или должностному лицу см.: Регламент подготовки и ведения дел об административных правонарушениях в центральном аппарате ФАС России (утвержден приказом ФАС России от 21.10.2008 № 415).

## **§ 4. 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) нарушении 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, третьим лицом с самостоятельными и несамостоятельными требованиями на предмет иска (заявления).

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. В силу 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 нор-

мативных 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 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. Антимонопольный орган вправе участвовать в арбитражном процессе, видимо, только в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования относительно предмета иска.

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. Судебная практика дает широкое толкование понятию влияния судебного решения на права и интересы третьего лица. Антимонопольный орган как орган исполнительной власти, осуществляющий контроль и надзор за исполнением антимонопольного законодательства, заинтересован в его правильном толковании и применении, в законности судебного решения. Поэтому судебная практика трактует такое участие в процессе как участие третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет иска (заявления).

В участии антимонопольного органа в процессе по делам, связанным с применением и (или) нарушением антимонопольного законодательства, заинтересован и арбитражный суд. Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации 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<sup>12</sup>.

Иначе определены в ст. 47 ГПК РФ основания и форма участия органов государственной власти и управления и органов местного самоуправления в судебном процессе, возбужденном другими лицами. 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 административных 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 самоуправ-

---

<sup>12</sup> Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

ления 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 Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлении от 30.06.2008 № 30 дал судам разъяснения и указания.

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 обращение становится невозможным в силу преимущества судебного порядка, поскольку ст. 11 ГК РФ гарантирует право обжалования в суд любого решения, принятого в административном порядке, и тем самым отдает 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 недействительным 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.

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). Указанным лицам суд не может отказать 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 административного дела.

Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации 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 акта по делу об оспаривании решения антимонопольного органа о нарушении антимонопольного законодательства, послужившего поводом к возбуждению дела об административном правонарушении.

Преюдициальное значение судебного акта по делу об оспаривании решения антимонопольного органа означает, что по делу об административном правонарушении при совпадении участвующих в делах лиц на основании ст. 69 АПК РФ не требуется доказывать факт правонарушения в случаях, когда 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 о нарушении антимонопольного законодательства.
7. Перечислите основания возбуждения антимонопольными органами дел о привлечении к ответственности за административные правонарушения.

## Глава 12

# Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства

---

## § 1. Общее понятие юридической ответственности

Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства является сравнительно молодым российским правовым институтом и представляет собой симбиоз норм и принципов из различных отраслей права, цель которых — обеспечить должный правовой режим экономической конкуренции<sup>1</sup>.

В юридической доктрине можно выделить *несколько основных подходов к определению юридической ответственности*.

Л.С. Явич и его последователи считают, что юридическая ответственность — это процесс реализации санкции правовой нормы.

О.С. Иоффе, М.Д. Шаргородский полагают, что это мера государственного принуждения.

Я.М. Браинин утверждает, что она представляет собой обязанность субъекта дать отчет за совершение деяния.

С.С. Алексеев и его последователи рассматривают юридическую ответственность в качестве обязанности виновного лица претерпевать неблагоприятные последствия за совершенное правонарушение.

На наш взгляд, юридическую ответственность за нарушение антимонопольного законодательства следует рассматривать как 1) правовое состояние виновного лица, в результате которого он претерпевает имущественные или иные лишения за свое деяние, и 2) восстановление должного правового режима состояния конкуренции.

---

<sup>1</sup> Проблемы юридической ответственности неоднократно становились предметом научного исследования. Из наиболее значимых работ следует отметить труды С.С. Алексеева, С.Н. Братусь, Н.В. Витрука, О.С. Иоффе, Е.А. Крашенинникова, О.Э. Лейста, И.С. Самошченко, В.Т. Смирнова, А.А. Собчака, В.А. Тархова и др. Из новейших работ, подробно анализирующих основные научные подходы к проблемам юридической ответственности, выделим два учебника: *Тихомиров Л.А. Порядок привлечения к административной ответственности: практ. пособие*. М., 2009; *Гражданское право: учеб.: в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. Т. 1 / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева и др.* М., 2010.



Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства характеризуется относительными общими для всех видов юридической ответственности чертами, поэтому она является: 1) ретроспективной, 2) негативной, 3) имущественной, 4) репутационной, 5) карательной, 6) правосстановительной. Безусловно, в ответственности за нарушение антимонопольного законодательства можно выявить и другие правовые характеристики, но они будут носить в целом вспомогательный характер.

В *ретроспективном качестве* ответственность за нарушение антимонопольного законодательства применяется за деяния, совершенные лицом в прошлом, т.е. это ответственность за прошлое поведение, следствии уже совершенного правонарушения. Ответственность наступает в результате совершения лицом в прошлом деликтного деяния, запрещенного в силу его общественной опасности.

Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства носит для виновного лица *негативный характер*: в результате привлечения к ответственности такое лицо претерпевает определенные лишения.

Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства носит, как правило, *имущественный характер* (например, административный штраф) или создает предпосылки для применения к лицу, виновному в нарушении антимонопольного законодательства, гражданско-правовой санкции (например, компенсация упущенной выгоды).

*Репутационные характеристики* рассматриваемого вида ответственности проявляются, например, когда нормативный правовой акт органа власти признается незаконным. В результате страдает репутация виновного органа и создаются предпосылки для применения к нему более строгой конституционно-правовой ответственности. Другим примером репутационной ответственности можно назвать дисквалификацию виновного лица.

*Карательные качества* ответственности за нарушение антимонопольного законодательства заключаются в том, что для виновного лица ответственность выступает в качестве кары, при этом не имеет значения, носит ли подобная кара имущественный или неимущественный характер.

*Правосстановительные характеристики* ответственности за нарушение антимонопольного законодательства состоят в том, что такая ответственность направлена на восстановление конкуренции на товарном рынке.

Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства в своем практическом применении может реализовываться:

1) через **гражданско-правовые механизмы** — например, признание сделки недействительной из-за того, что был нарушен порядок получения у антимонопольного органа предварительного согласия на осуществление сделок; признание недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству; взыскание в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства;

2) **уголовно-правовые механизмы** — привлечение виновного лица к уголовной ответственности, установленной ст. 178 «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции» УК РФ;

3) **административно-правовые механизмы** — например, наложение штрафа за совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации (ст. 14.31 КоАП РФ «Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке»). Другой пример — дисквалификация за заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, а равно участие в нем или осуществление хозяйствующим субъектом недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий (ст. 14.32 «Заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности»);

4) **конституционно-правовые механизмы** — например, признание 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.

Существуют **специфические формы ответственности** за нарушение антимонопольного законодательства, реализуемые через специальные антимонопольные институты или санкции, не имеющие прямых аналогов в других отраслях права. Среди них, например, обязанность нару-

шителя антимонопольного законодательства исполнить предписание, выданное ему антимонопольным органом и обладающее всеми признаками наказания за совершенное правонарушение (в наиболее явном виде таким может быть предписание о перечислении в бюджет дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства). Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства зачастую также создает предпосылки для претерпевания виновным лицом последующих лишений.

Защиту общества от нарушений антимонопольного законодательства обеспечивает совокупность институтов различных отраслей права, имеющих общую правосстановительную и превенционную направленность.

## **§ 2. Административно-правовая ответственность за нарушение антимонопольного законодательства**

КоАП РФ устанавливает следующие характеристики, общие для всех видов административного наказания:

- превенционную правовую направленность наказания в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим виновным лицом, так и другими лицами;
- пределы наказания, вытекающие из запрета на унижение человеческого достоинства физического лица — правонарушителя и запрета на причинение ему физических страданий, а также запрета на нанесение вреда деловой репутации юридического лица (ст. 3.1 «Цели административного наказания»).

Указанные характеристики административного наказания в полной мере применимы и к административным наказаниям, применяемым в случае нарушения антимонопольного законодательства.

### **1. Вина лиц при привлечении их к административной ответственности**

Статья 1.5 КоАП РФ «Презумпция<sup>2</sup> невиновности» предусматривает, что:

---

<sup>2</sup> От *лат.* *praesumptio* — предположение.

- административная ответственность наступает только за те правонарушения, в отношении которых установлена вина лица (в данном случае — физического лица);

- эта вина должна быть не только доказана в установленном порядке, но и установлена вступившим в законную силу постановлением. В противном случае лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, считается невиновным;

- лицо, привлекаемое к административной ответственности, не обязано доказывать свою невиновность (это положение действует за некоторыми исключениями);

- неустранимые сомнения в виновности лица, привлекаемого к административной ответственности, толкуются в его пользу<sup>3</sup>.

КоАП РФ устанавливает две формы вины: умысел и неосторожность. В первом случае нарушитель осознает противоправный характер своего действия (бездействия), предвидит его вредные последствия, желает их или сознательно допускает либо относится к таким последствиям безразлично. Во втором случае нарушитель либо предвидит возможность наступления вредных последствий своих действий (бездействия), но самонадеянно рассчитывает на предотвращение таких последствий (без достаточных к тому оснований), либо не предвидит возможности наступления таких последствий, хотя должен и может предвидеть. Форма вины в ряде случаев может повлиять на вид примененного наказания (например, вместо штрафа на лицо, совершившее малозначительное правонарушение по неосторожности, может налагаться предупреждение) и размеры штрафов (установлены верхние и нижние границы).

Большинство статей КоАП РФ предусматривают ответственность при совершении правонарушений в форме умысла или неосторожности. При этом в отдельных нормах КоАП РФ прямо указывается на вину в форме умысла, а в других статьях, наоборот, ссылок на форму вины нет, но составы правонарушений сформулированы так, что можно говорить только об умышленной вине. К последним относятся в том числе ст. 14.9 «Ограничение конкуренции органами власти, органами местного самоуправления», 14.31 «Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке», 14.31.1 «Злоупотребление доминирующим положением хозяйствующим субъектом, доля которого на рынке

---

<sup>3</sup> Еще древние римляне, которые много веков назад создали одну из самых совершенных систем права, придерживались следующих основополагающих принципов: *indubioprogego* (при сомнении — в пользу подсудимого) и *indubioabstine* (при сомнении воздержись). Сегодня в российском законодательстве сходные принципы закреплены и в уголовном законодательстве, и в законодательстве об административных правонарушениях.

определенного товара составляет менее 35 процентов», 14.32 «Заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности», 14.33 «Недобросовестная конкуренция», 14.40 «Нарушение антимонопольных правил, установленных федеральным законом, при осуществлении торговой деятельности».

Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него была возможность соблюдать правила и нормы, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данное лицо не приняло все зависящие от него меры по их соблюдению (ст. 2.1 КоАП РФ).

Данные предписания КоАП РФ имеют универсальный масштаб применения и исключают возможность необоснованного привлечения к административной ответственности (Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 06.07.2010 № 934-О-О).

Конституционный Суд неоднократно указывал, что наличие вины как элемента субъективной стороны состава правонарушения является одним из принципов юридической ответственности. При этом конституционные положения о презумпции невиновности и бремени доказывания (которое возлагается на органы государства и их должностных лиц) выражают общие принципы права при применении государственного принуждения карательного (штрафного) характера в сфере публичной ответственности в уголовном и в административном праве. Эти указания содержатся во многих актах Конституционного Суда (постановления от 07.06.2000 № 10-П, от 27.04.2001 № 7-П, от 17.07.2002 № 13-П и др.).

Позднее Конституционный Суд детализировал свою позицию относительно вопросов виновности юридического лица в конкурентном праве. Суд указал, что в качестве необходимого элемента общего понятия состава правонарушения выступает вина, наличие которой является во всех отраслях права предпосылкой возложения юридической ответственности, если иное прямо и недвусмысленно не установлено законодателем. Антимонопольное законодательство не может не предполагать, что отсутствие вины при его нарушении является обстоятельством, исключающим ответственность, и что с антимонопольного органа не снимается обязанность установить вину субъекта предпринимательской деятельности как условие последующей ответственности. Конституция РФ возлагает обязанность по доказыванию вины в совершении противоправного деяния на соответствующие государственные

органы применительно к сфере уголовной ответственности. В процессе правового регулирования других видов юридической ответственности законодатель вправе решать вопрос о распределении бремени доказывания вины иным образом, учитывая особенности соответствующих отношений и субъектов этих отношений (в частности, предприятий, учреждений, организаций и лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью).

Кроме юридических лиц (в том числе некоммерческих организаций) к административной ответственности по ряду «антимонопольных» статей привлекаются и конкретные должностные лица, а также приравненные к ним индивидуальные предприниматели. В ст. 14.9 КоАП РФ «Ограничение свободы торговли» имеется указание на специальный субъект ответственности: должностные лица федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных лиц органов или организаций, государственных внебюджетных фондов.

Решая вопрос о бремени доказывания, законодатель, учитывая также требования неотвратимости ответственности и интересы защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и свобод других лиц, вправе освободить органы государственной власти от доказывания вины при обеспечении возможности для самих субъектов правонарушения подтверждать свою невиновность в вытекающих из ст. 46 Конституции РФ процедурах судебного обжалования, предусмотренных процессуальным законодательством. Возможность такого обжалования не исключается и Федеральным законом «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции). Поскольку специфика предпринимательской деятельности, в связи с которой предусматривается возложение на хозяйствующие субъекты неблагоприятных последствий совершения ими определенных злоупотреблений, заключается в том, что такие деяния совершаются в условиях неочевидности, обеспечение необходимого баланса публичных и частных интересов не исключает возможность возложения бремени доказывания невиновности на осуществляющие предпринимательскую деятельность субъекты (постановление КС РФ от 24.06.2009 № 11-П).

Очевидно, что с развитием капитализма в современной России, активизацией предпринимательской деятельности юридические лица начинают играть основную роль в правоотношениях, обеспечивающих поддержание и защиту конкуренции на товарных рынках. Сохранение же доктринального похода советского периода к вопросу вины как психического отношения к совершенному деянию исключали саму воз-

возможность привлечения к публичной ответственности любого коллективного образования.

Даже сами дефиниции ст. 2.2 «Формы вины» (административное правонарушение признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, *сознавало* противоправный характер своего действия (бездействия), *предвидело* его вредные последствия и желало наступления таких последствий или сознательно их *допускало* либо относилось к ним безразлично; административное правонарушение признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, *предвидело* возможность наступления вредных последствий своего действия (бездействия), но без достаточных к тому оснований *самонадеянно рассчитывало* на предотвращение таких последствий либо *не предвидело возможности* наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть) описывают формы вины физического лица — субъекта, способного *предвидеть*, *осознавать*, *допускать*, т.е. иметь субъективное психическое, волевое отношение к своему деянию.

Применительно же к вопросам виновного отношения юридических лиц к публичным деликтам следует говорить не об объективном вменении, а об определении вины на основе установления прямой причинно-следственной связи между действием (бездействием) юридического лица и наступившими неблагоприятными последствиями.

## 2. Виды административных наказаний, применяемых за нарушение антимонопольного законодательства

Глава 3 КоАП РФ «Административное наказание» устанавливает девять самостоятельных видов административных наказаний: 1) предупреждение; 2) административный штраф; 3) возмездное изъятие орудия совершения или предмета административного правонарушения; 4) конфискация орудия совершения или предмета административного правонарушения; 5) лишение специального права, предоставленного физическому лицу; 6) административный арест; 7) административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства; 8) дисквалификация; 9) административное приостановление деятельности (ст. 3.2).

За нарушение антимонопольного законодательства применяются только два вида наказаний — административный штраф и дисквалификация. При этом в отношении правонарушителей юридических лиц применяется только административный штраф (ч. 2 ст. 3.2).

**Административный штраф** — наиболее распространенная мера административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Административный штраф является денежным взысканием с виновного лица, исчисляемым в рублях. Штрафы могут устанавливаться в твердом (фиксированном) и дифференцированном исчислении. Фиксированный размер штрафа не может быть менее 100 рублей. Максимальный размер штрафа для должностных лиц может достигать 50 тыс. рублей.

За правонарушения в сфере защиты конкуренции штрафы для юридических лиц установлены в твердом (фиксированном) и дифференцированном исчислении:

— в твердом (фиксированном) исчислении установлены штрафы за невыполнение в срок предписаний антимонопольного органа, непредставление сведений (информации), ходатайств и уведомлений (максимальный размер штрафа составляет 500 тыс. рублей);

— за злоупотребление доминирующим положением, а также за заключение ограничивающих конкуренцию соглашений установлены штрафы в дифференцированном исчислении, кратные сумме выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение (далее — соответствующий товарный рынок), 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 товара (работы, услуги) в предшествующем календарном году.

Дифференциация штрафа, кратного сумме выручки правонарушителя на соответствующем товарном рынке, призвана задать соответствие между размером санкции и масштабом вредоносного воздействия правонарушителя на состояние конкуренции на товарном рынке.

Размер административного штрафа, исчисляемого исходя из суммы выручки правонарушителя на соответствующем товарном рынке, не может превышать  $1/25$  совокупного размера суммы выручки от реализации правонарушителем *всех* товаров (работ, услуг) 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 (работ, услуг) в предшествующем календарном году.

Под выручкой от реализации товаров (работ, услуг) для целей применения гл. 14 КоАП РФ понимается выручка от реализации товаров (работ, услуг), определяемая в соответствии со ст. 248 и 249 Налогового кодекса Российской Федерации.

Бланкетное установление размера административного штрафа с определением его минимального и максимального пределов позволяет правоприменителю использовать эту меру наказания с учетом характера совершенного правонарушения, имущественного и финансового положения правонарушителя, а также обстоятельств, смягчающих либо отягчающих административную ответственность (определения Конституционного Суда РФ от 09.04.2003 № 116-О, от 20.03.2007 № 207-О-О и др).

Административный штраф имеет публично-правовую направленность и не преследует цели удовлетворения интересов лиц, которые пострадали в результате нарушения антимонопольного законодательства: вся сумма административного штрафа подлежит зачислению в полном объеме в бюджет.

Согласно ст. 46 «Штрафы и иные суммы принудительного изъятия» Бюджетного кодекса Российской Федерации суммы штрафов за нарушение законодательства Российской Федерации о защите конкуренции, антимонопольного законодательства Российской Федерации, подлежат зачислению в федеральный бюджет полностью (пп. 1 п. 1). За неисполнение предписаний антимонопольного органа в федеральный бюджет зачисляется 40% от размера уплаченного штрафа, в бюджет субъекта Российской Федерации, на территории которого зарегистрированы юридические лица или индивидуальные предприниматели, допустившие нарушение, зачисляется 60% от размера уплаченного штрафа (пп. 2 п. 1).

Административный штраф должен быть уплачен лицом, привлеченным к административной ответственности, не позднее 30 дней со дня вступления постановления о наложении административного штрафа в законную силу (ст. 32.2 КоАП РФ).

КоАП РФ предусматривает возможность отсрочки и рассрочки исполнения постановления о назначении административного наказания в виде штрафа. Если есть обстоятельства, из-за которых исполнить постановление о назначении административного наказания в виде административного штрафа невозможно в установленные сроки, то судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, могут отсрочить

исполнение постановления на срок до одного месяца. С учетом материального положения лица, привлеченного к административной ответственности, уплата административного штрафа может быть рассрочена судьей, органом, должностным лицом, вынесшими постановление, на срок до трех месяцев (ст. 31.5).

Лицо, привлеченное к административной ответственности, вносит или перечисляет сумму административного штрафа через банк или иную кредитную организацию либо платежному агенту, осуществляющему деятельность по приему платежей физических лиц, или банковскому платежному агенту, осуществляющему деятельность в соответствии с законодательством о банках и банковской деятельности (ч. 3 ст. 32.2 КоАП РФ).

Мерой, направленной на своевременную уплату административного штрафа, являются санкции, предусмотренные ст. 20.25 КоАП РФ:

неуплата административного штрафа в установленный срок влечет наложение административного штрафа в двукратном размере от суммы неуплаченного административного штрафа либо административный арест на срок до 15 суток;

при отсутствии документа, свидетельствующего об уплате административного штрафа, судья, орган, должностное лицо, вынесшие постановление, направляют соответствующие материалы судебному приставу-исполнителю для взыскания суммы штрафа в порядке, предусмотренном Федеральным законом от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (в редакции от 27.07.2010). Кроме того, руководитель федерального антимонопольного органа, или его заместители, руководители территориальных органов федерального антимонопольного органа, или их заместители составляют протокол об административном правонарушении, выразившемся в неуплате административного штрафа.

Административный штраф и дисквалификация могут устанавливаться и применяться только в качестве основных административных наказаний (ст. 3.3 «Основные и дополнительные административные наказания»).

**Дисквалификация** является наиболее значимой административной санкцией для физических лиц, виновных в нарушении антимонопольного законодательства.

Согласно ст. 3.11 КоАП РФ дисквалификация заключается в лишении физического лица права замещать должности федеральной государственной гражданской службы, должности государственной

гражданской службы субъекта Российской Федерации, должности муниципальной службы, занимать должности в исполнительном органе управления юридического лица, входить в совет директоров (наблюдательный совет), осуществлять предпринимательскую деятельность по управлению юридическим лицом, а также осуществлять управление юридическим лицом в иных случаях.

Дисквалификация имеет двойные юридические последствия: 1) ретроспективные и 2) проспективные. В качестве ретроспективных последствий она служит основанием для прекращения трудовых или иных устойчивых отношений с юридическим лицом, т.е. направлена на прерывание устойчивой связи между виновным лицом и его работодателем — юридическим лицом. В проспективном качестве она служит непреодолимым препятствием для замещения виновным лицом перечисленных в ст. 3.11 КоАП РФ должностных позиций.

Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (в редакции от 14.12.2010) (далее — Закон о госслужбе) устанавливает, что должности федеральной государственной гражданской службы учреждаются федеральным законом или указом Президента Российской Федерации, должности государственной гражданской службы субъектов Российской Федерации — законами или иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации в целях обеспечения исполнения полномочий государственного органа либо лица, замещающего государственную должность.

Должности гражданской службы классифицируются по категориям и группам, подразделяясь на следующие категории: руководители; помощники (советники); специалисты; обеспечивающие специалисты, — а также на группы: высшие должности; главные должности; ведущие должности; старшие должности; младшие должности (ст. 8 и 9).

Правоприменительная практика по вопросам применения дисквалификации в отношении госслужащих еще окончательно не сформировалась, но представляется очевидным, что данный вид административной санкции предназначен прежде всего для госслужащих категории «руководители» как лиц, способных принимать ключевые руководящие решения в госоргане.

Согласно п. 5 ч. 2 ст. 39 Закона о госслужбе дисквалификация госслужащего является основанием для прекращения его служебного контракта, освобождения его от замещаемой должности гражданской службы и увольнения с гражданской службы.

Федеральное законодательство о муниципальной службе устанавливает, что муниципальным служащим является гражданин, исполняющий в порядке, определенном муниципальными правовыми актами в соответствии с федеральными законами и законами субъекта Российской Федерации, обязанности по должности муниципальной службы за денежное содержание, выплачиваемое за счет средств местного бюджета (ст. 10 Федерального закона от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» (в редакции от 17.07.2009) (далее — Закон о муниципальной службе).

Согласно п. 4 ст. 19 Закона о муниципальной службе дисквалификация является основанием для расторжения трудового договора с муниципальным служащим.

Если в отношении лиц публичной службы дисквалификация означает не только прекращение должностной работы, но и невозможность ее осуществления в течение определенного периода, то в отношении работы в других юридических лицах дисквалификация означает запрет на замещение должности в исполнительном органе управления юридического лица, вхождение в совет директоров (наблюдательный совет), осуществление предпринимательской деятельности по управлению юридическим лицом. Иначе говоря, дисквалификация означает для виновного лица прекращение участия и невозможность такого участия в течение определенного отрезка времени в управлении юридическим лицом. Принципиально важным для понимания юридических характеристик дисквалификации является то, что запрет на замещение должностей управления в юридическом лице означает запрет на работу в таких органах, в которых виновное лицо осуществляет деятельность не в результате своего особого правового статуса участника хозяйственного общества, например акционера или участника общества с ограниченной ответственностью.

Корпоративное законодательство относит к органам управления, к участию в работе которых могут быть привлечены не только участники и акционеры обществ, единоличный исполнительный орган общества и коллегиальный исполнительный орган общества с ограниченной ответственностью (ст. 40 и 41 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»), а также совет директоров (наблюдательный совет) общества, исполнительный (единоличный или коллегиальный) орган общества (гл. VIII Федерального закона «Об акционерных обществах»).

Соответственно дисквалифицированное лицо лишается возможности осуществлять функции указанных органов, замещать должности в указанных органах.

Административное наказание в виде дисквалификации назначается судьей.

Дисквалификация устанавливается на срок от шести месяцев до трех лет.

Законодательство об административных правонарушениях относит правонарушения в антимонопольной сфере к особо значимым, закрепляя возможность назначения максимального срока дисквалификации и не устанавливая ее низшего предела (гл. 14 «Административные правонарушения в области предпринимательской деятельности»).

Постановление о дисквалификации после вступления постановления в законную силу должно быть немедленно исполнено лицом, привлеченным к административной ответственности, путем прекращения управления юридическим лицом. Исполнение постановления о дисквалификации производится путем прекращения договора (контракта) с дисквалифицированным лицом на осуществление им деятельности по управлению юридическим лицом.

При заключении договора (контракта) на осуществление деятельности по управлению юридическим лицом уполномоченное заключить договор (контракт) лицо обязано запросить информацию о наличии дисквалификации физического лица в органе, ведущем реестр дисквалифицированных лиц.

Формирование и ведение реестра дисквалифицированных лиц осуществляются Министерством внутренних дел Российской Федерации — органом, уполномоченным на это Правительством Российской Федерации (постановление Правительства РФ от 02.08.2005 № 483 «Об уполномоченном органе, осуществляющем формирование и ведение реестра дисквалифицированных лиц»).

Согласно Положению о формировании и ведении реестра дисквалифицированных лиц последний формируется и ведется в целях обеспечения учета лиц, дисквалифицированных на основании вступивших в силу постановлений судов о дисквалификации, а также для обеспечения заинтересованных лиц информацией о дисквалифицированных лицах.

Копии постановлений о дисквалификации направляются вынесшими их судами в МВД России либо его территориальный орган.

В реестре указываются следующие сведения о дисквалифицированном лице:

- фамилия, имя, отчество, год и место рождения, место жительства;
- в какой организации и на какой должности указанное лицо работало во время совершения правонарушения;
- дата совершения правонарушения, его суть и квалификация (указывается статья Кодекса);
- срок дисквалификации;
- даты начала и истечения срока дисквалификации.

Информация, содержащаяся в реестре, является открытой (п. 5 Положения о формировании и ведении реестра дисквалифицированных лиц). Данная норма не в полной мере соответствует Федеральному закону от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных».

Уже пять лет действуют приказ МВД России от 22.11.2006 № 957 «Об утверждении наставления по формированию и ведению реестра дисквалифицированных лиц» и Инструкция о порядке предоставления информации о дисквалифицированных лицах. Однако детально вопросы порядка предоставления и получения информации о дисквалифицированных лицах в этих документах не регламентированы.

Санкции по недопущению деятельности дисквалифицированного лица установлены в ст. 14.23 КоАП РФ «Осуществление дисквалифицированным лицом деятельности по управлению юридическим лицом». Данная статья предусматривает следующие санкции: штраф в размере 5 тыс. рублей — за осуществление дисквалифицированным лицом в течение срока дисквалификации деятельности по управлению юридическим лицом, штраф в размере до 100 тыс. рублей для юридического лица — за заключение с дисквалифицированным лицом договора (контракта) на управление юридическим лицом, а равно неприменение последствий прекращения его действия.

### 3. Нарушения антимонопольного законодательства, содержащие состав административного правонарушения

Законодательство об административных правонарушениях устанавливает ответственность за основные виды нарушений антимонопольного законодательства.

Ответственность за монополистическую деятельность хозяйствующих субъектов предусмотрена в ст. 14.31, 14.31<sup>1</sup> и 14.32 КоАП РФ. Действия, составляющие объективную сторону указанных правонарушений, представляют собой нарушение установленных в антимонопольном законодательстве запрета на злоупотребление доминирующим

положением, а также запрета на заключение антиконкурентных соглашений и осуществление антиконкурентных согласованных действий.

Административное наказание применяется за любое злоупотребление доминирующим положением, независимо от того, что явилось общественно вредным последствием такого злоупотребления: ограничение конкуренции на товарном рынке либо ущемление интересов контрагента действиями хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение. Не влекут административной ответственности действия, являющиеся злоупотреблением доминирующим положением, которые в установленном порядке признаются *допустимыми*. Общие критерии признания действий допустимыми установлены в ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции, в этой же части установлен перечень видов злоупотребления доминирующим положением, которые в принципе могут быть признаны допустимыми. Не могут быть признаны допустимыми и всегда влекут административную ответственность следующие виды злоупотребления доминирующим положением:

- 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;
- 4) экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара;
- 5) экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом;
- 6) установление финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги;
- 7) нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Могут быть признаны допустимыми случаи злоупотребления доминирующим положением, которые выразились в сокращении или прекращении производства товаров, в создании дискриминационных условий, в создании препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка отдельным хозяйствующим субъектам, а также в иных действиях, имевших своим последствием ограничение конкуренции на

товарном рынке либо ущемление интересов контрагента действиями хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение.

К административной ответственности за злоупотребление доминирующим положением привлекаются должностные лица (для которых установлены наказания в виде фиксированного штрафа от 20 тыс. до 50 тыс. рублей, а также дисквалификация на срок до трех лет) и юридические лица (для которых установлен дифференцированный штраф, кратный сумме выручки правонарушителя, с «разбегом» этой санкции от 1 до 15% выручки на соответствующем товарном рынке; предельный размер штрафа за рассматриваемое правонарушение не может превышать 2% от совокупной выручки правонарушителя на всех товарных рынках).

Если злоупотребление доминирующим положением совершено хозяйствующим субъектом, доля которого на товарном рынке составляет менее 35%, то:

— виновное должностное лицо такого хозяйствующего субъекта может быть наказано *только штрафом* в размере от 15 тыс. до 20 тыс. рублей;

— сам хозяйствующий субъект может быть подвергнут *только фиксированному штрафу* в размере от 300 тыс. до 1 млн рублей.

Статья 14.32 КоАП РФ содержит четыре самостоятельных состава административных правонарушений и устанавливает ответственность за заключение хозяйствующими субъектами ограничивающих конкуренцию соглашений, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, за ограничивающую конкуренцию координацию экономической деятельности, а также за заключение ограничивающих конкуренцию соглашений публично-правовыми образованиями друг с другом и (или) с хозяйствующими субъектами.

Как и ст. 14.31 и 14.31<sup>1</sup>, ст. 14.32 носит бланкетный характер и предусматривает ответственность за нарушение запретов, которые установлены в антимонопольном законодательстве (ст. 11 и 16 Закона о защите конкуренции).

Нарушение хозяйствующими субъектами запретов на антиконкурентные соглашения и согласованные действия, а также запрета на антиконкурентную координацию экономической деятельности влечет ответственность должностных лиц таких хозяйствующих субъектов (для которых установлены наказания в виде фиксированного штрафа от 20 тыс. до 50 тыс. рублей, а также дисквалификация на срок до трех лет) и самих хозяйствующих субъектов — юридических лиц (для которых установлен дифференцированный штраф, кратный сумме выручки



правонарушителя, с «разбегом» этой санкции от 1 до 15% выручки на соответствующем товарном рынке; предельный размер штрафа за рассматриваемое правонарушение не может превышать 4% от совокупной выручки правонарушителя на всех товарных рынках и не может быть менее 100 тыс. рублей).

Антиконкурентное соглашение с участием публично-правовых образований влечет наказание виновного должностного лица публично-правового образования в виде фиксированного штрафа от 20 тыс. до 50 тыс. рублей, а также дисквалификацию на срок до трех лет.

Ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия, которые признаются антимонопольным органом или судом допустимыми, не влекут административной ответственности.

Участник антиконкурентных соглашений и согласованных действий может быть освобожден от административной ответственности в случае, если он выполнит следующие условия:

1) добровольно заявит в антимонопольный орган о заключении им недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения или об осуществлении недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий;

2) откажется от участия или дальнейшего участия в соглашении либо от осуществления или дальнейшего осуществления согласованных действий;

3) будет первым из числа участников антиконкурентного соглашения, кто обратился в антимонопольный орган со сведениями, позволяющими антимонопольному органу раскрыть административное правонарушение.

При этом должны выполняться условия, которые не зависят от заявителя — участника соглашения (согласованных действий):

представленные им сведения и документы должны являться достаточными для установления события административного правонарушения;

на момент обращения заявителя антимонопольный орган не должен располагать соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении.

Не подлежит рассмотрению заявление, поданное одновременно от имени нескольких лиц, заключивших недопустимое в соответствии с антимонопольным законодательством соглашение или осуществлявших недопустимые в соответствии с антимонопольным законодательством согласованные действия.

Статья 14.9 КоАП РФ устанавливает ответственность федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных лиц органов или организаций, государственных внебюджетных фондов за совершение действий, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, а равно к ограничению свободного перемещения товаров (работ, услуг), свободы экономической деятельности. За однократное совершение такого правонарушения предусмотрен фиксированный штраф в размере от 15 тыс. до 30 тыс. рублей; за повторное — помимо штрафа правонарушитель может быть дисквалифицирован на срок до трех лет. Кроме того, административные наказания установлены за неисполнение в срок предписания антимонопольного органа (ст. 19.5 КоАП РФ), а также за непредставление в антимонопольный орган ходатайств, уведомлений, сведений (информации), предусмотренных антимонопольным законодательством (ст. 19.8 КоАП РФ).

### **§ 3. Уголовная ответственность за нарушения антимонопольного законодательства<sup>4</sup>**

Уголовная ответственность является неотвратимой обязанностью лица, нарушившего уголовно-правовой запрет, понести за данное деяние неблагоприятные последствия в виде лишения или ограничений его прав и свобод, установленные уголовным законом и реализуемые в форме государственного властного принуждения (гл. 9 «Понятие и цели наказания. Виды наказаний» разд. III «Наказание» Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ)).

Напомним, что цели уголовного наказания, установленного в УК РФ, в полной мере свойственны наказаниям, установленным за недопущение, ограничение и устранение конкуренции: 1) превенция (предупреждение совершения новых преступлений), 2) правосознательная направленность (восстановление социальной справедливости) и 3) реабилитационная направленность (исправление осужденного) (ст. 43 УК РФ «Понятие и цели наказания»).

---

<sup>4</sup> При написании настоящего параграфа авторами были использованы информационно-справочные материалы, подготовленные С.А. Пузыревским.

В российском законодательстве предусмотрено 12 видов уголовных наказаний, три из них являются санкциями за преступления, связанные с недопущением, ограничением или устранением конкуренции. Это:

- 1) штраф;
- 2) лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;
- 3) лишение свободы на определенный срок.

**Штраф.** Характеристики штрафа как вида уголовного наказания содержатся в ст. 46 УК РФ. Штраф есть денежное взыскание, налагаемое на виновное лицо. Такое взыскание может предусматриваться в фиксированном исчислении (минимальный размер штрафа — 2500 рублей, максимальный — 1 млн рублей), в доходном исчислении (в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух недель до пяти лет), а также в кратном исчислении либо исчисляется в величине, кратной стоимости предмета или сумме коммерческого подкупа или взятки. Кратный штраф устанавливается в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух недель до пяти лет. Штраф в размере от 500 тыс. рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период свыше трех лет может назначаться только за тяжкие и особо тяжкие преступления.

Размер штрафа определяется судом с учетом тяжести совершенного преступления и имущественного положения осужденного и его семьи, а также возможности получения осужденным заработной платы или иного дохода. С учетом тех же обстоятельств суд может назначить штраф с рассрочкой выплаты определенными частями на срок до трех лет.

**Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.** Согласно ст. 47 УК РФ, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью состоит в запрещении занимать должности на государственной службе, в органах местного самоуправления либо заниматься определенной профессиональной или иной деятельностью.

Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью может устанавливаться в качестве основного и дополнительного наказания.

В качестве основного наказания данное наказание устанавливается на срок от одного года до пяти лет, в качестве дополнительного — от шести месяцев до трех лет.

В исключительных случаях лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью устанавливается на срок до 20 лет в качестве дополнительного вида наказания.

Если суд с учетом характера и степени общественной опасности совершенного преступления и личности виновного признает невозможным сохранение за ним права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, то он может назначить лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в качестве дополнительного вида наказания и в случаях, когда оно не предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК РФ в качестве наказания за соответствующее преступление.

*Лишение свободы на определенный срок.* Лишение свободы является наиболее суровым видом уголовного наказания. В настоящее время политика государства направлена на гуманизацию уголовного законодательства. Существует вероятность, что лишение свободы в качестве наказания за преступления в экономической сфере будет заменено другими более гуманными видами наказаний, например штрафами.

Лишение свободы согласно ст. 56 УК РФ заключается в изоляции осужденного от общества путем направления его в колонию-поселение, помещения в воспитательную колонию, лечебное исправительное учреждение, исправительную колонию общего, строгого или особого режима либо в тюрьму.

Минимальный срок лишения свободы — два месяца, максимальный — 20 лет.

6 декабря 2011 года принят Федеральный закон № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации». Статьей 4 указанного Закона изменена редакция ст. 178 УК РФ «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции».

В новой редакции ч. 1 ст. 178 УК РФ предусматривает ответственность за недопущение, ограничение или устранение конкуренции путем заключения хозяйствующими субъектами — конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля)<sup>5</sup>, неоднократного злоупотребления доминирующим положением, выразившимся в уста-

---

<sup>5</sup> 6 декабря 2011 года, когда данный учебник готовился к изданию, был принят «третий антимонопольный пакет», о котором неоднократно говорилось в предыдущих главах. Применительно к рассматриваемой теме укажем, что в отечественном законодательстве впервые было закреплено и раскрыто понятие «картель».

новлении и (или) поддержании монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, необоснованном отказе или уклонении от заключения договора, ограничении доступа на рынок, если эти деяния причинили крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекли извлечение дохода в крупном размере. Указанные деяния наказываются штрафом в размере от 300 тыс. до 500 тыс. рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет либо лишением свободы на срок до трех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью до одного года либо без такового.

В соответствии со ст. 178 УК РФ уголовно наказуемыми признаются три вида действий, связанных с нарушением публично-конкурентного баланса. Это действия, направленные на 1) недопущение, 2) ограничение или 3) устранение конкуренции. Указанные действия могут реализовываться путем:

- 1) заключения ограничивающих конкуренцию соглашений;
- 2) осуществления ограничивающих конкуренцию согласованных действий;
- 3) неоднократного злоупотребления доминирующим положением, выразившегося в установлении и (или) поддержании монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, в необоснованном отказе или уклонении от заключения договора, в ограничении доступа на рынок.

Данный состав является материальным: для наступления уголовной ответственности за указанные действия необходимо 1) причинение крупного ущерба гражданам, организациям или государству либо 2) извлечение дохода в крупном размере. В качестве специальных признаков состава преступления отсутствуют прямое указание в статье на форму вины и мотив преступления, однако, как и в рассмотренных выше случаях привлечения к административной ответственности, суд должен установить умысел, направленный на ограничение, недопущение или устранение конкуренции в действиях лиц, привлекаемых к уголовной ответственности.

Квалифицирующими признаками преступления названы:

- 1) использование своего служебного положения;
- 2) уничтожение или повреждение чужого имущества либо угроза его уничтожения или повреждения при отсутствии признаков вымогательства;
- 3) причинение особо крупного ущерба либо извлечение дохода в особо крупном размере.

При наличии всей совокупности необходимых признаков преступления оно наказывается 1) штрафом в размере а) от 300 тыс. до 500 тыс. рублей или б) в размере заработной платы или в) иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет либо 2) лишением свободы на срок до трех лет, сопряженным с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью до одного года либо без такового.

Если преступление причинило крупный ущерб либо виновное лицо извлекло доход, наказание увеличивается и составляет: 1) лишение свободы на срок до шести лет со а) штрафом в размере до 1 млн рублей или б) в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до пяти лет либо без такового с в) лишением права занимать определенные должности или г) заниматься определенной деятельностью от одного года до трех лет либо д) без такового.

Специальные условия ответственности предусмотрены для совершения преступления с применением насилия или с угрозой его применения: здесь наказания возрастают до 1) лишения свободы на срок до семи лет с а) лишением права занимать определенные должности или б) заниматься определенной деятельностью на срок от одного года до трех лет. В Уголовном кодексе Российской Федерации установлены специальные критерии в отношении дохода в крупном размере и крупного ущерба применительно к составу ст. 178 УК РФ.

Доходом в крупном размере признается доход, сумма которого превышает 25 млн рублей, доходом в особо крупном размере — 25 млн рублей.

Крупным ущербом признается ущерб, сумма которого превышает 1 млн рублей, а особо крупным ущербом — 3 млн рублей.

Неоднократным злоупотреблением доминирующим положением является совершение лицом злоупотребления доминирующим положением более двух раз в течение трех лет, за которые указанное лицо ранее было привлечено к административной ответственности.

Де-юре, с учетом ст. 19, 20, 21 УК РФ, субъектом преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ может быть вменяемое физическое лицо, достигшее 16 лет. Однако де-факто, с учетом специфики противоправных действий (бездействия), уголовные дела возбуждаются в отношении индивидуальных предпринимателей, руководителей и должностных лиц коммерческих и некоммерческих организаций, их объединений, а также должностных лиц органов государственной власти и органов местного самоуправления.

## **§ 4. Конституционная ответственность за нарушения антимонопольного законодательства**

Согласно пп. «а» п. 6 ст. 23 Закона о защите конкуренции ФАС России обладает полномочиями по осуществлению нормоконтроля за правовыми актами 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, Банка России.

Данные полномочия антимонопольного органа реализуются путем обращения в арбитражный суд с исками, заявлениями о признании 1) недействующими либо 2) недействительными полностью или частично противоречащих антимонопольному законодательству, в том числе создающих необоснованные препятствия для осуществления предпринимательской деятельности, нормативных правовых актов или ненормативных актов указанных выше публично-правовых образований.

Таким образом, ФАС России контролирует законность актов, издаваемых 1) федеральными органами исполнительной власти, 2) органами государственной власти субъектов Российской Федерации, 3) органами местного самоуправления, 4) иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, 5) государственными внебюджетными фондами, 6) Банком России.

Конституционная ответственность в форме аннулирования незаконного акта является ответственностью 1) правосоставительной — направленной на воссоздание должного режима правового регулирования, 2) протокарательной — создающей предпосылки для последующей ответственности, например досрочного прекращения полномочий виновного органа либо лица.

Такая ответственность может быть: 1) ретроспективной (признание судом актов недействительными, аннулирует все юридические последствия, связанные с изданием акта, т.е. в данном случае акт признается не порождающим правовых последствий с момента его издания) либо 2) проспективной (признание судом актов недействующими лишает их юридической силы с момента вступления в силу судебного решения о подобном признании).

Помимо указанных способов судебного обеспечения полномочий ФАС России по нормоконтролю, законодательством установлены административные способы обеспечения указанных полномочий.

Согласно пп. 5.3.2.6 Положения о Федеральной антимонопольной службе к полномочиям ФАС России относится право направления предложений в федеральный орган исполнительной власти по рынку ценных бумаг и Банк России о приведении в соответствие с антимонопольным законодательством принятых ими актов и (или) прекращении действий, в случае если такие акты и (или) действия нарушают антимонопольное законодательство (постановление Правительства РФ от 30.06.2004 № 331 «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе» (в редакции от 15.06.2010)).

Полагаем, что кроме перечисленных способов реализации нормоконтрольных полномочий ФАС России может обращаться в федеральное Правительство с ходатайствами об отмене им актов федеральных органов исполнительной власти. Правительство Российской Федерации вправе отменять акты федеральных органов исполнительной власти или приостанавливать действие этих актов (ч. 7 ст. 12 «Общие вопросы руководства федеральными министерствами и иными федеральными органами исполнительной власти» Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации»).

Кроме того, ФАС России может обращаться в Правительство с предложениями о направлении обращения к Президенту России о приостановлении им действия актов органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Согласно ч. 2 ст. 85 Конституции РФ Президент Российской Федерации вправе приостанавливать действие актов органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в случае противоречия этих актов Конституции Российской Федерации и федеральным законам, международным обязательствам Российской Федерации или нарушения прав и свобод человека и гражданина до решения этого вопроса соответствующим судом.

---

## Основные понятия

---

- *Виды юридической ответственности за нарушение антимонопольного законодательства*
- *Виды административных штрафов, применяемых за нарушение антимонопольного законодательства*
- *Дисквалификация в качестве наказания за нарушение антимонопольного законодательства*
- *Условия освобождения правонарушителя от административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства*



---

## Вопросы для обсуждения

---

1. Какие административные наказания применяются в отношении нарушителей антимонопольного законодательства?

2. Попробуйте обосновать, почему законодатель решил установить штраф за злоупотребление доминирующим положением и заключение антиконкурентных соглашений кратным вырубке правонарушителя на товарном рынке, на котором им было совершено правонарушение.

3. Как вы думаете, что может служить доказательством вины юридического лица?

4. Могут ли быть подвергнуты административному наказанию лица, заключившие антиконкурентное соглашение в форме договора коммерческой концессии?

5. Как вы думаете, может ли гражданско-правовая санкция быть одновременно мерой ответственности за нарушение антимонопольного законодательства? Попробуйте обосновать, почему (и в каких случаях) возникает гражданско-правовая ответственность нарушителя антимонопольного законодательства. Приведите примеры.

6. Какое наказание будет применено к должностному лицу — единственному исполнительному органу хозяйствующего субъекта, заключившего антиконкурентное соглашение, которое не может быть признано допустимым в соответствии с антимонопольным законодательством?

7. Сколько раз физическое лицо должно совершить злоупотребление доминирующим положением, чтобы оно могло быть привлечено к уголовной ответственности?

8. Статьей 51 Закона о защите конкуренции предусмотрено:

«Лицо, чьи действия (бездействие) в установленном настоящим Федеральным законом порядке признаны монополистической деятельностью или недобросовестной конкуренцией и являются недопустимыми в соответствии с антимонопольным законодательством, по предписанию антимонопольного органа обязано перечислить в федеральный бюджет доход, полученный от таких действий (бездействия). В случае неисполнения этого предписания доход, полученный от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, подлежит взысканию в федеральный бюджет по иску антимонопольного органа».

Как вы думаете, является ли исполнение указанной обязанности перечислить доход административным наказанием нарушителя антимонопольного законодательства?

Если да, то попробуйте охарактеризовать приведенное положение Закона о защите конкуренции с точки зрения полноты состава административного правонарушения, который в нем содержится.

9. Вправе ли должностное лицо антимонопольного органа вынести постановление о дисквалификации должностного лица, совершившего административное правонарушение, предусмотренное ст. 14.32 КоАП РФ?

10. Как вы думаете, какие стимулы для участников картельного соглашения создает условие освобождения от административной ответственности, установленное в примечании к ст. 14.32?

11. Вправе ли, по вашему мнению, должностное лицо антимонопольного органа освободить от административной ответственности, предусмотренной ст. 14.32 за заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения, как юридическое лицо — хозяйствующий субъект, так и должностное лицо — единоличный исполнительный орган такого хозяйствующего субъекта, если ими выполнены все условия, предусмотренные в примечании к ст. 14.32?

12. Попробуйте объяснить, почему в Российской Федерации крайне редки гражданские иски к нарушителям антимонопольного законодательства о возмещении вреда, причиненного в результате нарушения? Что, на ваш взгляд, препятствует развитию института гражданской ответственности за нарушения антимонопольного законодательства?

---

## Приложение

---

Ниже приводятся наиболее значимые положения об ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

**Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15.01.2003 № 45-О об отказе в принятии к рассмотрению запроса Арбитражного суда города Москвы о проверке конституционности статей 12 и 30 Федерального закона «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» (извлечение)**

3. <...> Системный анализ положений Федерального закона «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» позволяет сделать вывод, что им не предусматривается возможность направления федеральным антимонопольным органом в адрес Центрального банка Российской Федерации решений и предписаний: Центральный банк Российской Федерации не входит в число субъектов, которым федеральный антимонопольный орган в соответствии с названным Федеральным законом вправе давать (направлять) обязательные для исполнения предписания и в отношении которых вправе применять меры административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства и иных нормативных правовых актов о защите конкуренции на рынке финансовых услуг (абзацы второй и четвертый статьи 23, статья 28); не указан он и в перечне субъектов, имеющих право обжалования решений и предписаний федерального антимонопольного органа (статья 31).

Как следует из взаимосвязанных статей 22 и 23 Федерального закона «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг», федеральный антимонопольный орган может давать Центральному банку Российской Федерации рекомендации или предложения (но не предписания) об отмене или приостановлении действия его нормативных и иных правовых актов, противоречащих антимонопольному законодательству и иным правовым актам о защите конкуренции на рынке финансовых услуг. Для вынесения же рекомендаций или предложений, по смыслу названного Федерального закона, возбуждение дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства не требуется.

<...>

*Следовательно, применяемые к Центральному банку Российской Федерации федеральным антимонопольным органом меры воздействия оформляются не в виде актов, носящих административно-властный характер, — предписаний, а в виде рекомендаций и предложений, а следовательно, из статьи 30, устанавливающей основания для рассмотрения федеральным антимонопольным органом дел о нарушениях антимонопольного законодательства и иных правовых актов о защите конкуренции на рынке финансовых услуг, не вытекают его административно-властные полномочия в отношении Центрального банка Российской Федерации в связи с такими нарушениями.*

*Этим не исключается возможность судебной проверки нормативных и иных правовых актов Центрального банка Российской Федерации на предмет их соответствия антимонопольному законодательству и иным правовым актам о защите конкуренции на рынке финансовых услуг. Кроме того, Центральный банк Российской Федерации обязан представлять в федеральный антимонопольный орган достоверные документы, давать письменные и устные объяснения и представлять иную информацию, необходимую для осуществления федеральным антимонопольным органом его законной деятельности, за исключением сведений, составляющих банковскую тайну (статья 26 Федерального закона «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»).*

**Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24.06.2009 № 11-П по делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22<sup>1</sup> и 23<sup>1</sup> Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и статей 23, 37 и 51 Федерального закона «О защите конкуренции» в связи с жалобами ОАО «Газэнергосеть» и ОАО «Нижнекамскнефтехим» (извлечение)**

*2. Согласно Конституции Российской Федерации каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (статья 34, часть 1); в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности (статья 8, часть 1); на территории Российской Федерации не допускаются экономическая деятельность, направленная на*

монополизацию и недобросовестную конкуренцию (статья 34, часть 2), а также установление таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств (статья 74, часть 1).

Исходя из приведенных положений Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с положениями ее статей 2, 17, 18 и 45 (часть 1), в Российской Федерации должны создаваться максимально благоприятные условия для функционирования экономической системы в целом, что предполагает необходимость стимулирования свободной рыночной экономики, основанной на принципах самоорганизации хозяйственной деятельности предпринимателей как ее основных субъектов, и принятия государством специальных мер, направленных на защиту их прав и законных интересов и тем самым — на достижение конституционной цели оптимизации государственного регулирования экономических отношений.

Вместе с тем в силу конституционного принципа справедливости, проявляющегося, в частности, в необходимости обеспечения баланса прав и обязанностей всех участников рыночного взаимодействия, свобода, признаваемая за лицами, осуществляющими предпринимательскую и иную не запрещенную законом экономическую деятельность, равно как и гарантируемая им защита должны быть уравновешены обращенным к этим лицам (прежде всего — к тем из них, кто занимает доминирующее положение в той или иной сфере) требованием ответственного отношения к правам и свободам тех, кого затрагивает их хозяйственная деятельность.

3. Запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, подразумевает возможность применения мер государственного воздействия в отношении лиц, нарушающих антимонопольное законодательство, что вытекает из статьи 17 (часть 3) Конституции Российской Федерации, согласно которой осуществление прав и свобод человека и гражданина не может нарушать права и свободы других лиц, и само по себе не может рассматриваться как неправомерное ограничение конституционных прав и свобод. Соответственно, федеральный законодатель, осуществляя правовое регулирование в этой сфере общественных отношений, вправе и обязан предусматривать меры, обеспечивающие поддержку конкуренции и свободы экономической деятельности.

Федеральный закон «О защите конкуренции», который в настоящее время определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, возлагает на антимонопольный орган полномочие выдавать предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного в результа-

*те нарушения антимонопольного законодательства. Неисполнение такого предписания в установленный срок может повлечь понуждение хозяйствующего субъекта к его исполнению в судебном порядке (подпункт «е» пункта 6 части 1 статьи 23).*

*Данная мера по основаниям и процедуре применения, а также по своим правовым последствиям является специфической формой принудительного воздействия на участников охраняемых антимонопольным законодательством общественных отношений. Она призвана обеспечивать восстановление баланса публичных и частных интересов путем изъятия доходов, полученных хозяйствующим субъектом в результате злоупотреблений, и компенсировать таким образом не подлежащие исчислению расходы государства, связанные с устранением негативных социально-экономических последствий нарушения антимонопольного законодательства.*

*Компенсаторный характер данной меры обуславливает возможность ее применения за совершение деяний, связанных с монополистической деятельностью и нарушением требований добросовестной конкуренции, параллельно с мерами ответственности, носящими штрафной характер, что само по себе не затрагивает сферу действия общеправового принципа недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние (*non bis in idem*).*

*Как указал Конституционный Суд Российской Федерации, при выборе средств и способов правового воздействия федеральный законодатель не может игнорировать сложившуюся в Российской Федерации как правом государстве отраслевую систему правового регулирования и общие принципы соответствующих отраслей права — публичного или частного. Приведенная правовая позиция, выраженная в Постановлении от 18 июля 2008 года № 10-П, не исключает, что федеральный законодатель, учитывая социальные, экономические и иные факторы, а также исходя из неоднородного характера соответствующих правоотношений, вправе прибегать к их регулированию с использованием правовых средств не только в рамках одной отраслевой модели. Однако такое правовое регулирование во всяком случае не может не учитывать конституционные принципы справедливости, юридического равенства, пропорциональности и соразмерности вводимых мер конституционно значимым целям и их согласованности с системой действующего правового регулирования.*

*Правовой механизм взыскания с хозяйствующего субъекта в федеральный бюджет дохода, полученного в связи с нарушением антимонопольного законодательства, также должен основываться на названных конституционных принципах — вне зависимости от того, каким образом при-*

надлежность этого механизма к конкретным отраслевым институтам может быть определена *de lege lata* и (или) *de lege ferenda*, т.е. в действующем или в будущем регулировании.

4. В силу статей 17 (часть 3) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации исходящее из принципа справедливости конституционное требование соразмерности установления правовой ответственности предполагает в качестве общего правила ее дифференциацию в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обуславливающих индивидуализацию при применении взыскания.

<...>

4.2. Как указал Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 27 апреля 2001 года №7-П, Конституция Российской Федерации закрепляет в статье 49 презумпцию невиновности, т.е. возлагает обязанность по доказыванию вины в совершении противоправного деяния на соответствующие государственные органы, применительно к сфере уголовной ответственности. В процессе правового регулирования других видов юридической ответственности законодатель вправе решать вопрос о распределении бремени доказывания вины иным образом, учитывая особенности соответствующих отношений и субъектов этих отношений (в частности, предприятий, учреждений, организаций и лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью).

Решая вопрос о бремени доказывания, законодатель, учитывая также требования неотвратимости ответственности и интересы защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и свобод других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (статьи 15 (часть 2) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации), вправе освободить органы государственной власти от доказывания вины при обеспечении возможности для самих субъектов правонарушения подтверждать свою невиновность в вытекающих из статьи 46 Конституции Российской Федерации процедурах судебного обжалования, предусмотренных процессуальным законодательством. Возможность такого обжалования не исключается и Федеральным законом «О защите конкуренции».

<...>

4.3. Таким образом, рассматриваемые положения Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и Федерального закона «О защите конкуренции», как не содержащие прямо установленного изъятия из правила о вине как необходимом условии наступления неблагоприятных последствий в публично-правовых отношениях и не исключающие для самих субъектов правонарушения воз-

*возможность подтвердить свою невиновность в предусмотренных законом процедурах, не противоречат Конституции Российской Федерации.*

*Придание названным законоположениям иного смысла означало бы отрицание публично-правового характера как ответственности нарушающего антимонопольное законодательство субъекта, так и деятельности контролирующего его государственного органа и тем самым приводило бы к снижению гарантий защиты конкуренции в сфере предпринимательской деятельности в качестве частноправового института, опосредующего реализацию права собственности и свободу экономической деятельности.*

### **Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 20.07.2010 № 5-АД10-3**

*В силу части 3 статьи 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 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.*

### **Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (в редакции от 14.10.2010) (извлечение)**

*1. Согласно части 1 статьи 2 Федерального закона «О защите конкуренции», антимонопольное законодательство основывается на Конституции Российской Федерации и Гражданском кодексе Российской Федерации.*

*<...>*

*Учитывая это, арбитражные суды должны иметь в виду: требования антимонопольного законодательства применяются к гражданско-правовым отношениям.*

*Это означает, в частности, что не подлежит признанию недействительным решение или предписание антимонопольного органа (а равно не может быть отказано антимонопольному органу в удовлетворении его исковых требований) только на основании квалификации соответствующих правоотношений с участием хозяйствующего субъекта, которому выдано предписание антимонопольного органа или к которому данным органом подан иск, как гражданско-правовых.*



<...>

5. Антимонопольный орган в ходе контроля за соблюдением антимонопольного законодательства, установив факт злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением (в том числе навязывание цены при заключении договора, неверное применение регулируемых цен (тарифов)), принимает меры по прекращению соответствующего нарушения и обеспечению условий конкуренции, а также по привлечению нарушителей к административной ответственности.

Необходимо учитывать, что, прекращая указанное 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 убытков.

6. Арбитражным судам следует учитывать, что по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, допущенном при заключении конкретного договора, антимонопольный орган вправе (при наличии соответствующего ходатайства) на основании подпункта «и» пункта 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции вынести предписание об изменении условий заключенного договора или о его расторжении.

В случае, если установлено, что с иными лицами заключены договоры, содержащие аналогичные условия, антимонопольный орган при отсутствии ходатайств этих лиц вправе обязать хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, направить предложение своим контрагентам об изменении или расторжении таких договоров.

<...>

8. Частью 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции федеральным органам исполнительной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, а также государственным внебюджетным фондам, Центральному банку Российской Федерации запрещается принимать акты и (или) осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением предусмотренных федеральными законами случаев принятия актов и (или) осуществления таких действий (бездействия).

При рассмотрении дел о признании недействующими или недействительными актов названных органов, о признании незаконными их действий

*(бездействия) по заявлениям антимонопольного органа, поданным в связи с нарушением части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции, арбитражные суды должны учитывать следующее: если антимонопольным органом доказано, что акты, действия (бездействие) приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, а соответствующим органом не указана конкретная норма федерального закона, разрешившая данному органу принять оспариваемый акт, осуществить действия (бездействие), заявленные требования подлежат удовлетворению.*

<...>

*10. Рассматривая дела о привлечении лица к административной ответственности, предусмотренной статьями 14.31–14.33 КоАП РФ, или об обжаловании постановления антимонопольного органа о привлечении лица к административной ответственности, установленной этими статьями (а равно дела об оспаривании предписания антимонопольного органа о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, или дела по заявлению антимонопольного органа с требованием о взыскании в федеральный бюджет такого дохода), арбитражные суды должны учитывать, что к административной ответственности может быть привлечен любой участник группы лиц, получивший доход вследствие нарушения антимонопольного законодательства (предписание может быть выдано, а требование – заявлено любому участнику группы лиц, получившему доход вследствие нарушения антимонопольного законодательства).*

<...>

*11. В силу пункта 3 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган вправе выдавать 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, за исключением случаев, установленных пунктом 4 этой части, обязательные для исполнения предписания, предусмотренные данным пунктом.*

*Применяя указанную норму, арбитражные суды должны учитывать, что в соответствии со статьи 34 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» структуру органов местного самоуправления составляют представительный орган муниципального образования, глава муниципального образования, местная администрация (исполнительно-распорядительный орган муниципального образования), контрольный орган муниципального образо-*

вания, иные органы и выборные должностные лица местного самоуправления, предусмотренные уставом муниципального образования и обладающие собственными полномочиями по решению вопросов местного значения.

Поскольку в пункте 3 части 1 статьи 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, такие предписания могут быть вынесены антимонопольным органом в отношении любого органа местного самоуправления.

<...>

14. Пунктом 2 статьи 11 ГК РФ и главой 9 Закона о защите конкуренции предусмотрена возможность защиты гражданских прав в административном порядке в случаях, установленных законом. Антимонопольный орган, рассматривая дела о нарушениях антимонопольного законодательства, принимает решения и выдает предписания, направленные на защиту гражданских прав, нарушенных вследствие их ущемления, злоупотребления доминирующим положением, ограничения конкуренции или недобросовестной конкуренции.

Антимонопольный орган в соответствии с полномочиями, перечисленными в пункте 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, вправе включить в предписание указание на совершение конкретных действий, выполнение которых лицом, нарушившим антимонопольное законодательство, позволит восстановить права других лиц, нарушенные вследствие злоупотребления доминирующим положением, ограничения конкуренции или недобросовестной конкуренции, в необходимом для этого объеме.

Также арбитражным судам следует учитывать, что при нарушении антимонопольного законодательства одним из членов группы лиц предписание может быть дано и иным членам группы в случае, если они способны обеспечить устранение нарушения.

15. Согласно статье 29 и части 3 статьи 191 АПК РФ дела об оспаривании нормативных правовых актов рассматриваются в арбитражном суде, если их рассмотрение в соответствии с федеральным законом отнесено к компетенции арбитражных судов.

В силу подпункта «а» пункта 6 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган вправе обращаться в арбитражный суд с заявлениями о признании недействующими либо недействительными полностью или частично противоречащих антимонопольному законодательству нормативных правовых актов или ненормативных актов федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти

субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных органов или организаций, а также государственных внебюджетных фондов, Центрального банка Российской Федерации.

При применении данных норм в их взаимосвязи следует учитывать, что они не могут быть истолкованы как исключаящие право иных лиц, кроме антимонопольных органов, обращаться в арбитражный суд с требованиями об оспаривании нормативных правовых актов, полностью или частично противоречащих антимонопольному законодательству.

<...>

17. Частью 3 статьи 19.8 КоАП РФ установлена ответственность за непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган ходатайств, предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации, представление ходатайств, содержащих заведомо недостоверные сведения, а равно нарушение установленных антимонопольным законодательством Российской Федерации порядка и сроков подачи ходатайств. Указанный состав правонарушения является формальным, для применения мер административной ответственности не имеет значения наступление каких-либо последствий.

Арбитражным судам следует учитывать, что если ни одним из лиц, заинтересованных в совершении сделок, предусмотренных статьями 28 и 29 Закона о защите конкуренции, ходатайство о получении предварительного согласия на их совершение не представлено, к административной ответственности за это может быть привлечено не любое заинтересованное лицо, о котором упоминает пункт 1 части 1 статьи 32 Закона, а лишь лицо, приобретающее акции (доли), права и (или) имущество и отвечающее определенным в части 1 статьи 28 Закона условиям, или лицо, приобретающее акции (доли), активы финансовой организации или права в отношении финансовой организации и отвечающее условиям, изложенным в части 1 статьи 29 Закона.

<...>

20. Право выбора судебного или административного порядка защиты своего нарушенного или оспариваемого права принадлежит субъекту спорных правоотношений. Закон не содержит указаний на то, что защита гражданских прав в административном порядке (путем рассмотрения антимонопольным органом дел о нарушениях антимонопольного законодательства) исключается при наличии возможности обратиться в арбитражный суд или, наоборот, является обязательным условием обращения лиц, чьи права нарушены, в суд. Следовательно, если лицо за защитой своих

*прав обратиться в арбитражный суд, не подавая до этого соответствующего заявления в антимонопольный орган, суд не может со ссылкой на пункт 2 статьи 148 АПК РФ оставить такое заявление без рассмотрения.*

*В случае, если в ходе судебного разбирательства установлено, что лицо за защитой своих нарушенных прав обратилось одновременно и в антимонопольный орган, и в арбитражный суд, судам рекомендуется на основании части 5 статьи 158 АПК РФ отложить судебное разбирательство до принятия решения антимонопольным органом.*

*21. Помимо права на обращение в арбитражный суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства (пункт 6 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции) антимонопольный орган в силу пункта 7 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции имеет право участвовать в рассмотрении судами дел, связанных с применением и (или) нарушением антимонопольного законодательства, возбужденных на основании исков, заявлений иных лиц. Поэтому, рассматривая дела, возбужденные на основании исков, заявлений иных лиц, арбитражный суд должен известить антимонопольный орган для обеспечения возможности его участия. При этом процессуальный статус антимонопольного органа определяется исходя из характера рассматриваемого спора.*

*<...>*

*23. В силу статьи 50 Закона о защите конкуренции по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и на основании вынесенного решения антимонопольный орган выдает предписание. Перечень возможных предписаний, выдаваемых хозяйствующим субъектам и обязательных для исполнения, содержится в пункте 2 части 1 статьи 23 Закона.*

*При этом арбитражным судам надлежит учитывать следующее.*

*Неисполнение предписания в установленный срок влечет за собой возможность привлечения лица к административной ответственности за совершение правонарушения, предусмотренного соответствующей частью статьи 19.5 КоАП РФ.*

*Право антимонопольного органа обращаться в арбитражный суд с исками, заявлениями о понуждении к исполнению своих решений и предписаний (подпункт «и» пункта 6 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции) с учетом положений АПК РФ не может рассматриваться как предоставляющее указанному органу возможность заявлять требования о подтверждении законности своего решения и (или) о выдаче исполнительного листа.*

*Это право предполагает в случае неисполнения лицом выданного ему предписания помимо привлечения данного лица к административной ответственности право антимонопольного органа обратиться в арбитражный суд с самостоятельным требованием к нарушителю, связанным с исполнением решения и направленным на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, в рамках полномочий антимонопольного органа, определенных пунктом 6 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции.*

*Так, могут быть заявлены требования о признании недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству, об обязательном заключении договора, об изменении или расторжении договора, о признании торгов недействительными и др.*

<...>

*28. В соответствии со статьей 190 АПК РФ антимонопольный орган вправе заключать соглашения по делам об оспаривании его решений и предписаний, в том числе соглашения об обстоятельствах рассматриваемого дела. Предметом такого соглашения, заключенного на основании статьи 70 АПК РФ, может быть, в том числе, обоснование размера доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, ограничения конкуренции, методики расчетов в целях определения суммы дохода, а также иные обстоятельства, подлежащие доказыванию при принятии решения арбитражным судом.*

#### НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ:

1. Дипломы, курсовые, рефераты, чертежи...

2. Диссертации и научные работы

3. Школьные задания

Онлайн-консультации

ЛЮБАЯ тематика, в том числе

ТЕХНИКА

Приглашаем авторов

УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ,  
ДИССЕРТАЦИИ -

На сайте электронной библиотеки  
[www.учебники.информ2000.пф](http://www.учебники.информ2000.пф)

*Учебное издание*

## **Конкурентное право России**

Зав. редакцией *Е.А. Бережнова*  
Редактор *Г.Е. Шерихова*  
Художественные редакторы *Р.Б. Кокарев, А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка и графика: *О.А. Иванова*  
Корректор *Н.О. Федорова*

Подписано в печать 26.12.2012. Формат 70×100/16. Гарнитура NewtonС  
Печать офсетная. Усл.-печ. л. 31,9. Уч.-изд. л. 23,0  
Тираж 1000 экз. Изд. № 1474

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»  
101000, Москва, ул. Мясницкая, 20  
Тел./факс: (499) 661-15-52

ISBN 978-5-7598-0940-1



9 785759 809401