

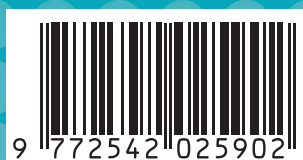


Федеральная
Антимонопольная
Служба

Российское конкурентное право и экономика

Научно-практический журнал

№ 1 (21) 2020
ISSN: 2542-0259



9 772542 025902

№ 1 (21) 2020
№1 (21) 2020

ISSN: 2542-0259

Научно-практический журнал

Российское конкурентное право и экономика*

Scientific and Practical Journal

Russian competition law and economy



Учебно-методический центр
ФАС России

Издательский дом

**ДЕЛОВОЙ
ЭКСПРЕСС**

Финансовый издательский дом
«Деловой экспресс»

* В соответствии с решением ВАК при Минобрнауки России от 13.07.2018 № 21/257 журнал «Российское конкурентное право и экономика» включен в Перечень рецензируемых научных изданий, рекомендуемых для опубликования результатов диссертационных исследований.

Редакционный совет:

Артемьев Игорь Юрьевич (председатель)

к.б.н., зав. кафедрой экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, зав. кафедрой ФАС России при ГУ ВШЭ, руководитель ФАС России

Максимов Сергей Васильевич (заместитель председателя редакционного совета)

д.ю.н., проф., помощник руководителя ФАС России

Салимзянов Булат Ильдарович

к.ю.н., директор ФГАУ «Учебно-методический центр» ФАС России

Шарков Андрей Валентинович

генеральный директор Акционерного общества «Финансовый издательский дом «Деловой экспресс»

Редакционная коллегия:

Максимов Сергей Васильевич (главный редактор)

д.ю.н., проф., главный научный сотрудник ИГПРАН РАН

Осипова Елена Владимировна (зам. главного редактора)

начальник научно-методического отдела ФАС России

Лисицын-Светланов Андрей Геннадьевич (руководитель юридической секции)

академик РАН, д.ю.н., проф., сопредседатель Научного совета РАН по проблемам защиты и развития конкуренции

Блажеев Виктор Владимирович

к.ю.н., проф., ректор МГЮА им. О. Е. Кутафина, вице-президент Ассоциации юридического образования

Варламова Алла Николаевна

д.ю.н., доцент, проф. кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова

Губин Евгений Парфирьевич

д.ю.н., проф., зав. кафедрой предпринимательского права юрфака МГУ им. М. В. Ломоносова

Гуленков Михаил Сергеевич

к.ю.н., ст. преподаватель МПТ РЭУ им. Г. В. Плеханова, ФАС России

Егорова Мария Александровна

д.ю.н., доцент, проф. кафедры конкурентного права МГЮА им. О. Е. Кутафина

Кинев Александр Юрьевич

д.ю.н., проф., член Центральной избирательной комиссии

Кучеров Илья Ильич

д.ю.н., проф., зам. директора ИЗиСП при Правительстве РФ

Лопатин Владимир Николаевич

эксперт РАН, д.ю.н., проф., заслуженный деятель науки РФ, научный руководитель (директор) РНИИИС

Новоселова Людмила Александровна

д.ю.н., проф., председатель Суда по интеллектуальным правам

Нумерова Анна Альбертовна

член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов

Паращук Сергей Анатольевич

к.ю.н., доцент кафедры предпринимательского права, рук. магистерской программы «Конкурентное право» юрфака МГУ им. М. В. Ломоносова

Пузыревский Сергей Анатольевич

к.ю.н., доцент, зав. кафедрой конкурентного права МГЮА им. О. Е. Кутафина, ФАС России

Самолысов Павел Валерьевич

к.п.н., доцент, доцент кафедры организации финансово-экономического, материально-технического и медицинского обеспечения Академии управления МВД России

Тенишев Андрей Петрович

к.ю.н., заведующий кафедрой конкурентного права ИГиНБ РАНХиГС при Президенте РФ

Тосунян Гарегин Ашотович

академик РАН, д.ю.н., проф., зав. сектором финансового, налогового, банковского и конкурентного права ИГП РАН

Федоров Александр Вячеславович

к.ю.н., проф., зам. Председателя СК России

Айджанов Алдаш Турдыкулович

к.э.н., президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»

Башлаков-Николаев Игорь Васильевич

к.э.н., старший научный сотрудник РЭУ им. Плеханова, доцент кафедры антимонопольного регулирования МГОУ

Голобокова Галина Михайловна

д.э.н., проф., зав. научно-исследовательским отделом инновационных проблем интеллектуальной собственности РНИИИС

Джуквич Петар

профессор технологическо-металлургического факультета Университета в Белграде, Республика Сербия

Заварухин Владимир Петрович

к.э.н., директор ИГПРАН РАН

Караганчу Анатолий Владимирович

д.э.н., проф., «Сибирский университет Лучиан Блага», г. Сибиу, Румыния

Кашеваров Андрей Борисович

к.э.н., зав. базовой кафедрой ФАС России ФГБОУ ВО «Финансовый университет при Правительстве РФ», ФАС России

Кириллова Оксана Юрьевна

д.э.н., доцент, проф. РЭУ им. Плеханова

Клеева Людмила Петровна

д.э.н., проф., зав. сектором мониторинга состояния научно-технического комплекса ИГПРАН РАН

Князева Ирина Владимировна

д.э.н., проф., рук. научной лаборатории «Центр исследования конкурентной политики и экономики» СИУ — филиала РАНХиГС

Колесников Сергей Иванович

академик РАН, д.м.н., проф., засл. деятель науки РФ, советник Президиума РАН

Королев Виталий Геннадьевич

к.э.н., зав. базовой кафедрой РЭУ им. Г. В. Плеханова, ФАС России

Марголин Андрей Маркович

д.э.н., к.т.н., проф., заслуженный экономист РФ, проректор РАНХиГС при Президенте РФ

Овчинников Максим Александрович

к.э.н., первый заместитель генерального директора ГК «Роскосмос»

Сероштан Мария Васильевна

д.э.н., проф., действительный член РАЕН, проф. кафедры стратегического управления ИЭМ БГТУ им. Шухова, главный научный сотрудник РНИИИС

Стародубов Владимир Иванович

академик РАН, д.м.н., проф., заслуженный врач РФ, академик-секретарь отд. медицинских наук РАН, директор ФГБУ ЦНИИОИЗ Минздрава России

Сушкевич Алексей Геннадьевич

к.э.н., проф., заслуженный экономист РФ, директор Департамента антимонопольного регулирования ЕЭК, зам. зав. базовой кафедрой ФАС России НИУ ВШЭ

Цыганов Андрей Геннадьевич

к.э.н., ведущий научный сотрудник кафедры конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, ФАС России

Шульц Владимир Леопольдович

член-корр. РАН, д.ф.н., проф., заслуженный деятель науки РФ, директор ЦИПБ РАН, зам. председателя Президиума ВАК при Минобрнауки России

Содержание

Вступительное слово

- 4 О новом подходе к оценке эффективности научных организаций с точки зрения экономической теории конкуренции и теории конкурентного права
Максимов С. В., главный редактор журнала «Российское конкурентное право и экономика», помощник руководителя ФАС России, г. Москва

Теория конкурентного права

- 8 Антимонопольные запреты как общий предел осуществления исключительных прав на товарные знаки
Кашеваров А. Б., Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации, ФАС России, г. Москва
Склярова Я. В., ФАС России, г. Москва
- 18 Соотношение частных и публичных интересов в антимонопольном регулировании (на примере фармацевтического рынка)
Нумерова А. А., Денченкова О. Е., Адвокатское бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», г. Москва
- 26 Применение принципа добросовестности при доказывании картельных соглашений на торгах
Тимошенко А. С., Санкт-Петербургский государственный университет, г. Санкт-Петербург, ФАС России, г. Москва

Антимонопольный контроль

- 32 О новых подходах к антимонопольному регулированию в условиях цифровой экономики
Джиоева Л. С., ФАС России, г. Москва

Государственная политика в сфере борьбы с картелями

- 38 Антимонопольная криминалистика: понятие и содержание
Тенишев А. П., ФАС России, РАНХиГС при Президенте РФ, г. Москва
- 42 Рецензия на статью А. П. Тенишева «Антимонопольная криминалистика: понятие и содержание»
Артюшенко Д. В., компания Baker McKenzie, МГЮА, г. Москва
- 44 Уголовная ответственность за антиконкурентные преступления в государствах — членах ЕАЭС: перспективы гармонизации
Утаров К. А., Южно-Казахстанский государственный университет им. М. Ауэзова, Республика Казахстан, г. Чимкент, Всероссийский государственный университет юстиции, г. Москва

Контроль за осуществлением иностранных инвестиций

- 50 Инвестиционный комплаенс как элемент системы профилактики нарушений законодательства об иностранных инвестициях
Бойчук Ю. О., Значков А. К., ФАС России, г. Москва

Экономическая теория конкуренции

- 56 Особенности антимонопольного регулирования разных типов рынков
Клеева Л. П., Институт проблем развития науки РАН, г. Москва

Методология исследования рынков

- 60 О пределах использования теста «гипотетического монополиста» для целей антимонопольного регулирования
Фомина И. М., ФАС России, г. Москва

Проблемы развития конкуренции на региональных рынках

- 70 Факторы формирования конкурентоспособности регионов
Шихсаидов Ш. М., ФАС России, г. Москва
- 76 Арктическая зона России: перспективная модель регулирования предпринимательской деятельности и проблемы развития конкуренции
Баилаков-Николаев И. В., МГОУ, Ассоциация антимонопольных экспертов, г. Москва

Проблемы развития конкуренции на отраслевых рынках

- 84 Совершенствование системы регулирования торговых надбавок к ценам на лекарственные препараты, включенные в Перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов
Старых Д. А., ФАС России, г. Москва
Латынцев А. В., Научно-исследовательский институт правовых экспертиз и комплексных исследований, г. Москва

Обзоры

- 92 Обзор судебных дел, рассмотренных с участием антимонопольного органа
Вовкивская Л. В., Финансовый университет при Правительстве РФ, ФАС России, г. Москва
Савостина Е. В., ФАС России, г. Москва
- 96 Практика Апелляционной коллегии ФАС России (научный обзор наиболее значимых дел, рассмотренных в IV квартале 2019 г.)
Конопкина Е. Е., ФАС России, г. Москва
Матяшевская М. И., ФАС России, г. Москва

О новом подходе к оценке эффективности научных организаций с точки зрения экономической теории конкуренции и теории конкурентного права

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право и экономика, 2020

Максимов С. В.,

главный редактор журнала «Российское конкурентное право и экономика», помощник руководителя ФАС России, главный научный сотрудник ИПРАН РАН, доктор юридических наук, профессор, г. Москва

Проблемы повышения конкурентоспособности и развития конкуренции в научной сфере составляют предмет постоянного внимания редакционного совета и редакционной коллегии «Российского конкурентного права и экономики».

Предлагаемая вниманию читателей статья главного редактора предваряет проведение нашим журналом совместно с Юридическим факультетом МГУ им. М. В. Ломоносова и Институтом проблем развития науки РАН круглого стола, посвященного обсуждению новых подходов государства к оценке эффективности научных организаций и реформированию номенклатуры научных специальностей.

В паспорте научной специальности 08.00.14 (мировая экономика) вопросы современных рыночных стратегий, международной конкурентоспособности, форм и методов конкуренции в различных секторах мирового рынка отнесены к единой области исследования (п. 18)¹.

Одним из ключевых (если не определяющих) секторов современного мирового рынка является *рынок результатов научной деятельности* (РИД), проблемы которого неоднократно становились темой исследований наших авторов².

Этот рынок по праву можно назвать «ядром» цифровой экономики, переживающей сегодня стадию бурного роста благодаря глобальным автоматизированным инструментам мгновенного формирования и разрушения товарных рынков.

Специалистам хорошо известно, что наша страна давно отстает от многих государств не только по доле расходов на науку от ВВП, но и по уровню коммерциализации РИД.

В силу понятных причин подавляющее большинство РИД прямо или косвенно создается за счет средств федерального бюджета в бюджетных научных и образовательных организациях в рамках выполнения государственных и служебных заданий.

Существенная часть РИД — плод исследований, которые финансируются Российским фондом фундаментальных исследований и Российским научным фондом также за счет средств федерального бюджета.

Наконец, заметный вклад в создание объектов интеллектуальной собственности вносит государственный заказ на выполнение научно-исследовательских работ, номинальными исполнителями которого (вопреки законодательству о контрактной системе) почти всегда выступают юридические лица, а не граждане, осуществляющие научную деятельность.

В сфере закупок НИР российское государство тратит сегодня львиную долю ресурсов на оплату административных услуг и налоговых обязательств организаций (до 75—80%

¹ См.: Паспорт научной специальности «Мировая экономика». <http://arhvak.minobrnauki.gov.ru/316> (Дата обращения: 17.03.2020).

² См.: Лопатин В. Н. О конкуренции в сфере научной деятельности, критериях ее успешности, стимулах и рейтингах // Российское конкурентное право и экономика. 2018. № 1. С. 12—30; Комментарий к статье «О конкуренции в сфере научной деятельности, критериях ее успешности, стимулах и рейтингах» // Указ. ист. С. 32—35.

О новом подходе к оценке эффективности научных организаций с точки зрения экономической теории...

цены госконтракта), а не труда ученых, являющихся подлинным инструментом развития науки.

В середине февраля 2020 г. руководителям подведомственных научных организаций (к которым, в частности, относятся все НИИ, ранее входившие в систему РАН) была направлена новая Методика расчета качественного показателя государственного задания «Комплексный балл публикационной результативности» (КБПР), утвержденная Минобрнауки России 30 декабря 2019 г. по согласованию с РАН (письмо МН-8/6-СК).

На основании этой Методики предстоит рассчитывать параметры государственного задания для научных организаций и оценивать эффективность последних.

Данная Методика была разработана во исполнение подп. «д» п. 2 перечня поручений Президента России от 29 декабря 2018 г. № Пр-2558 по итогам заседания Совета при Президенте Российской Федерации по образованию и науке от 27.11.2018 об установлении единых требований к порядку формирования и утверждения государственного задания на проведение фундаментальных, поисковых и прикладных научных исследований за счет средств федерального бюджета.

На этом заседании Президент России В. В. Путин отметил: «Знаю, что далеко не все коллеги согласны с тем, что для фундаментальных исследований одним из ключевых показателей является *количество научных публикаций в ведущих изданиях и индекс цитирования*. Я, честно говоря, с этим тоже согласен... *нужно выработать, и я вас прошу это сделать, какие-то другие объективные критерии оценки результатов, основанные на репутационной ответственности и оценке профессионального сообщества*... что касается прикладных исследований. Здесь итогом должны быть *не отчеты и не количество разработок, а практический вклад от результатов внедрения этих разработок...*» (выделено нами. — С. М.).³

Однако, как показывает анализ новой Методики, положенный в ее основу КБПР является качественным показателем лишь по наименованию, но не по сути.

Само понятие «балл» предполагает вовсе не качественную («полезно», «вредно», «отлично», «очень хорошо», «плохо» и т. п.), а количественную цифровую оценку. Данный вывод подтверждается тем, что Методика основана на *количественной оценке* значимости различных научных публикаций в зависимости от статуса и формы публикации. Наиболее ценными, полезными (прежде всего с точки зрения частоты цитирования) признаны публикации в научных журналах, индексируемых в зарубежной реферативной базе данных — поисковой интернет-платформе Web of Science («Сеть науки»), которая с 2016 г. принадлежит американской

компании Clarivate Analytics, финансируемой на основе подписки на ее услуги (в частности, на услуги идентификации авторов и наукометрии).

Согласно Методике *наиболее ценными* (19,7 балла) являются публикации в научных журналах, относящихся к первому квартилю (Q1) — издания с самыми высокими показателями цитируемости (среди них почти нет российских журналов, в частности, ни одного издания по экономическим и юридическим наукам), а *наименее ценными* (0,5 балла) — публикации в журналах, включенных в так называемый список ВАК (Перечень рецензируемых научных изданий, утвержденный Минобрнауки России)⁴, для целей опубликования результатов диссертационных исследований (что на сегодня является обязательным требованием для всех соискателей ученой степени в России, за исключением тех, кто планирует защищаться в 27 вузах и НИИ, определенных Правительством России)⁵.

За написание монографии (которая, как правило, является результатом многолетнего исследования крупной научной проблемы или группы взаимосвязанных проблем), зарегистрированной в Российской книжной палате, должен начисляться 1 балл и столько же за опубликование научной статьи в журнале, индексируемом в другой зарубежной реферативной базе данных — Scopus, которая принадлежит голландскому издательскому дому Elsevier, значительная часть прибыли которого формируется за счет продажи доступа к научным публикациям⁶. В 2017 г. 70% научных изданий первого и второго квартилей Scopus не опубликовали *ни одной статьи с участием российских авторов*⁷. Возможно, по этой причине Минобрнауки решило оценивать значимость опубликования одной статьи в научных журналах, индексируемых в Scopus, всего лишь наравне с опубликованием монографии.

⁴ Распоряжение Минобрнауки России от 28.12.2018 № 90-р «О формировании Перечня рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук» // Бюллетень строительной техники. 2019. № 2.

⁵ См.: Распоряжение Правительства РФ от 23.08.2017 № 1792-р (ред. от 28.08.2019) «Об утверждении перечня научных организаций и образовательных организаций высшего образования, которым предоставляются права, предусмотренные абзацами вторым — четвертым пункта 3.1 статьи 4 Федерального закона от 23.08.1996 № 127-ФЗ» // Собрание законодательства РФ. 2017. № 35. Ст. 5392.

⁶ См.: Simon Owens. Is the Academic Publishing Industry on the Verge of Disruption? // <https://www.usnews.com/news/articles/2012/07/23/is-the-academic-publishing-industry-on-the-verge-of-disruption?page=6> (Дата обращения: 18.03.2020).

⁷ См.: Лутай А. В. Российское присутствие в журналах 1 и 2 квартилей Scopus (CiteScore) // https://conf.rascp.ru/files/conferences/1/materials/2019.04.23_Lutay_RFBR.pdf (Дата обращения: 18.03.2020).

³ Ист.: Стенографический отчет о заседании Совета по науке и образованию. <http://www.kremlin.ru/events/president/news/59203> (Дата обращения: 18.03.2020).

Таким образом, окончательно сформирована система, ориентирующая большую часть российских исследователей на приоритетное (первичное) размещение результатов фундаментальных, поисковых и прикладных научных исследований прежде всего в зарубежных журналах. Стоит добавить, что все эти исследования выполняются за счет средств бюджета Российской Федерации и для стимулирования публикации их результатов в «высококачественных» журналах (зарубежных в своем подавляющем большинстве) научные организации применяют различные системы стимулирования, источником которых также являются бюджетные средства.

В качестве возможного эффекта от внедрения нового подхода к оценке результативности научных организаций следует ожидать развитие полутеневого рынка услуг по опубликованию результатов НИР в высокорейтинговых журналах, на котором сегодня действуют сотни, если не тысячи игроков. На 19 марта 2020 г. в Интернете было размещено более 11 млн объявлений с предложениями об оказании подобного рода услуг. Весьма сомнительно, чтобы с помощью этого «сверхконкурентного рынка» возросла конкурентоспособность российской науки. Напротив, почти нет сомнений в том, что данный «рыночный инструмент» обеспечивает гарантированное сокращение реальных доходов российских ученых.

Еще одним побочным эффектом от внедрения новой Методики может стать усиление механизма неравной конкурентной борьбы за бюджетные ресурсы между исследовательскими организациями естественно-научного профиля, с одной стороны, и организациями по общественным наукам — с другой, поскольку среди российских журналов, индексируемых Web of Science, нет журналов, входящих в Q1.

Для того, чтобы, например, Институту государства и права РАН можно было рассчитывать на бюджетное финансирование, равное финансированию НИИ биологического профиля, опубликовавшего *одну статью* в журнале Web of Science первого квартала, его сотрудникам придется опубликовать 20 монографий или 40 статей в журналах, рекомендованных ВАК.

Вероятным следствием такой «конкуренции» станет деградация научных учреждений общественно-политического профиля, за исключением тех, кто успел занять доминирующее положение на рынке госзакупок НИР и усвоить правила «наукометрических игр» еще до того, как они стали обязательными для конкурентов.

В этой связи не могут не возникнуть по меньшей мере три вопроса.

Насколько отвечает интересам развития нашей страны, отечественной науки новый механизм стимулирования первоочередного обнародования научных результатов российских ученых в наиболее выгодном для зарубежных бенефициаров виде?

Стоит ли стимулировать развитие принадлежащих основным геополитическим конкурентам России ком-

мерческих организаций, которые доминируют в сфере контроля за движением научной мысли? Важно также учитывать, что данные компании обладают статусом единственного поставщика научной информации для нужд российских научных и образовательных организаций, государственных и муниципальных библиотек⁸.

Наконец, что мешает нам оценить суммарный объем расходов на стимулирование публикаций в зарубежных изданиях и оплату доступа к ним, а затем направить эти средства на создание подлинно международной базы научных данных на российской поисковой платформе, развитие российских научных изданий и расширение доступа к российскому бюджетному финансированию наших ученых, а не зарубежных торговых домов.

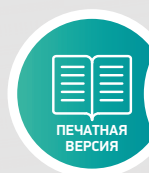
Ответы на эти вопросы, на наш взгляд, вполне могли бы найти отражение в планируемой к разработке Дорожной карте развития конкуренции в сфере науки и образования на 2021—2025 гг. ■

⁸ Распоряжение Правительства РФ от 02.08.2016 № 1637-р «О перечне операторов документальных, документографических, реферативных, полнотекстовых зарубежных баз данных и специализированных баз данных международных индексов научного цитирования» // Собрание законодательства РФ. 08.08.2016. № 32. Ст. 5149.



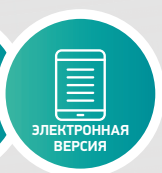
Федеральная
Антимонопольная
Служба

**Журнал
выпускается
ежеквартально
в двух форматах**



ПЕЧАТНАЯ
ВЕРСИЯ

Тираж
3000 экз.



ЭЛЕКТРОННАЯ
ВЕРСИЯ

Рекомендован ВАК

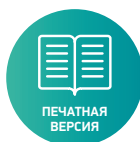


Издательский дом
**ДЕЛОВОЙ
ЭКСПРЕСС**
+7 (495) 787-52-26

Подписаться на журнал

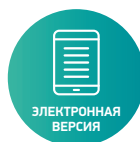
Практическое применение антимонопольного законодательства и развитие конкурентного права

- Экспертные мнения ведущих специалистов ФАС
- ГЧП и закупочная деятельность
- Государственная политика по развитию конкуренции
- Антимонопольный комплаенс
- Картели. Монополии
- Концессионные соглашения
- Регулирование рекламной деятельности
- Интеллектуальная собственность



ПЕЧАТНАЯ
ВЕРСИЯ

6 МЕСЯЦЕВ
1 000 ₽
12 МЕСЯЦЕВ
1 800 ₽



ЭЛЕКТРОННАЯ
ВЕРСИЯ

6 МЕСЯЦЕВ
600 ₽
12 МЕСЯЦЕВ
1 000 ₽

Стать автором журнала

**У вас есть возможность выразить
свое мнение по решениям ФАС,
опубликовав научно-практические
материалы и обзоры на страницах журнала**

БЕСПЛАТНО

Плата за публикацию
рукописей не взимается

УДК 34

Антимонопольные запреты как общий предел осуществления исключительных прав на товарные знаки

Кашеваров А. Б.,
Финансовый университет
при Правительстве
Российской Федерации,
ФАС России,
г. Москва

Склярова Я. В.,
ФАС России,
г. Москва

Аннотация

В статье проанализированы цели и методы антимонопольного регулирования при пресечении злоупотреблений при осуществлении интеллектуальных прав. Проследив возникновение антимонопольных запретов в отношении правообладателей интеллектуальных прав и раскрыв содержание понятия злоупотребления правом как основного критерия оценки добросовестности правообладателя, авторы фокусируются на институте недобросовестной конкуренции как эффективном методе достижения баланса прав участников рынка и развития конкуренции. На примере значимых дел приведены правовые подходы к применению статьи 14⁴ Закона о защите конкуренции и выявлены актуальные вопросы судебной практики.

Ключевые слова: интеллектуальные права, правообладатель, конкуренция, защита конкуренции, товарный рынок, пределы осуществления прав, монополизация, законная монополия, недобросовестная конкуренция, пресечение нарушений антимонопольного законодательства.

Antitrust Prohibitions as a General Limit to the Exercise of Exclusive Trademark Rights

Andrey B. Kashevarov,
Financial University under
the Government
of the Russian Federation,
FAS Russia,
Moscow

Yana V. Sklyarova,
FAS Russia,
Moscow

Annotation

The article analyzes the goals and methods antitrust regulation uses to prevent abuse of intellectual property rights. After tracing the emergence of antitrust restrictions against intellectual property right owners and disclosing the concept of abuse of rights as the key criterion for evaluating the integrity of the right holder the authors focus on the unfair competition prevention as an effective method to achieve balance of rights of market players and maintain competition. The authors specify legal approaches of the enforcement of article 14⁴ of the Protection of Competition Act and outline topical issues of current judicial practice.

Keywords: competition, protection of competition, goods market, bounds of the exercise of rights, monopolization, legal monopoly, unfair competition, antimonopoly body authorities, suppression of the breach of the antimonopoly legislation.

Антимонопольные запреты как общий предел осуществления...

Применимость антимонопольного законодательства к правоотношениям, связанным с использованием и оборотом результатов интеллектуальной деятельности (далее — РИД), является предметом активной научной дискуссии и неустоявшейся правоприменительной практики.

Причиной этого являются как рост экономической значимости и востребованности продукции, создаваемой с использованием РИД, так и специфика норм российского антимонопольного законодательства, затрагивающих данную сферу правоотношений.

Порядок применения антимонопольного законодательства к действиям и соглашениям по использованию исключительных прав на РИД в разных государствах регулируется по-разному при сохранении общей направленности на поиск баланса между обеспечением прав интеллектуальной собственности и защитой интересов потребителя и рынка в целом от «легальной монополизации» правообладателями, влекущей злоупотребления и дискриминацию.

В современном антимонопольном законодательстве, в том числе в Генеральном соглашении по тарифам и торговле (ГАТТ, 1947)¹ и Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, сокращенно TRIPS, 1994)², интеллектуальная собственность рассматривается в целом как законный «торговый барьер» [1, с. 5], что, однако, не отменяет общего запрета на антиконкурентное поведение. Например, ст. 34 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (ЕЭС) запрещает количественные ограничения на импорт, а также любые равнозначные меры при импорте между участниками ЕС, а ст. 36 данного Договора устанавливает, что запреты или ограничения не должны выступать средством произвольной дискриминации или скрытым ограничением в торговле между государствами-членами.

Нормы антимонопольного законодательства существенно «моложе» Гражданских кодексов и права интеллектуальной собственности, отчасти именно в связи с тем, что возникли как реакция на определенные формы поведения на уже сформировавшемся рынке, в структуре которого наиболее крупные игроки стали концентрировать в своих руках товарные и денежные массы, а также возможности влияния на размеры рынка, ценовую политику и барьеры входа. В конечном счете их действия ущемляли конкурентное положение иных игроков, и новое направление регулирования путем пресечения монополистического поведения было нацелено именно на восстановление баланса прав всех участников рынка. В результате применение норм антимонопольного права

максимально наглядно демонстрирует принцип дифференциации и защиты частных и публичных интересов, характерный для многих публично-правовых отраслей законодательства [2, с. 103; 3, с. 116].

Сегмент правоотношений, где в качестве объекта оборота либо инструмента воздействия на конкурента используются интеллектуальные права, потребовал особого подхода в части выбора метода и непосредственных форм публично-правового воздействия, поскольку объектом ограничения должны были оказываться частные интересы правообладателей, уже гарантированные нормами о защите интеллектуальной собственности. Законодатель должен противопоставить абсолютному праву весомый защищаемый интерес, а кроме того, выбрать максимально корректный метод регулирования.

Оценивая сложившуюся правоприменительную практику, российские и зарубежные исследователи сходятся в том, что неизменно оказывающийся на этих весах вопрос о соотношении интересов международной торговли и прав интеллектуальной собственности часто носит политический характер [4, с. 29].

Использование антимонопольного регулирования для устранения угроз конкуренции, связанных с приобретением и использованием интеллектуальных прав, в российском законодательстве также имеет свою историю. Данное регулирование основано на положениях ст. 40 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS), предоставляющей государствам право самостоятельно закреплять в национальном законодательстве перечни действий (относящихся к условиям лицензионных договоров и т. п.), которые способны привести к злоупотреблениям правами на результаты интеллектуальной деятельности и оказать неблагоприятное воздействие на конкуренцию на соответствующем товарном рынке.

Правовая природа антимонопольных запретов

Определяя отраслевую принадлежность антимонопольного законодательства, многие исследователи исходят из посылки, что защита конкуренции является ценностью, конституционным принципом и принципом функционирования гражданского оборота, что является частью публичного интереса, а также гарантией для охраняемых законом интересов третьих лиц [3, с. 111]. Именно посредством норм, закрепленных в антимонопольном законодательстве, государство регулирует рыночные отношения, устанавливает «правила игры» для экономической деятельности и обеспечивает их соблюдение в общественных (публичных) интересах. Обеспечение конкуренции в различных сегментах рыночной деятельности рассматривается как объект публичной защиты и публичный интерес [5, с. 29].

¹ См. <https://base.garant.ru/2560614/>

² См.: <https://base.garant.ru/4059989/>

В силу ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции)³ участниками конкурентных правоотношений являются субъекты гражданского права, а предметом регулирования, таким образом, — их действия по реализации гражданских прав в ходе осуществления предпринимательской деятельности и взаимодействия в формах, предусмотренных в первую очередь гражданским законодательством. При этом в соответствии с ч. 3 ст. 17 Конституции РФ осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.

Следовательно, являясь публично-правовыми по своей природе и задачам, меры антимонопольного воздействия реализуются как ограничения предпринимательской деятельности, направленной на реализацию субъективных частных интересов по правилам, установленным гражданским законодательством, в том числе в сфере интеллектуальных прав.

Основанием для применения таких мер является нарушение запретов и ограничений, установленных Законом о защите конкуренции, который, в свою очередь, содержит ряд инструментов защиты тех участников правоотношений, чьи интересы, связанные с оборотом товаров и услуг, могут быть ущемлены в результате реализации правообладателем интеллектуальных прав в режиме «легальной монополии».

Однако в настоящее время оборот интеллектуальных прав не является отдельным объектом антимонопольного регулирования: Закон о защите конкуренции не содержит специальных материально-правовых норм, устанавливающих правила осуществления правомочий правообладателя в отношении РИД и средств индивидуализации. Вместо этого применимые к данным правоотношениям институты указывают на ряд последствий совершаемых действий, наступления которых участник конкурентных отношений, в том числе правообладатель, выходя на рынок, должен избегать либо не допускать. Способы достижения этой цели отнесены на усмотрение хозяйствующего субъекта.

Следовательно, функционально требования и ограничения антимонопольного законодательства, как и большинства публично-правовых отраслей, являются ограничениями гражданско-правовых правоотношений в той степени, в какой реализация последних может угрожать публичным интересам и охраняемым ценностям, включая экономические свободы.

Использованный метод нормативного регулирования следует охарактеризовать как установление *пределов действия лица по осуществлению принадлежащего ему субъективного права*, общее содержание которого установлено ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, ограничений и «правил игры» при осуществлении гражданских прав

в интересах иных участников конкурентных отношений на соответствующем рынке.

Недобросовестная конкуренция: форма и содержание

Критерии допустимости конкретных решений и действий, касающихся приобретения и использования интеллектуальных прав, содержатся преимущественно в гл. 2¹ Закона о защите конкуренции, закрепляющей институт запрета на недобросовестную конкуренцию (институт недобросовестной конкуренции).

Правовой и исторической основой института недобросовестной конкуренции являются положения ст. 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, согласно которой недобросовестной конкуренцией считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах⁴. Европейские правоприменители используют это понятие на практике и в настоящее время, однако концептуальные и структурные особенности российского законодательства потребовали качественно иной формулировки легального определения недобросовестной конкуренции через указание и на статус надлежащего субъекта соответствующего нарушения, и на отдельные признаки неправомерности как элементы объективной (и отчасти субъективной) стороны состава.

В отличие от большинства механизмов антимонопольного законодательства, объективная сторона правонарушений, предусмотренных гл. 2¹ Закона о защите конкуренции, не может быть определена совокупностью очевидных и исчисляемых экономических характеристик рыночного положения вовлеченных в конфликт хозяйствующих субъектов, на основе которых возможно было бы делать выводы о наличии правонарушения и выбирать пути восстановления рыночного равновесия.

Согласно определению, содержащемуся в п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции, недобросовестной конкуренцией признаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству РФ, 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.

Ключевым в применении данной нормы является практическое содержание *элемента субъективной стороны* акта недобросовестной конкуренции, который определяет допустимую границу осуществления правомочий правообладателя интеллектуальных прав.

³ См.: <https://base.garant.ru/12148517/>

⁴ См.: <https://base.garant.ru/10106592/>

Антимонопольные запреты как общий предел осуществления...

В силу особенностей природы исключительных прав на товарные знаки (отсутствие материальной формы объекта права и содержание правомочий правообладателя) такими базовыми пределами их осуществления являются добросовестность и недопустимость злоупотребления правом, причем на любом из этапов реализации прав: при их установлении, включая приобретение, при осуществлении любого из полномочий правообладателя, при защите права и исполнении связанных с его реализацией гражданских обязанностей [6, с. 46].

Сама по себе категория *злоупотребления правом* является сложнейшим объектом научного исследования, поскольку подразумевает переход правомерного процесса реализации (осуществления) права в категорию правонарушения в силу конкретных свойств, присущих действиям управомоченного лица.

В российском гражданском праве злоупотребление признается общим пределом осуществления гражданских прав, закрепленным в п. 1 ст. 10 ГК РФ, согласно которому не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом), а также использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребления доминирующим положением на рынке.

Признавая злоупотребление правом правонарушением, законодатель тем не менее ограничивает гражданско-правовые его последствия отказом в защите права (п. 2 ст. 10 ГК РФ) и возможной, но мало практикуемой охранительной мерой в виде взыскания убытков (п. 4 ст. 10 ГК РФ).

Указанная норма не раскрывает содержания действий, являющихся злоупотреблением, но признаваемое классическим определением злоупотребления правом, данное В. П. Грибановым, как «особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках *дозволенного ему законом общего типа поведения*» (*выделено нами. — А. К., Я. С.*) [7, с. 63], по существу реализована в рамках антимонопольного законодательства, устанавливающих специальные требования к осуществлению прав, в том числе правообладателей интеллектуальной собственности, при осуществлении предпринимательской деятельности.

При этом на основании сложившихся научных подходов и правовых позиций высших судебных инстанций исследователями подчеркивается «деятельностный, поведенческий подход к оценке добросовестности в конкретном случае именно через действия либо общее поведение субъекта с учетом имевшихся фактических обстоятельств» [6, с. 44].

Залог эффективности норм Закона о защите конкуренции, на наш взгляд, в том, что они не только обозначают границы допустимого поведения игроков рынка — правообладателей по отношению к иным хозяйствующим субъектам — конкурентам и контрагентам через оценку их добросовестности, но совершение действий в противоречие с требованиями разумности и добросовестности (гл. 2¹ Закона) влечет административную ответственность.

Этим и обусловлена острота споров о корректности актуальной правоприменительной практики, в первую очередь в части выявления круга недобросовестных действий правообладателя. Объектом оценки при выявлении фактов недобросовестной конкуренции в связи с использованием интеллектуальных прав неизбежно является целеполагание правообладателя, а задачей — выявление намерения совершить действия по реализации прав при таких обстоятельствах, когда это ущемит права конкурентов. Данный элемент настолько очевидно соответствует понятию умысла из административного права, что в ходе формирования практики оно было заимствовано судами для описания предмета доказывания по этой категории дел⁵, а отдельными исследователями именно проявление и установление недобросовестной цели правообладателя предлагается рассматривать как момент выявления соответствующего правонарушения для целей исчисления сроков давности [8, с. 33].

Критерии оценки конкретных моделей поведения игроков рынка с учетом обстоятельств и допустимые мотивы установления пределов осуществления прав, в том числе применительно к обороту интеллектуальных прав, раскрываются актами конституционно-правового толкования. Так, в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ) от 13 декабря 2016 г. № 28-П⁶ сделан вывод, что защита имущественных прав правообладателя должна осуществляться с соблюдением вытекающих из Конституции РФ требований справедливости, равенства и соразмерности, а также запрета на реализацию прав и свобод человека и гражданина с нарушением прав и свобод других лиц; то есть таким образом, чтобы обеспечивался *баланс прав и законных интересов участников гражданского оборота*.

⁵ Данная правовая позиция отражена в решении Суда по интеллектуальным правам от 26 января 2015 г. по делу № СИП-626/2014, где указано, что недобросовестность поведения проявляется прежде всего в умысле на получение преимуществ над конкурентами. Отсутствие конкурентов или монопольное положение нарушителя делают такие действия бессмысленными.

⁶ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 декабря 2016 г. № 28-П по делу о проверке конституционности подп. 1 ст. 1301, подп. 1 ст. 1311 и подп. 1 п. 4 ст. 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросами Арбитражного суда Алтайского края. <https://rg.ru/2016/12/23/postanovlenie-dok.html>

Упомянув категорию злоупотребления правом, КС РФ указывает при этом на выход правообладателя товарного знака за разумные пределы защиты им своего экономического интереса. В качестве злоупотребления правом можно рассматривать, учитывая определенные фактические обстоятельства, любое *умышленное* действие, совершаемое при осуществлении права, при котором управомоченное лицо выходит за установленные пределы такого осуществления, причинение вреда происходит именно с использованием правовых возможностей, заключенных в содержании субъективного права, в том числе права на защиту [6, с. 51].

Кроме того, в силу правовой позиции КС РФ, выраженной в определении № 450-О-О от 01.04.2008, многообразие форм и методов недобросовестной конкуренции не всегда связано с прямым противоречием законодательству, в связи с чем вопрос о наличии факта недобросовестной конкуренции в каждом конкретном случае решается на основе исследования конкурентной тактики правообладателя с помощью понятийного аппарата антимонопольного законодательства (ст. 4 Закона о защите конкуренции)⁷.

Большинство современных научных исследований понятия добросовестности правообладателя при осуществлении им своих прав, а также судебная и административная практика в период формирования современного российского антимонопольного законодательства исходят из наличия широкого набора критериев и методологических подходов к оценке поведения участников рынка и множества нюансов толкования и эффективного применения правовых инструментов, которыми располагает антимонопольный орган для пресечения недобросовестного поведения с использованием интеллектуальных прав.

Границы допустимого поведения в оценке ФАС России

Актуальная практика применения законодательства о защите конкуренции при реализации исключительных прав на товарные знаки свидетельствует о непосредственном использовании антимонопольным органом перечисленных научных и практических подходов при выявлении содержания понятия недобросовестности при рассмотрении конкретных дел по признакам нарушения антимонопольного законодательства.

Основной среди предусмотренных Законом о защите конкуренции форм недобросовестной конкуренции, направленных против злоупотребления правом со сто-

роны правообладателя, является недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительных прав на средства индивидуализации.

Эта форма недобросовестной конкуренции впервые была запрещена п. 2 ст. 10 ранее действовавшего Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон № 948-1), введенным Федеральным законом от 09.10.2002 № 122-ФЗ, и практика ее применения антимонопольным органом достаточно стабильна.

Существенные для потерпевшей от злоупотребления стороны последствия наступают на основании подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ с учетом ч. 2 ст. 14⁴ Закона о защите конкуренции, которая прямо указывает на решение антимонопольного органа как основание для признания предоставления правовой охраны такому товарному знаку недействительной. Практика применения данной нормы на сегодня достаточно широко освещена в научной литературе [6, 8—14].

Статистика правоприменительной практики антимонопольных органов и интерес исследователей указывают на многообразие и универсальность влияния положений Закона о защите конкуренции на оборот интеллектуальной собственности. В то же время в контексте данной работы практика применения данной нормы наглядно демонстрирует реализацию рассматриваемого метода антимонопольного воздействия путем установления предела осуществления права (отдельных правомочий) в связи с особенностями статуса отдельного игрока на рынке и конкретными обстоятельствами осуществления предпринимательской деятельности.

Анализ сложившейся на сегодня правоприменительной практики позволяет выделить следующие «обстоятельства-маркеры», которые с большой вероятностью влекут ограничение возможностей потенциального правообладателя:

1) обстоятельства, связанные со *статусом* лица, приобретаемым в ходе осуществления предпринимательской деятельности (агент правообладателя либо партнер по бизнесу), поскольку они ограничивают право таких лиц на дальнейшее самостоятельное принятие решения о приобретении прав на определенные обозначения, действовавшие в общем бизнесе;

2) обстоятельства, связанные со *свойствами* конкретного обозначения, возникновение которых связано с его использованием при осуществлении предпринимательской деятельности иными лицами, в результате чего приобретение прав на такие обозначения ущемляет интересы широкого круга третьих лиц («советские» товарные знаки и им подобные, обозначения широко известных в мире компаний со сложившейся репутацией, обозначения, хотя и не имеющие сложившейся репутации на рынке, однако приобретшие различительную способность

⁷ Данная правовая позиция изложена также в постановлении Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации № 14186/12 от 23 апреля 2013 г. См.: http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_d19cdd81-3434-404a-b9d9-9e0b302b6ebc

Антимонопольные запреты как общий предел осуществления...

в результате усилий нескольких хозяйствующих субъектов, и т.п.).

Целесообразно выявлять в деловых планах участников рынка, поскольку в случае их практической реализации именно эти маркеры в дальнейшем могут быть положены в основу выводов антимонопольного органа о недобросовестности поведения на рынке.

На сегодня в практике антимонопольного органа и судебном правоприменении сложился ряд стандартных подходов, относящихся к разрешению типовых конфликтов, связанных с недобросовестной конкуренцией, и основанных на наиболее значимых делах антимонопольного органа, предметом оценки по которым становились отдельные из перечисленных выше обстоятельств-маркеров.

1. Решение ФАС России от 21.11.2011 по делу № 1 14/152-11 (приобретение и использование исключительных прав на словесный товарный знак «Антигриппин»)⁸.

Недобросовестной практикой признаны действия по приобретению прав на словесное обозначение «Антигриппин», которое являлось широко известным обозначением лекарственного препарата от гриппа и простуды, не обладающим различительной способностью и используемым фармацевтическими предприятиями со времен СССР на территории РФ в составе наименований выпускаемых ими лекарственных средств до даты приоритета спорного товарного знака, и последующее предъявление претензий иным пользователям обозначения.

Сам по себе факт отсутствия у зарегистрированного обозначения различительной способности не образовывал в действиях хозяйствующего субъекта состава недобросовестной конкуренции, поскольку законность регистрации товарного знака проверяется при рассмотрении возражения против приобретения права на использование товарного знака⁹.

Данное решение обозначает предел осуществления права на стадии выбора регистрируемого обозначения, когда свойства спорного обозначения и рыночные обстоятельства его использования подразумевают, что регистрация обозначения не отвечает целям приобретения права на товарный знак (индивидуализация товаров конкретного лица и наличие ассоциативной связи с ним). Такая регистрация по умолчанию влечет «присвоение» уже имеющейся у обозначения репутации и потребительской лояльности, усилия и инвестиции в формирование которой в силу экономических обстоятельств не являются заслугой конкретного субъекта и не могут быть объектом исключительного права.

2. Решение Приморского УФАС России от 27.05.2011 по делу № 7/07-2011 (недобросовестное приобретение и использование исключительного права на товарный знак «HANSOL»)¹⁰.

Решение принято в отношении лица, которое приобрело права в отношении товарного знака «HANSOL», на дату подачи заявки зная, что обозначение широко используется в предпринимательской деятельности другими участниками рынка, которые принимали активное участие в продвижении товара, маркированного данным товарным знаком, в связи с чем, не уведомив предпринимательское сообщество о своем намерении, ответчик ограничил право других предпринимателей на осуществление сложившейся свободной практики ввоза маркированного указанным обозначением товара на территорию РФ.

Исследованная в ходе рассмотрения данного дела модель недобросовестного поведения, включая сложившуюся систему правоотношений на рынке, является типичной для ситуаций, где востребовано применение данного инструмента антимонопольного реагирования в отсутствие иных способов защиты «пользователей» обозначения (институт «преждепользования» применительно к средствам индивидуализации не предусмотрен гражданским законодательством РФ, в связи с чем пресечение реализации правообладателем предусмотренного ГК РФ способа закрепления эксклюзивной позиции на рынке иначе невозможно).

Данная модель поведения включает намерение ответчика воспользоваться узнаваемостью спорного обозначения, при этом он не представляет доказательств приоритета в дате начала производства спорного товара, а также отношения к разработке какой-либо документации, при этом незамедлительно после приобретения права обращается в суды с исками к иным лицам, использующим обозначение¹¹.

Приведенное дело является важным образцом исследования содержания критерия недобросовестного поведения правообладателя и формирования предмета доказывания применительно к ст. 14⁴ Закона о защите конкуренции с учетом того, что само предъявление в суд требований о пресечении использования спорного обозначения — право, реализация которого осуществляется по усмотрению правообладателя и не свидетельствует о его недобросовестности [6, с. 52].

3. Решение ФАС России от 23.05.2013 по делу № 1-14-128/00-08-12 по заявлению Компании Штад-

⁸ См.: <https://fas.gov.ru/documents/140586>

⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 18.10.2012 по делу № А40-4504/12-148-43 Арбитражного суда города Москвы.

¹⁰ См.: <https://primorie.fas.gov.ru/solution/6575>

¹¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 03.12.2018 № С01-922/2018 по делу № А40-9044/2018, решение Суда по интеллектуальным правам от 08.02.2019 по делу № СИП-813/2018, оставленное в силе Президиумом Суда по интеллектуальным правам 31.05.2019. <http://kad.arbitr.ru/Card/6ff25320-8a39-4292-8b51-be08e339e731>

лер *Форм Актиенгеселлшафт (недобросовестное приобретение и использование исключительных прав на товарный знак “STAHLER”)*¹².

При помощи инструмента антимонопольного законодательства обеспечена возможность выхода на российский рынок зарубежного хозяйствующего субъекта — правообладателя, правовая охрана обозначений которого не распространялась на РФ. Последнее позволило недобросовестному участнику рынка путем приобретения прав на обозначения и использования ряда правомочий правообладателя (по запрету на реализацию товаров и предъявление претензий и денежных требований) необоснованно получить экономические преимущества.

В данном деле в качестве момента приобретения прав на товарный знак впервые рассмотрена уступка прав на указанное обозначение по ряду классов МКТУ от первоначального правообладателя, не осуществлявшего использование обозначения и не имевшего конкурентных отношений с заявителем [14, с. 58]¹³. Факт приобретения прав на средство индивидуализации в порядке уступки не исключает в случае признания такого поведения актуального правообладателя недобросовестной конкуренцией прекращения правовой охраны обозначения на основании соответствующего решения антимонопольного органа.

При этом объем производства и ввоза нарушителем товаров, маркированных обозначением STAHLER (в количестве чуть более двух сотен единиц за весь период с даты приобретения обозначения), был оценен как свидетельство отсутствия реальной деловой цели в виде индивидуализации и введения в оборот собственного бренда бытовой техники. Отсутствие собственной реальной деловой цели в совокупности с информированностью об использовании бренда иным лицом и его планах выхода на российский рынок в данном случае и обозначают пределы правовых возможностей ответчика по выбору и приобретению права на соответствующее обозначение.

4. Решение ФАС России от 24.03.2014 по делу № 1-14-258/00-08-13 (признание недобросовестным приобретения и использования исключительных прав на изобразительный товарный знак лицом, ранее выступавшим в качестве агента зарубежного правообладателя)¹⁴.

Нарушителем по делу признано лицо, ранее выступавшее дистрибьютором заявителя — зарубежного правообладателя, при этом условиями соглашения в том числе установлен запрет компании-дистрибьютору реги-

стрировать на свое имя товарные знаки, принадлежащие заявителю, и обязанность прекратить использование товарных знаков и обозначений по истечении действия соглашений или после его досрочного прекращения.

При рассмотрении дела ФАС России учтено содержание ст. 6 septies Парижской конвенции об охране промышленной собственности, которая в случае регистрации агентом без разрешения владельца товарного знака аналогичного обозначения на свое имя предусматривает для первоначального правообладателя товарного знака возможность воспрепятствовать или потребовать аннулирования или переоформления регистрации в свою пользу. Данная норма не относит указанные действия к недобросовестной конкуренции в узком понимании этого состава и при этом не имплементирована в российское законодательство. Однако такое поведение агента было признано антимонопольным органом противоречащим указанному международному акту и ранее заключенному договору как недобросовестное.

Приобретение прав на обозначение при таких условиях влечет сохранение этих преимуществ вопреки воле контрагента-правообладателя как лица, чьими усилиями изначально создана различительная способность обозначения и сформирован потенциал соответствующего рынка.

Выводы

1. Анализ приведенных выше подходов к пресечению недобросовестной конкуренции путем приобретения и использования прав на средства индивидуализации позволяет заключить, что предусмотренный Законом о защите конкуренции общий запрет на воспрепятствование злоупотреблениями правами на результаты интеллектуальной деятельности достаточно эффективен.

2. По характеру и методу регулирования соответствующий запрет следует рассматривать как общий предел осуществления гражданских прав. Рассмотренные нормы обозначают границы допустимого поведения участников рынка — правообладателей с учетом установленных антимонопольным законодательством общих требований и параметров конкурентных рынков и добросовестных практик по отношению к иным хозяйствующим субъектам — конкурентам и контрагентам.

3. Сложившаяся правоприменительная (в том числе судебная) практика опирается на сложившееся научное и конституционно-правовое толкование закрепленных в гл. 2¹ Закона о защите конкуренции субъективных критериев, что позволяет участникам правоотношений заблаговременно оценивать границы допустимого поведения и риски при принятии конкретного решения.

4. Отдельные вопросы толкования и применения соответствующих антимонопольных запретов требуют дальнейшей проработки. В частности, требует упоря-

¹² См.: <https://fas.gov.ru/documents/131119>

¹³ В настоящее время позиция о допустимости различных оснований перехода права к нарушителю, помимо первичной регистрации, не оспаривается.

¹⁴ См.: <https://fas.gov.ru/documents/130926>

дочения практика квалификации действий правообладателя, не содержащих все элементы состава правонарушения, предусмотренного ст. 14⁴ Закона о защите конкуренции, по ст. 14⁸ того же Закона [8. С. 29—38]. Данная проблема нашла отражение в позиции высшей судебной инстанции (п. 169 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Постановление № 10)¹⁵, согласно которой действия правообладателя, связанные с предоставлением правовой охраны этому товарному знаку или сходному с ним до степени смешения другому товарному знаку, могут быть признаны недобросовестной конкуренцией. При этом признание недобросовестной конкуренцией только действий по использованию товарного знака, но не по его приобретению не является основанием оспаривания предоставления правовой охраны товарному знаку. В то же время указанным пунктом Постановления № 10 допускается, что недобросовестная конкуренция, связанная лишь с приобретением исключительного права на средства индивидуализации, может образовывать нарушение ст. 14⁸ Закона о защите конкуренции.

Вопрос о соотношении данных форм недобросовестной конкуренции применительно к сходным обстоятельствам систематически возникает в практике антимонопольных и судебных органов. Так, в решении по делу № СИП-896/2019 от 30.01.2020 Суд по интеллектуальным правам (далее — СИП) подтвердил, что форма недобросовестной конкуренции, запрет на которую установлен ст. 14⁴ Закона о защите конкуренции, должна характеризоваться совокупностью обстоятельств как по приобретению исключительного права на средство индивидуализации с целью последующего недобросовестного использования, а также само последующее недобросовестное использование, которое должно быть выражено в определенных действиях, тогда как отсутствие совокупности данных условий исключает возможность признания действий хозяйствующего субъекта актом недобросовестной конкуренции¹⁶. Вместе с тем СИП сослался на п. 10 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденное постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 16.03.2016, в силу которого совокупность условий, необходимых для квалификации действий хозяйствующего субъекта в качестве акта недобросовестной кон-

куренции, определяется положениями п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции (применяемого с учетом п. 16¹ и абз. 3 и 4 п. 17 постановления Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 17.02.2011 № 11)¹⁷, и в отсутствие доказательств недобросовестного использования товарного знака признал законным отказ в применении антимонопольным органом мер реагирования, в том числе по ст. 14⁸ Закона о защите конкуренции.

Такой подход, хотя и содержит риски нарушения единообразия практики, все же расширяет пределы усмотрения антимонопольного органа при определении границ допустимого поведения, исключая необходимость применять к правоотношениям с использованием интеллектуальной собственности только составы, где данный актив прямо поименован.

5. Сложившаяся на сегодня судебная практика содержит правовые алгоритмы для расширения круга дел об антимонопольных нарушениях с использованием РИД и средств индивидуализации, в которых могут быть использованы антимонопольные запреты на недобросовестную конкуренцию. Антимонопольный орган в рамках осуществления собственных полномочий, а также в ходе методологической работы продолжает поиск перспективных путей применения антимонопольных запретов и ограничений в целях достижения баланса прав и интересов всех игроков рынка. ■

Литература

1. Ляпцев С. А. Принцип исчерпания прав на товарный знак в условиях параллельного импорта. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2019.
2. Тотьев К. Ю. Конкурентное право: правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополий: Учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: РДЛ, 2003.
3. Писенко К. А., Бадмаев Б. Г., Казарян К. В. Антимонопольное (конкурентное) право (учебник) // http://www.consultant.ru/edu/student/download_books/book/pisenko_ka_badmaev_bg_kazarian_kv_antimonopolnoe_konkurentnoe_pravo. 2014
4. Гхош Ш. Имплементация доктрины исчерпания прав: выводы, основанные на национальном опыте. Торговая политика / Trade policy. 2015. № 3/3.
5. Тотьев К. Ю. Конкурентное право: Учеб. пособие / Ред. О. М. Олейник; Моск. гос. юрид. акад. М.: Контракт; ИНФРА-М, 2000. 117 с. (Право в вопросах и ответах).
6. Голофаев В. В. Пределы осуществления права на товарный знак. Злоупотребление правом на защиту товарного знака // Журнал Суда по интеллектуальным

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». <https://vsrf.ru/documents/own/27773/> (Дата обращения: 15.03.2020).

¹⁶ См.: <http://kad.arbitr.ru/Card/a57676d4-86fd-41ac-80d3-b82f2f732fa3>

¹⁷ См.: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/58100423/>

- правам. 2018. № 20 (ipcmagazine.ru/trademark-law/limits-to-the-exercise-of-the-right-to-protection-of-a-trademark-abuse-of-the-right-to-protection-of-a-trademark).
7. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. Сер.: Классика российской цивилистики. М.: Статут, 2000.
 8. Корнеев В. А., Рассомагина Н. Л. О недобросовестности при приобретении и (или) использовании прав на товарный знак // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 8 (<http://ipcmagazine.ru/trademark-law/of-bad-faith-on-acquisition-and-or-the-use-of-trademark-rights>).
 9. Михайлов С. О критериях недобросовестного поведения при приобретении и использовании товарных знаков // Хоз. и право. 2014. № 5. С. 12—126.
 10. Данилина Е. А. Товарные знаки: добросовестное приобретение прав и недобросовестная конкуренция // Законность. 2007. № 4. С. 23.
 11. Фролова Н. Оспаривание предоставления правовой охраны товарному знаку в случае злоупотребления правом и недобросовестной конкуренции // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2014. № 6. С. 5—13.
 12. Оганесян А. Н. Вопросы признания действий по приобретению права на товарный знак недобросовестной конкуренцией // Вестник Университета им. О. Е. Кутафина. 2017. № 6. С. 54—58.
 13. Хохлов В. А. Вопросы злоупотребления правом при осуществлении интеллектуальных прав // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2014. № 3. С. 34—39.
 14. Травников Д. В. Недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2010. № 6. С. 58—66.

Сведения об авторах

Кашеваров Андрей Борисович: кандидат экономических наук, заведующий базовой кафедрой «Федеральная антимонопольная служба» Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, заместитель руководителя ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11
Тел.: +7 (499) 755-23-23
E-mail: delo@fas.gov.ru

Склярова Яна Вячеславовна: заместитель начальника Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11
Тел.: +7 (499) 755-23-23
E-mail: yasklyarova@fas.gov.ru



**ПЕТЕРБУРГСКИЙ
МЕЖДУНАРОДНЫЙ
ЮРИДИЧЕСКИЙ
ФОРУМ**

**ВОЗМОЖНОСТЬ ОБЩАТЬСЯ
С ЛИДЕРАМИ МНЕНИЙ
И РЕГУЛЯТОРАМИ,
ПОЛУЧАТЬ ИНСАЙДЕРСКУЮ
ИНФОРМАЦИЮ ОТ ТЕХ,
КТО ФОРМИРУЕТ
АКТУАЛЬНУЮ ПОВЕСТКУ**

An abstract graphic on the left side of the page, composed of various colored squares (black, white, red, teal, yellow) arranged in a pixelated, geometric pattern that tapers to the right.

ПРАВО НА БУДУЩЕЕ

**19-23 МАЯ 2020
САНКТ-ПЕТЕРБУРГ**

www.spblegalforum.ru

Соотношение частных и публичных интересов в антимонопольном регулировании (на примере фармацевтического рынка)

Нумерова А. А.,
Денченкова О. Е.,
Адвокатское бюро «Егоров,
Пугинский, Афанасьев
и партнеры»,
г. Москва

Аннотация

В статье рассматривается возникающий при осуществлении антимонопольного регулирования конфликт публичных и частных интересов на фармацевтическом рынке. Авторы предлагают оценить меры антимонопольного воздействия в правоустановлении и правоприменении через призму возможных ошибок, известных в экономической теории как ошибки I и II рода, и возможных негативных последствий от ошибок I рода, при которых наказывают невиновных. На примерах государственного регулирования ценообразования на жизненно важные лекарства, практики государственных закупок препаратов, использования института принудительного лицензирования рассматривается проблема поиска баланса публичных и частных интересов, предлагаются принципы и механизмы сокращения числа ошибок в правоустановлении и правоприменении в целях формирования более эффективной модели антимонопольного регулирования.

Ключевые слова: конкуренция, частные и публичные интересы, фармацевтический рынок, антимонопольный регулятор, государственная политика, антимонопольное регулирование, ошибки I и II рода, лекарственные препараты, закупки, картель, принудительное лицензирование.

Correlation between private and public interests in antitrust regulation (as demonstrated by the pharmaceutical market)

Anna A. Numerova,
Olga E. Denchenkova,
Egorov Puginsky Afanasiev &
Partners,
Moscow

Annotation

The article addresses the conflict of private and public interests on the pharmaceutical market arising in the antitrust regulation. The authors suggest assessing antitrust interventions in establishment of rights and enforcement of laws in terms of potential errors known in economics as type I and type II errors, and negative implications of type I errors, where the innocent are punished. The examples of governmental regulation of the pricing of essential drugs, the practice of state procurement of medicines, the use of compulsory licensing institute are used to address the problem of balance between the private and the public interests, to suggest principles and mechanisms meant to reduce the number of errors in establishment of rights and enforcement of laws in order to develop more efficient model of antitrust regulation.

Keywords: competition, state policy, private and public interests, antitrust regulator, antitrust regulation, competition, I and II type errors, pharmaceutical market, medicines, procurement, cartel agreement, compulsory licensing.

Вопрос баланса публичных и частных интересов на фармацевтическом рынке можно отнести к системообразующим, поскольку в силу социальной значимости фармацевтической отрасли и стратегического партнерства государства и бизнеса его разрешение требует предельного внимания при выборе методов и подходов к регулированию рынка в каждом случае.

ФАС России оказывает значительное влияние на состояние и развитие этой отрасли, реализацию государственной политики защиты потребителей. Однако антимонопольное регулирование осложняется неизбежным конфликтом публичных и частных интересов, присущим самому регулированию, — в целях защиты публичного интереса неизбежно ограничиваются частные интересы и права. Любой предприниматель заинтересован в извлечении наибольшей прибыли, и применение мер антимонопольного реагирования к нему закономерно влечет за собой ограничение его интересов, начиная с необходимости корректировки его поведения на рынке [1, 2] или отказа от некоторых привычных и удобных ему практик и заканчивая административной и уголовной ответственностью [3, 4].

Цели государственной политики в области конкуренции в настоящее время определяются в Указе Президента от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции»¹. В число приоритетов государство включает повышение удовлетворенности потребителей за счет расширения ассортимента товаров, работ, услуг, повышения их качества и снижения цен; повышение экономической эффективности и конкурентоспособности хозяйствующих субъектов, в том числе за счет стимулирования инновационной активности хозяйствующих субъектов, развития рынков высокотехнологичной продукции; развитие технологий и снижение издержек, обеспечение национальной безопасности.

При этом Конституция РФ гарантирует каждому свободу предпринимательства², а Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) — недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела и необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав.

Конфликт частных и публичных интересов наиболее остро встает на фармацевтическом рынке ввиду своей социальной значимости. Дискуссии последних лет о принудительном лицензировании, ценообразовании на лекарственные препараты, антимонопольные расследования об отказах в поставках или заключении договора, антиконкурентных соглашениях неизбежно наталкиваются на дилемму, связанную с выбором регулятора о защите публичного или частного интереса в каждом конкретном случае.

«Перекося» в ту или иную сторону чреват ошибками, известными в экономической теории как ошибки I и II рода [5]. Они могут возникнуть как в правоустановлении, так и в правоприменении.

Ошибки I рода — «ложная тревога» (англ. type I errors, α errors, false positive) и II рода — «пропуск цели» (англ. type II errors, β errors, false negative). В правоустановлении ошибки I рода выражаются в установлении запретов там, где их быть не должно, или чрезмерно жестких запретах, ошибки II рода — в отсутствии запретов и ограничений там, где они должны быть.

В правоприменении, в том числе применении антимонопольного законодательства, содержание ошибок I рода заключается в привлечении к ответственности невиновного, II рода — в ненаказании нарушителя. Экономически доказано, что разрушительный эффект ошибок I рода, когда наказывают невиновных, гораздо более серьезен, чем эффект ошибок II рода, когда какие-то нарушения пропускаются [6]. Таким образом, перед органами законодательной или исполнительной власти актуальна извечная дилемма «казнить нельзя помиловать».

Ошибки в правоустановлении и правоприменении — взаимосвязанные категории, последствия ошибок в правоустановлении могут усугубляться ошибками правоприменения или компенсироваться за счет них.

Правовое регулирование сферы здравоохранения находится в активной стадии реформирования. В частности, принята государственная программа Российской Федерации «Развитие здравоохранения»³, «дорожная карта» «Развитие конкуренции в здравоохранении»⁴. Период реформ — подходящее время для совершенствования действующих правил и сбалансированного урегулирования правовых отношений. На примере фармацевтической отрасли видим, что большинство

¹ Указ Президента от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» (вместе с «Национальным планом развития конкуренции в Российской Федерации на 2018—2020 годы») // СЗ РФ. 25.12.2017, № 52 (ч. I). Ст. 8111.

² Часть 1 ст. 8, ч. 1 ст. 34 Конституции Российской Федерации (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 04.08.2014. № 31. Ст. 4398.

³ Постановление Правительства РФ от 26.12.2017 № 1640 (ред. от 14.03.2019) «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Развитие здравоохранения» // СЗ РФ. 01.01.2018. № 1 (ч. II). Ст. 373.

⁴ Распоряжение Правительства РФ от 12.01.2018 № 9-р Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») «Развитие конкуренции в здравоохранении» // СЗ РФ. 22.01.2018. № 4. Ст. 663.

направлений государственной политики реализуются с применением мер антимонопольного воздействия, направленных на развитие конкуренции, которая, по мнению законодателя, является движущей силой экономического развития.

В повестке ФАС России находится широкий круг вопросов: лекарственное обеспечение пациентов, импортозамещение лекарств из перечня стратегически значимых лекарственных средств и жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов, вопросы взаимозаменяемости лекарств, изменения системы закупок лекарственных препаратов и ответственности за нарушения в сфере закупок, снижение барьеров доступа на рынок⁵.

План мероприятий по развитию конкуренции в здравоохранении направлен на ускорение выхода на рынок воспроизведенных лекарственных препаратов, создание условий для конкуренции среди фармпроизводителей, обеспечение равных условий обращения взаимозаменяемых лекарственных препаратов и участия в торгах, повышение эффективности бюджетных расходов при проведении государственных закупок, пресечение ограничения конкуренции государственными и муниципальными заказчиками, снижение цен на дорогостоящие препараты.

Государство как гарант доступности и своевременности лекарственного обеспечения для населения в первую очередь заинтересовано в снижении собственных затрат на выполнение принятых обязательств, обеспечении эффективности государственных закупок и инновационном развитии российской фармацевтической промышленности, что неизбежно будет требовать компромисса между публичным интересом и, например, частными интересами производителей лекарственных препаратов. Например, жесткие меры регулирования цен на жизненно важные лекарственные препараты могут привести к отказу производителей от поставок лекарств ввиду их невыгодности, принудительное лицензирование вне ясных и обоснованных правил — к сокращению инвестиций вместо развития инноваций, антимонопольные расследования при государственных закупках без анализа эффекта на конкуренцию — к сокращению числа участников торгов и росту цен.

В качестве примера ошибок в применении ценового регулирования может рассматриваться ситуация с признанием несостоявшимися торгов на поставку жизненно важных лекарств в первом полугодии 2019 г. Более четверти объявленных торгов (60,8 тыс.) не состоялись. Большинство — из-за отсутствия

поданных заявок. По мнению отдельных участников рынка [7], начальные цены контрактов оказались слишком низкими для поставщиков, в связи с чем они не вышли на торги. С января 2019 г. при обосновании начальной цены контракта на поставку лекарственных препаратов используется модель расчета по референтным ценам⁶. Заказчик должен указывать минимально возможную стоимость контракта. По итогам анализа причин сложившейся ситуации ФАС России установила, что «срывы аукционов на закупку лекарств, которые имели место в 2019 году, связаны с некорректным расчетом референтных цен, опубликованных в Единой информационной системе»⁷.

Как видим, в данной ситуации не удалось обеспечить соблюдение частных интересов поставщиков лекарств, заинтересованных в получении прибыли от предпринимательской деятельности, в результате чего также пострадали публичные интересы, соблюдение которых является необходимым условием для удовлетворения общественных потребностей. Ситуация демонстрирует необходимость сближения публичных и частных интересов и поиск компромисса для выполнения в конечном счете социальных обязательств государства.

Обратная ситуация имеет место при закупках лекарственных препаратов у единственных поставщиков, определенных актами Правительства РФ или субъектов РФ. Число таких закупок год от года растет⁸, что беспокоит и антимонопольные органы, и участников рынка, отстраненных от торгов. Формат сотрудничества с единственным поставщиком зачастую допускает или прямо предусматривает закупку лекарств по предельным отпускным ценам препаратов из реестра жизненно необходимых и важнейших. В то время как ФАС России отчитывается о выполнении поручения Правительства РФ и проведении переговоров с производителями лекарств по снижению цен [8]⁹, государство выбирает единственных поставщиков.

⁵ Официальный сайт ФАС России в сети Интернет [Электронный ресурс]: Основные проблемы лекарственного обеспечения. [https://fas.gov.ru/netcat_files/File/PROBLEMY%20LEKOBESPECHENIYa-1%20\(1\).pdf](https://fas.gov.ru/netcat_files/File/PROBLEMY%20LEKOBESPECHENIYa-1%20(1).pdf) (Дата обращения: 27.08.2019).

⁶ См. Приказ Минздрава России от 26.10.2017 № 871н (ред. от 26.06.2018) «Об утверждении Порядка определения начальной (максимальной) цены контракта, цены контракта, заключаемого с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем), при осуществлении закупок лекарственных препаратов для медицинского применения». <http://www.pravo.gov.ru> (Дата обращения: 28.11.2017).

⁷ Официальный сайт ФАС России в сети Интернет [Электронный ресурс]: ФАС в СМИ: ФАС опровергла информацию об уходе лекарств с рынка РФ из-за госрегулирования цен. <https://fas.gov.ru/publications/19301> (Дата обращения: 17.09.2019).

⁸ Надежда Шаравская рассказала о наиболее острых вопросах закупок лекарственных препаратов. <https://fas.gov.ru/news/26112> (Дата обращения: 27.08.2019).

⁹ В 2018 г. ФАС добилась снижения цен на 444 позиции дорогостоящих препаратов из Перечня ЖНВЛП. — *Прим. авт.*

Счетная палата в одном из своих отчетов [9] отмечает неэффективность использования единственного поставщика при закупках лекарств¹⁰ и указывает, что осуществление таких закупок в сферах, где есть развитый конкурентный рынок, не способствует эффективному расходованию бюджетных средств и негативно влияет на уровень развития конкуренции, ограничивая возможность экономического роста хозяйствующих субъектов.

Массовый характер назначения единственных поставщиков потребовал нормативного урегулирования, в связи с чем в План мероприятий («дорожную карту») «Развитие конкуренции в здравоохранении» включено принятие нормативного правового акта о возможности получения статуса единственного поставщика только в отношении лекарственных препаратов, не имеющих аналогов на территории РФ.

Вместе с тем во избежание ошибок I рода в правоустановлении путем введения чрезмерно жестких ограничений антимонопольному органу стоит исследовать действительные причины выбора единственных поставщиков исходя из презумпции добросовестности заказчиков. Отказ государственных заказчиков от конкурентных процедур в пользу единственных поставщиков может свидетельствовать, в том числе, об избыточной урегулированности закупочных процедур и их неспособности обеспечить потребности заказчиков.

Примером возможного государственно-частного сотрудничества с соблюдением баланса интересов могут быть прямые долгосрочные контракты с производителями, соглашения о софинансировании¹¹ и пр.

Затрагивая тему закупок, нельзя обойти стороной проблему картелизации торгов, борьба с которой является одним из ключевых приоритетов деятельности по развитию конкуренции. Подавляющее большинство из ежегодно выявляемых ФАС России антиконкурент-

ных соглашений — это картели, в структуре которых порядка 85% составляют картели на торгах¹².

ФАС России в официальных выступлениях должностных лиц указывает, что наибольшее распространение получили сговоры на торгах в фармацевтической промышленности и дорожном строительстве: «Там сговариваются практически в 80-90 процентах государственных объявленных торгов»¹³. Пугающая статистика как нельзя лучше, на наш взгляд, стимулирует принятие новых антикартельных законов. В настоящее время на рассмотрении Государственной Думы РФ находится законопроект № 848392-7 по усилению борьбы с картелями и ужесточению ответственности. Также может быть создан реестр участников картелей, которые будут лишаться права участия в государственных закупках.

Признавая, что картели наносят значительный вред национальной экономике и наказание за такие нарушения должно быть неотвратимым, при принятии мер по борьбе с картелями, соразмерных уровню общественной опасности, также следует исходить из того, что качество рассмотрения дел антимонопольными органами и стандарты доказывания должны быть безупречными во избежание ошибок в правоприменении, в особенности ошибок I рода, когда к ответственности привлекаются невиновные.

Усиление ответственности за картели должно сопровождаться пересмотром текущих подходов при проведении антимонопольных расследований. В настоящее время для выявления картелей ФАС России оперирует списком выработанных ведомством косвенных признаков, совокупность которых указывает на возможное наличие сговора. Это справедливо и обусловлено реалиями, потому как найти письменное соглашение о картеле¹⁴ уже вряд ли возможно. Вместе с тем не все договоренности хозяйствующих субъектов являются антиконкурентными, поэтому формальный подход к установлению картелей через выявление фактов взаимодействия субъектов антимонопольного регулирования не является достаточным и эффективным, поскольку создает высокий риск привлечения к ответственности лиц, не нарушавших запреты. Заключение картеля представляет собой запрет *per se*,

¹⁰ По результатам исследования Счетной палаты установлено, что в 2015 г. с единственным поставщиком было заключено государственных контрактов на 2 077,00 млн. руб., в 2016 г. — на 5 566,66 млн руб., в 2017 г. — на 16 039,73 млн руб. За исследуемый период при конкурентных закупках лекарств были заключены контракты на общую сумму 1 185 021,71 млн руб. с совокупной экономией 111 839,12 млн руб., с единственными поставщиками — на 35 604,12 млн руб. с экономией 3 360,22 млн руб.

¹¹ Под софинансированием обеспечения лекарственными препаратами понимается участие производителей/импортеров лекарственных препаратов в части затрат субъектов РФ на лекарственное обеспечение населения региона, в том числе путем предоставления их бесплатно в объеме, согласованном с заказчиком. Такие соглашения могут отвечать критериям допустимости, если они будут заключаться в отношении лекарственных препаратов, которые обладают уникальным МНН и включены в Перечень ЖНВЛП. — *Прим. авт.*

¹² Официальный сайт ФАС России в сети Интернет [Электронный ресурс]: ФАС в СМИ: Час работы и... — картель как на ладони! Интервью начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России Андрея Тенишева. <https://fas.gov.ru/publications/18577> (Дата обращения: 17.09.2019).

¹³ Стенограмма встречи президента РФ Владимира Путина и руководителя ФАС России Игоря Артемьева. <https://fas.gov.ru/documents/685117> (Дата обращения: 27.08.2019).

¹⁴ Решение ФАС России от 27.12.2011 по делу № 1 11/139-11 // Официальный сайт ФАС России в сети Интернет [Электронный ресурс]: URL: <https://br.fas.gov.ru/documents/0fec3b49-d5a1-4cdf-a714-ab09ab8b0281/> (Дата обращения: 27.08.2019).

и доказывать факт наступления негативных последствий не требуется, вместе с тем ст. 11 Закона о защите конкуренции¹⁵ понимает под картелем ограничивающее конкуренцию соглашение, которое приводит к поименованным в ч. 1 ст. 11 Закона последствиям. В связи с этим при рассмотрении дел о нарушении ст. 11 Закона о защите конкуренции представляется важным устанавливать, что негативные последствия вызваны ограничивающими конкуренцию договоренностями, а не другими факторами.

В июне 2019 г. Правительством РФ принята «Межведомственная программа мер по выявлению и пресечению картелей и иных ограничивающих конкуренцию соглашений на 2019—2023 годы»¹⁶. Программа призвана обеспечить комплексный подход к созданию условий для совершенствования механизмов контроля в сфере закупок, а также для предотвращения заключения антиконкурентных соглашений на торгах и товарных рынках, борьбы с нецелевым и неэффективным использованием, хищением государственного имущества и бюджетных средств, коррупцией, теневой и криминальной экономикой.

Индикатором программы является сокращение ежегодно на 5% числа дел, где участники соглашения получили доход менее 50 млн руб. Получение дохода в большем размере в настоящее время является признаком, криминализирующим картель. Таким образом, Программа требует от регулятора выявления крупных картелей, что вызывает также необходимость выработки четких и прозрачных критериев для объединения нескольких дел в одно производство и выделения дела в отдельное производство во избежание риска возникновения ситуаций, когда для превышения порога криминализации правонарушения отдельные эпизоды будут объединены в один кейс для совместного рассмотрения и последующего привлечения участников соглашения к уголовной ответственности.

Действующие правила возбуждения и рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства допускают широкое усмотрение в разрешении вопросов объединения дел в одно производство для совместного рассмотрения и выделения дела. Так, в соответствии с п. 3.122 и 3.125 Приказа ФАС России от 25.05.2012 № 339¹⁷ антимонопольный орган по хода-

тайству лиц, участвующих в деле, или по собственной инициативе вправе объединить в одно производство два и более дела в случае, если это однородные дела, а также если объединение будет способствовать полному, всестороннему и объективному рассмотрению дел.

Решение о выделении дела в отдельное производство принимается в случае, если в ходе рассмотрения дела выявлены новые признаки нарушения, достаточные для выделения дела в отдельное производство, а также если это будет способствовать полному, всестороннему и объективному рассмотрению выделенного дела.

Рассматриваемый вопрос приобретает особую важность в контексте предстоящих изменений в законодательстве в части ужесточения ответственности за картели.

Разработанный ФАС России законопроект о внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации (УК РФ) и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (УПК РФ)¹⁸ уточняет состав преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ (заключение картеля, запрещенного антимонопольным законодательством, а равно участие в нем, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо сопряжено с извлечением дохода в крупном размере), и предусматривает в примечании к ст. 178 УК РФ, что под доходом признается выручка от реализации товаров (работ, услуг), извлеченная всеми участниками ограничивающего конкуренцию соглашения без вычета произведенных расходов.

При реализации указанного подхода к определению размера дохода как криминализирующего признака картеля решающее значение для хозяйствующего субъекта может иметь состав и количество ответчиков по делу о нарушении антимонопольного законодательства, чья совокупная выручка будет фактором, определяющим, является ли картель административным правонарушением или уголовным преступлением.

В связи с этим измеряемые критерии и условия объединения нескольких дел в одно производство, а также выделения дела в отдельное производство будут способствовать правильной квалификации антиконкурентных соглашений, помогут дифференцировать ответственность нарушителя соразмерно уровню причиненного вреда общественным отношениям и тем самым предупредят ошибки I рода в правоприменении, не допуская привлечения к ответственности невиновных.

Нарушение частных интересов, ответственность без вины или возложение на лицо обязанностей без до-

¹⁵ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

¹⁶ Распоряжение Правительства РФ от 17.06.2019 № 1314-р // СЗ РФ. 01.07.2019. № 26. Ст. 3475.

¹⁷ Приказ ФАС России от 25.05.2012 № 339 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 8. 25.02.2013.

¹⁸ ID проекта 02/04/10-17/00074514.

статочных правовых оснований может проявляться не только вследствие ошибок в правоприменении, но и как результат ошибок в правоустановлении.

Примером ошибки II рода в правоустановлении может стать ситуация с выдачей принудительной лицензии, когда слишком мягкое регулирование и отсутствие регулирования там, где оно необходимо, приводят к тому, что механизм, призванный защищать безопасность государства и права населения на доступность значимых лекарственных препаратов, используется в частных интересах одних компаний и против конкурентов. Принудительные лицензии рассматриваются в мире в качестве средства предотвращения злоупотреблений исключительными правами, которые предоставляются патентом, а также являются инструментом, позволяющим правительствам государств обеспечить национальную безопасность и реагировать на возникновение чрезвычайных ситуаций.

Например, ст. 5 Конвенции по охране промышленной собственности, заключенной в Париже 20 марта 1883 г., предоставляет право каждой стране Союза по охране промышленной собственности принять законодательные меры, предусматривающие выдачу принудительных лицензий, для предотвращения злоупотреблений, которые могут возникнуть в результате осуществления исключительного права, предоставляемого патентом, например, в случае неиспользования изобретения¹⁹.

Согласно Дохинской декларации о Соглашении ТРИПС и общественном здравоохранении, принятой 14.11.2001 на министерской конференции ВТО, Соглашение ТРИПС может и должно быть истолковано и применено так, чтобы содействовать странам — членам ВТО в осуществлении охраны здоровья населения и, в частности, поощрении доступности медицинских препаратов для всех жителей²⁰.

Действующее законодательство РФ в вопросе выдачи принудительной лицензии не ограничивается интересами национальной безопасности и допускает принудительное лицензирование в интересах частных лиц, владельцев зависимого патента, использование которого невозможно без нарушения при этом прав обладателя другого патента (первого патента)²¹.

Как следует из п. 2 ст. 1362 ГК РФ, для получения принудительной лицензии требуется выполнение двух условий: 1) владелец первого патента отказался от заключения лицензионного договора на условиях, соответствующих установившейся практике; 2) патентообладатель, имеющий исключительное право на зависимое изобретение, доказал, что оно представляет собой важное техническое достижение и имеет существенные экономические преимущества перед изобретением или полезной моделью обладателя первого патента. Суммарный размер платежей за принудительную простую лицензию устанавливается судом не ниже цены лицензии, определяемой при сравнимых обстоятельствах.

До настоящего времени законодательно не определено, по каким критериям определяется платеж за использование принудительной лицензии, что понимать под сравнимыми обстоятельствами для расчета платежа. Аналогичным образом еще только предстоит выработать критерии определения понятий «важность технического решения» и «существенное экономическое преимущество».

В отсутствие правовой определенности по указанным выше вопросам, без закрепления пределов прав владельцев «зависимых» патентов на принудительную лицензию действующий порядок создает предпосылки для злоупотреблений истцами правом на получение такой лицензии.

В связи с этим интересным представляется исследование А. Ворожевич об опасности принудительного лицензирования фармпрепаратов [10], в котором автор обращает внимание, что принудительное лицензирование оправдано не во всех сферах, а только там, где для создания инновационного продукта необходим обмен разработками, предполагающий взаимодействие правообладателей. Прежде всего, речь идет о сфере ИТ-технологий. Один коммерчески реализуемый продукт охватывается сотнями патентов разных лиц. Отказ одного из субъектов в предоставлении лицензии может заблокировать научно-технический и производственный процесс. В фармацевтической промышленности, в отличие от сферы ИТ-технологий, лекарственный препарат охватывается одним первичным патентом на активный ингредиент и, в отдельных случаях, несколькими вторичными. Действия правообладателей в этом случае не могут блокировать использование разработок третьих лиц.

Как показывает анализ практики, *принудительная лицензия в отношении лекарственных препаратов в России не выдавалась в интересах государства*, например, в связи с неиспользованием патента и неудовлетворением спроса на значимые лекарства, поскольку случаев таких недобросовестных практик не зарегистрировано. В то же время споры о выдаче принудительной лицензии в интересах владельца «зависимого»

¹⁹ Конвенция по охране промышленной собственности (заключена в Париже 20.03.1883) (ред. от 02.10.1979) // Закон. 1999. № 7.

²⁰ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) [рус., англ.] (заключено в г. Марракеше 15.04.1994) (с изм. от 06.12.2005) // СЗ РФ. 10.09.2012 № 37 (приложение, ч. VI). С. 2818—2849.

²¹ Статья 1362 Гражданского кодекса Российской Федерации (ч. 4) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 18.07.2019) // СЗ РФ. 25.12.2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496.

патента приобретают массовый характер²², что может указывать на признаки недобросовестной конкуренции. ФАС России, обладая необходимыми полномочиями и будучи одним из сторонников применения института принудительного лицензирования (как средства предотвращения злоупотреблений исключительными правами) в интересах национальной безопасности и обеспечения доступности лекарственных препаратов для населения, может занять активную позицию в правоприменении и изначально сформировать практику, которая продемонстрирует всем участникам рынка озвучиваемые декларации об исключительном характере мер о принудительном лицензировании. В этом случае многие опасения отпали бы сами собой и «правила игры» стали бы понятны всем.

Эксперты и академическое сообщество предостерегают регуляторов и законодателя от ошибок I и II рода, которые были и остаются актуальными во все времена и во всех странах [11—13].

Выводы

В целях обеспечения эффективной работы и сбалансированного применения инструментов антимонопольного воздействия авторы считают возможным предложить антимонопольному регулятору учитывать при реализации своих полномочий и законодательных инициатив необходимость:

1) сохранения баланса между частными и публичными интересами, с учетом опасности ошибок I и II рода в правоустановлении;

2) оценки влияния будущего эффекта решения на состояние конкуренции на конкретном товарном рынке в каждом конкретном случае;

3) проверки (для исключения ошибок правоприменения) наличия основания применения ст. 13 Закона о защите конкуренции на этапах подготовки заключения об обстоятельствах дела и прекращения дела, если соблюдается по крайней мере один из указанных в законе критериев допустимости действий и соглашений;

4) выполнения перспективного анализа рынка для определения барьеров входа на товарный рынок и эффекта от принимаемого решения.

Введение антимонопольным регулятором практики выборочной проверки (3—5 дел для каждой отрасли) влияния принятых решений на состояние конкуренции в течение 3 лет после вступления в силу соответствующего решения, на наш взгляд, могло бы стать

значительным шагом на пути к формированию более эффективной, чем сегодня, модели антимонопольного регулирования. ■

Литература

1. Пружанский В. Е., Суббот А. В. Антимонопольный комплаенс: цена вопроса // Закон. 2017. № 12. С. 38—43.
2. Дьяченко Е. Б., Энтин К. В. Обзор практики Суда Евразийского экономического союза в 2017—2018 годах // Закон. 2019. № 3. С. 88—109.
3. Молчанов А. В., Лобанов Р. М. Возмещение убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2018. № 4. С. 42—47.
4. Кинев А. Ю., Тенишев А. П. Об уголовной ответственности за картели // Юрист. 2017. № 1. С. 7—13.
5. Шаститко А. Е. Экономические эффекты ошибок в правоприменении и правоустановлении. М., 2013.
6. Шаститко А. Об антимонопольной политике с регуляторным креном // Деловой журнал Инвест-Форсайт [Электронный ресурс]: URL: <https://www.if24.ru/andrey-shastitko-interview/> (Дата обращения: 27.08.2019).
7. Котова М. Лекарства довели до срывов // Коммерсантъ. № 139 от 07.08.2019 г. [Электронный ресурс]: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4053603> (Дата обращения: 27.08.2019).
8. Доклад о состоянии конкуренции за 2018 год. <https://fas.gov.ru/documents/685117> (Дата обращения: 27.08.2019).
9. Отчет о результатах экспертно-аналитического мероприятия «Анализ и оценка закупок товаров, работ, услуг, осуществленных у единственных поставщиков (подрядчиков, исполнителей), определенных постановлением или распоряжением Правительства Российской Федерации, за 2015—2017 годы и истекший период 2018 года» // Бюллетень Счетной палаты. 2019. № 4. <http://www.ach.gov.ru/activities/bulleten/#952> (Дата обращения: 27.08.2019).
10. Ворожевич А. Принудительное лицензирование фармпрепаратов: чем опасны для отрасли и потребителей инициативы ФАС России // Экономика и жизнь. 2017. 13 янв.
11. Polinsky A. M., Shavell S. The Economic Theory of Public Enforcement // Journal of Economic Literature. 2000. Vol. XXXVIII. P. 45—76.
12. Feldman Y., Teichman D. Are All Legal Probabilities Created Equal? // New York University Law Review. 2009. Vol. 84. P. 980—1022.
13. Шаститко А. Е., Павлова Н. С. Почему экономический анализ права имеет значение? // Закон. 2018. № 3. С. 57—66.

²² Официальный сайт Картотеки арбитражных дел в сети Интернет [Электронный ресурс]: Арбитражные дела № А40-166505/2017, № А40-71471/2017, № А40-157726/2018, № А40-245729/2018. <http://kad.arbitr.ru/> (Дата обращения: 27.08.2019).

Сведения об авторах

Нумерова Анна Альбертовна: адвокат, LL.M., партнер Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Контактная информация:

Адрес: 125047, Россия, г. Москва, ул. 1-я Тверская-Ямская, д. 21

Тел.: +7 (495) 935-80-10

E-mail: anna_numerova@epam.ru

Денченкова Ольга Евгеньевна: адвокат, старший юрист практики антимонопольного права Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Контактная информация:

Адрес: 125047, Россия, Москва, ул. 1-я Тверская-Ямская, д. 21

Тел.: +7 (495) 935-80-10

E-mail: olga_denchenkova@epam.ru

Применение принципа добросовестности при доказывании картельных соглашений на торгах

Тимошенко А. С.,
Санкт-Петербургский
государственный университет,
г. Санкт-Петербург,
ФАС России,
г. Москва

Аннотация

В статье рассматриваются вопросы толкования и применимости в конкурентном праве и в антимонопольной правоприменительной практике цивилистического принципа добросовестности.

Подвергнут критике теоретический взгляд на понятие добросовестности как на несовместимое с природой публичного права.

Исследована правоприменительная практика по делам о нарушении антимонопольного законодательства участниками антиконкурентных соглашений, повлиявшая на формирование ключевых судебных позиций, связанных с оценкой соблюдения принципа добросовестности участниками торгов.

По результатам исследования сделан вывод о том, что гражданско-правовой принцип добросовестности одновременно является общим принципом конкурентного права как комплексной отрасли права, сочетающей публичные и частные начала правового регулирования.

Отмечено, что использование данного принципа для правовой оценки действий участников картельных соглашений на торгах является не только важным инструментом противодействия картелизации государственных и муниципальных закупок, но и средством формирования деловой этики предпринимательских отношений, отвечающей общественным интересам.

Ключевые слова: добросовестность, злоупотребление правом, гражданское право, конкурентное право, картели, торги.

Application of the principle of good faith in proving cartel agreements at tenders

Aleftina S. Tymoshenko,

St. Petersburg State University,
St. Petersburg,
FAS Russia,
Moscow

Annotation

The article discusses the issues of interpretation and applicability in competition law and in antitrust law enforcement practice of the civil law principle of good faith. The theoretical view of the concept of good faith as incompatible with the nature of public law is criticized.

The law enforcement practice in cases of violation of antitrust laws by participants of anticompetitive agreements was studied, which influenced the formation of key judicial positions related to assessing compliance with the principle of good faith by bidders.

According to the results of the study, it was concluded that the civil law principle of good faith is at the same time a general principle of competition law as an integrated branch of law combining public and private principles of legal regulation.

It is noted that the use of this principle for legal assessment of the actions of participants in cartel agreements at tenders is not only an important tool to counteract cartelization of state and municipal procurements, but also a means of creating a business ethics of entrepreneurial relations in the public interest.

Keywords: *good faith, abuse of law, civil law, competition law, cartels, procurement.*

Проблемам толкования и применения гражданско-правового принципа добросовестности, закрепленного в ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (далее — ГК РФ), в антимонопольной практике посвящено значительное число научных публикаций [1; 2, с. 44; 3, с. 14—16].

Хозяйствующий субъект, реализуя в своей деятельности принадлежащие ему субъективные права, может выйти за их пределы и затронуть права другого субъекта или публичные интересы, а при заведомом игнорировании этих интересов — злоупотребить правом.

В ст. 10 ГК РФ установлен запрет на заведомое (осуществляемое сознательно, заранее известное) недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Из этой дефиниции усматривается, что это достаточно широкое понятие, хотя в самой норме указаны только два вида недобросовестного поведения, представляющие, скорее всего, наибольшую опасность для общества: так называемая *шикана*² (осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу) и действия в обход закона с противоправной целью (к примеру, осуществление формально законных действий, приводящих к незаконному результату).

Понятие недобросовестного использования хозяйствующим субъектом гражданских прав применяется антимонопольным органом при квалификации действий субъекта в случаях ограничения конкуренции или злоупотребления своим доминирующим положением на рынке, на что прямо указывает ст. 10 ГК РФ.

¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. I) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018, с изм. от 03.07.2019) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.06.2019) // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 330.

² От фр. *chicaner* — мучить из-за преувеличенных мелочей.

Сегодня, когда добросовестность участников правоотношений закреплена в ГК РФ как принцип, полагаем, что есть возможность его применения и к другим составам антимонопольных правонарушений, а не только в вопросах, касающихся запретов на недобросовестную конкуренцию и злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке.

Это тем более верно, что категория добросовестности как общее начало (принцип) развития конкуренции была введена Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) прежде внесения соответствующих изменений в ГК РФ в форме запрета на недобросовестную конкуренцию.

По этой причине трудно согласиться с некоторыми юристами, которые сходятся в том, что добросовестность как отраслевой принцип гражданского права не может быть применена к иным правоотношениям, в частности, где одним из участников является антимонопольный орган. Эта позиция вытекает из общего постулата о том, что «понятие добросовестности просто несовместимо с природой публичного права» и «в публичном праве мыслим единственный порок деяния — объективная неправомерность» [4, с. 18—20].

Этот подход был признан несостоятельным еще в начале XX в. [5, с. 24]. Следует также учитывать, что антимонопольное законодательство как отрасль законодательства, в основе которой лежит конкурентное право, как комплексная отрасль права [6, с. 8], содержит часть специальных норм, закрепленных в гражданском законодательстве, регулирует поведение хозяйствующих субъектов именно как участников гражданских правоотношений.

Сама постановка вопроса о применимости принципа добросовестности по делам, связанным с осуществлением антимонопольного контроля в сфере государственных закупок, обусловлена сложностью доказывания в судах картельных соглашений, касающихся повышения, снижения, поддержания цен на торгах [7, с. 279—556].

Это отчасти связано с тем, что сами нормы об антиконкурентных соглашениях сформулированы законодателем, на наш взгляд, весьма неудачно — в Законе о защите конкуренции не определено понятие торгов применительно к предмету регулирования данного Закона, не названы отличия картеля на товарном рынке и картеля на торгах, диктующие разные подходы к доказыванию этих составов. Эти отличия обусловлены разными целями, которые ставят перед собой участники картелей (в первом случае — это недопущение, ограничение и устранение конкуренции, а во втором — отказ от конкуренции внутри группы участников сговора с целью обеспечения победы на торгах одного из них).

Все перечисленное выше затрудняет доказывание наличия в действиях участников торгов признаков и состава антиконкурентного соглашения.

Обоснованность применения принципа добросовестности при рассмотрении данной категории дел обусловлена также прямым указанием на него в Федеральном законе от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о закупках).

Так, ч. 2 ст. 8 Закона о закупках предусмотрено, что конкуренция при осуществлении закупок должна быть основана на соблюдении *принципа добросовестной ценовой и неценовой конкуренции* между участниками закупок в целях выявления лучших условий поставок, выполнения работ, оказания услуг³.

Иными словами, для того, чтобы заказчику выявить лучшие условия предложений, ему нужно оценить соблюдение принципа добросовестной конкуренции (ценовой и неценовой) всеми участниками закупок.

Согласно позиции Арбитражного суда Центрального округа по делу № А 36-9469/2016, «принцип добросовестности ведения хозяйственной деятельности субъектами предпринимательской деятельности, в том числе закрепленный в ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации применительно к защите конкуренции, указан и в специальном законе, регулирующем закупки для государственных и муниципальных нужд, следовательно, является одним из критериев проверки закупочных процедур на предмет соблюдения этого принципа в аспекте соблюдения правопорядка в сфере конкуренции»⁴.

Например, ч. 7 и 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции, которыми предусмотрен иммунитет в части преследования за ограничивающие конкуренцию соглашения между хозяйствующими субъектами, образующими группу лиц, если хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица либо одним из хозяйствующих субъектов установлен косвенный контроль над другим юридическим лицом путем возможности определять решения двумя способами: распоряжение более чем 50% голосующих акций (долей) уставочного (складного) капитала или осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Ряд судов исходит из буквального толкования данной нормы, указывая на то, что хозяйствующие субъекты не отвечают признакам группы лиц, указанным в ч. 8 данной статьи, следовательно, не освобождены от запретов, установленных ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

В других случаях суды, не учитывая положения данной нормы, исходят из того, что в данном случае применима общая норма, установленная ч. 1 ст. 9 Закона

³ Собрание законодательства РФ. 08.04.2013. № 14. Ст. 1652.

⁴ Постановление Арбитражного суда Центрального округа по делу № А 36-9469/2016. http://www.consultant.ru/law/hotdocs/?utm_source=sps (Дата обращения: 17.03.2020).

о защите конкуренции относительно *понятия* группы лиц, поскольку из содержания договора следует, что *фактически* установлен контроль одного участника над вторым, что по правовому содержанию и юридическим последствиям является не менее значимым в сравнении с тем, что указано в ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

В свою очередь данный вывод является основанием для распространения на этих хозяйствующих субъектов исключений, приведенных в ч. 7 ст. 11 Закона о защите конкуренции⁵.

Из содержания ряда судебных актов усматривается, что скоординированное поведение участников на торгах является допустимым в случаях, когда: а) когда нет других участников на торгах, а значит, снижение цены вообще могло не произойти; б) когда организации — участники сговора входят в одну группу лиц при наличии квазидоговорных отношений (агентских, доверительного управления, оказания управленческих услуг и т. п.). Следовательно, такие хозяйствующие субъекты не являются на период действия договора конкурентами, действуют в едином экономическом интересе и не преследуют цели выиграть торги.

При таком подходе прослеживается поддержка судами доводов участников аукционов относительно того, что заключение контракта *на наиболее выгодных для них условиях является* обычным поведением участника хозяйственного оборота, основной целью которого является получение прибыли, данный вывод прямо вытекает из содержания ст. 2 ГК РФ.

Анализируя содержание изложенных выше судебных актов на предмет наличия и оценки судом доводов хозяйствующих субъектов, участвующих в картеле (отсутствие отрицательных последствий от заключения соглашения, недоказанность антимонопольным органом экономического эффекта для участников картеля от выигранных торгов, наличие квазидоговора, предоставляющего иммунитет от преследования за заключение антиконкурентного соглашения (можно предположить, что эти доводы будут только множиться), а в целом — оправданность), с точки зрения хозяйствующего субъекта любых его действий при провозглашенной цели получения прибыли от осуществления предпринимательской деятельности можно прийти к выводу, что данные возражения можно оценить только с позиции добросовестного или недобросовестного поведения всех участников закупок. В противном случае сложное и ресурсоемкое расследование картелей становится бесполезным.

В то же время, если с этой точки зрения анализировать судебные решения по данной категории дел, в которых

были поддержаны выводы антимонопольного органа, то можно увидеть в них важные правовые позиции.

По таким делам судами тщательно оценивается поведение участников аукциона с точки зрения поэтапно развивающейся на торгах *реальной* конкурентной борьбы, которая (следуя позиции суда) не должна быть мнимой, борьба должна происходить между *всеми* участниками с учетом времени и места совершения соответствующих действий. При этом суды учитывают особенность происходящего деяния именно на электронных аукционах: все действия участников группы лиц происходят достаточно быстро по времени, все происходящее локализовано в одном месте. Судами анализируется содержание аукционных предложений, их результативность при ожидании от *добросовестных* участников торгов последующих действий, которые отвечали бы их *объективным* экономическим интересам.

Иными словами, при проверке закупочной процедуры судами оценивается *реальное взаимодействие всех участников торгов и соблюдение ими принципа добросовестности с точки зрения объективных экономических интересов*.

После тщательного анализа совокупности представленных антимонопольным органом доказательств, свидетельствующих о заключении антиконкурентного соглашения, при констатации нетипичного поведения участников группы на торгах (в то время как разумных объяснений такому поведению со стороны участников антиконкурентного соглашения не приведено), суды приходят к выводу о достаточности представленных доказательств для признания участвующих в деле хозяйствующих субъектов нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции⁶.

Так, по делу № А44-185/2017 в действиях девятнадцати участников аукциона (из них 11 образуют группу лиц) антимонопольным органом были выявлены нарушения п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. При этом ими при совместном участии в электронных аукционах реализовывались две стратегии поведения.

Первая стратегия заключалась в отказе от внесения ценовых предложений. Такое пассивное поведение, заключающееся в подаче одного или двух ценовых предложений с минимальным снижением, по мнению суда кассационной инстанции, не свидетельствовало о наличии реальной конкурентной борьбы между участниками,

⁵ См., например: Определение Верховного Суда РФ от 24.01.2019 № 307-КГ18-24131 по делу № А52-3855/2017. http://www.consultant.ru/law/hotdocs/?utm_source=sps (Дата обращения: 17.03.2020).

⁶ См., например: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.03.2018 № Ф07-16015/2017 по делу № А44-185/2017; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 12.10.2018 № Ф10-4442/2017 по делу № А36-9469/2016; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 13.02.2018 № Ф07-15086/2017 по делу № А21-7840/2016; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.04.2015 № Ф07-1312/2015 по делу № А42-2564/2014. http://www.consultant.ru/law/hotdocs/?utm_source=sps (Дата обращения: 17.03.2020).

а говорило о *формальном характере участия данных* хозяйствующих субъектов в аукционах, где «имитируется конкурентная борьба». Кроме того, суд указал, что участники не подтвердили *экономическую целесообразность* такого пассивного поведения.

Реализация второй стратегии (стратегия ценовой дезориентации участников торгов) применялась группой лиц только в том случае, когда в торгах принимали участие иные хозяйствующие субъекты, не являющиеся сторонами антиконкурентного соглашения. Со стороны ряда участников, заведомо знавших об отклонении их заявок в связи с несоответствием второй части заявок требованиям аукционной документации, происходило резкое снижение цены контракта, в результате чего добросовестные участники торгов оказывались дезориентированы (утрачивали объективные ориентиры честной ценовой борьбы) и прекращали внесение ценовых предложений. В последний момент хозяйствующий субъект вносил свое ценовое предложение незначительно ниже ранее предложенного иным, добросовестным участником аукциона и таким образом становился победителем.

Кроме отмеченного выше, при рассмотрении данного дела судом было учтено, что данные хозяйствующие субъекты (участники картеля) практически не осуществляют реальной предпринимательской деятельности, поскольку отсутствуют транзакции денежных средств от контрагентов, а внутри такой группы происходят операции по счетам по предоставлению беспроцентного займа для внесения обеспечения заявок на участие в аукционах. Все это, по мнению суда, свидетельствует о направленности действий юридически независимых лиц на достижение общей цели и не может быть разумно интерпретировано случайным стечением обстоятельств, что указывает на наличие антиконкурентного соглашения.

По другому делу № А36-9469/2016 судом кассационной инстанции в постановлении от 27.11.2017, отменившем решения нижестоящих судов, также произведена подробная оценка модели поведения всех участников антиконкурентного соглашения. Судом отдельно подчеркнуто, что входит в бремя доказывания антимонопольным органом в случае реализации модели поведения, выработанной участниками в результате сговора. Доказывание заключается в описании поведения непосредственно на торгах, которое, как правило, отличается нелогичностью, необусловленностью действий участников реальными экономическими интересами, отсутствием иных объяснений поведения каждого из них, кроме как направленностью общего интереса на достижение заранее избранных результатов.

Далее суд указал, что необходимо выявлять достижение промежуточных целей участников картеля, например, в виде введения в заблуждение добросовестных участников торгов, тем самым анализируются ход процедуры, ее промежуточные и итоговые результаты.

И в конечном итоге, *эта модель сравнивается с поведением добросовестных участников*.

Другим важным выводом суда является то, что в отличие от антиконкурентного соглашения, заключенного на товарных рынках, применительно к торгам антимонопольный орган должен доказать наличие последствий сговора как результата, к которому участники картеля стремятся, а именно *к отказу от конкуренции между участниками картельного сговора для обеспечения победы на торгах одного из участников на наиболее выгодных всем участникам сговора условиях*.

Установление *в решениях судов таких фактов, как отсутствие деловой цели у участников антиконкурентного соглашения и экономической целесообразности такого поведения, формальное участие в торгах хозяйствующих субъектов, входящих в группу лиц, имитация конкурентной борьбы, есть установление юридически значимых признаков недобросовестного поведения, отрицающего добросовестность как принцип в деятельности участников гражданских правоотношений*.

Согласно п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», положения ГК РФ и иных актов, содержащих нормы гражданского законодательства, подлежат истолкованию в системной взаимосвязи с основными началами (принципами) гражданского законодательства, закрепленными в ст. 1 ГК РФ⁷.

Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации.

На наш взгляд, Верховный Суд РФ закрепил очень важные положения, исходя из которых можно предположить следующее: когда хозяйствующий субъект ссылается на то, что такое его поведение (пассивное, формальное, мнимое) на аукционах является нормальным и объяснимым, поскольку преследует благую цель — как можно быстрее заключить сделку, чтобы начать осуществлять свою основную цель в виде получения прибыли, при этом игнорируя права и законные интересы добросовестных участников аукционов, — это и есть злоупотребление правом.

Разумеется, в своих судебных актах суд должен отразить, какие действия участников на торгах являются добросовестными, почему поведение данного участника дефектно, где он уклонился от стандарта добросовестного поведения. Таким образом, суды сегодня, следуя разъяснениям Верховного Суда РФ, должны выработать

⁷ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

стандарт добросовестного поведения. Соответственно, другая сторона (в данном случае — антимонопольный орган), ссылаясь на недобросовестное поведение нарушителя, должна предложить суду модель добросовестного поведения участника торгов как участника гражданских правоотношений, разумность действий которого подразумевается и ожидается как от любого (нормального, среднего) участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны.

Такое прочтение п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 потребует от антимонопольного органа глубокого осмысления стандарта добросовестного поведения на торгах и тщательной оценки выбранной участниками торгов модели поведения, затем подробного описания в решениях фактических обстоятельств того, что происходило на торгах и сравнения выбранной участниками антиконкурентного соглашения модели поведения с моделью (стандартом) поведения добросовестных участников, которые пришли на торги с определенной целью. Какой целью? Победить в торгах в честной конкурентной борьбе за снижение цены, имея реальные возможности для исполнения предлагаемого контракта.

Для решения поставленной задачи упорядочивания и определенности в практике применения принципа добросовестности потребуются высокая подготовка и ответственность всех сторон судебного процесса. На прошедшей в начале 2019 г. в Санкт-Петербургском государственном университете конференции, посвященной принципу добросовестности в современном праве, М. З. Шварцем был поставлен вопрос о возможной коллизии между понятием принципа добросовестности в гражданско-правовых отношениях и добросовестности как принципа конкуренции. При этом была сделана ссылка на п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25, где содержится разъяснение, согласно которому судам при оценке действий сторон как добросовестных или недобросовестных следует исходить из ожидаемого поведения любого участника гражданского оборота, *учитывающего права и законные интересы другой стороны*.

В случае когда речь идет о торгах, на которых разгорается борьба за ограниченные ресурсы, должен ли участник, на глазах которого происходит жесткая борьба, учитывать права и законные интересы другой стороны — его конкурента? Ожидается ли от него *такое* добросовестное поведение? Нет ли противоречия между понятием добросовестности, раскрытым в Законе о защите конкуренции, и понятиями добропорядочности, разумности и справедливости? От ответа на этот далеко не праздный, по нашему мнению, вопрос прямо зависят качество деловой этики в предпринимательских отношениях и успехи экономического развития страны.

Выводы

1. Цивилистический принцип добросовестности, согласно которому не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав одновременно, является общим принципом конкурентного права как комплексной отрасли права, сочетающей публичные и частные начала правового регулирования.

2. Использование принципа добросовестности для правовой оценки действий участников картельных соглашений на торгах является важным инструментом противодействия картелизации государственных и муниципальных закупок и гарантией формирования правильной деловой этики в сфере предпринимательских отношений. ■

Литература

1. Егорова М. А. Гражданско-правовые последствия нарушений антимонопольного законодательства: монография. М.: Юстицинформ, 2020. 408 с.
2. Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М.: Волтерс Клувер, 2007. 256 с.
3. Новиков М. В. Недобросовестная конкуренция и злоупотребление правом: вопросы соотношения // Конкурентное право. 2017. № 1. С. 14—16.
4. Белов В. А. К вопросу о недобросовестности налогоплательщика: критический анализ правоприменительной практики. М.: Волтерс Клувер, 2006. 96 с.
5. Hedemann J. W. Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen, 1933. S. 24.
6. Максимов С. В. Семь аргументов в защиту научной специальности «Конкурентное право» // Российское конкурентное право и экономика. 2017. № 4.
7. Картели и другие антиконкурентные соглашения. Комментарии судебной практики. Книга первая / Под ред. А. Ю. Кинева. М.: Дело. РАНХиГС, 2015. 556 с.

Сведения об авторе

Тимошенко Алефтина Сергеевна: заведующая кафедрой правовой защиты экономической конкуренции Санкт-Петербургского государственного университета, помощник руководителя ФАС России, заслуженный юрист Российской Федерации, судья в отставке

Контактная информация:

Адрес: 199106, г. Санкт-Петербург, 22-я линия В. О., д. 7,

125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: +7 (495) 755-23-23

E-mail: to78-timoshenko@fas.gov.ru

УДК: 34

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

О новых подходах к антимонопольному регулированию в условиях цифровой экономики

Джигоева Л. С.,
ФАС России,
г. Москва

Аннотация

В статье описаны основные направления развития антимонопольного регулирования в условиях цифровой экономики. Особенность товара в эпоху цифровой экономики проявляется в ценности информации на современном рынке, которая оказывает прямое влияние на стоимость практически всех товаров (работ, услуг). Обладатель информации — владелец цифровой платформы — может не занимать какую-либо долю на рынке производства материального товара, но, владея определенной информацией, он может контролировать практически любой материальный рынок. Изменение самого товара, его обращения приводит к необходимости формирования новых подходов в антимонопольном регулировании, учитывающих эти особенности для выбора наилучшего пути для сохранения и развития конкуренции.

Ключевые слова: антимонопольное регулирование, цифровая экономика, информация как новый объект гражданских прав, «сетевые эффекты», пятый антимонопольный пакет.

New approaches to antitrust regulation in the digital economy

Ludmila S. Djioeva,
FAS Russia,
Moscow

Annotation

The article describes the main development trends of antitrust regulation in the digital economy. The particularity of a digital economy era product is manifested in the value of information in the modern market, which has a direct impact on the cost of almost all goods (production processes, services). The owner of the information (the owner of the digital platform) does not have to occupy a share of the market for the production of tangible goods in order to control it, in fact, through having certain information he can control almost any tangible product market. Changing the product itself or the manner in which it is circulated necessitates the formulation of new approaches to antitrust regulation that will take these features into account for purposes of choosing the best way to protect and at the same time develop competition.

Keywords: antitrust law, digital economy, information as a new object of civil rights, “network effects”, “the fifth antimonopoly package”.

Развитие цифровых технологий и усиление роли инноваций во всех отраслях и сферах экономики приводят к изменению структуры традиционных рынков, изменению структурных связей, факторов, определяющих условия обращения товаров на товарных рынках, что, в свою очередь, существенным образом отражается на проявлении рыночной власти на таких рынках, требует новых подходов к обеспечению рационального хозяйствования со стороны государства и обеспечению равных конкурентных условий экономической деятельности.

Тенденцией последних лет стало появление инновационных секторов производства, а также существенное изменение географии распространения товаров и технологий.

Набирающие обороты возникновение и трансформация экономических связей приводят к тому, что занимавшие ранее долгое время процессы изменения состояния рынков в настоящее время способны происходить в краткосрочной перспективе.

Эти глобальные изменения приобрели общее название — «новая промышленная революция» или «технологическая революция», в основе которой лежит переход от массового производства стандартизированной продукции к гибкому высокопроизводительному производству индивидуализированной продукции.

Существенные изменения в структуре товарных рынков в связи с цифровизацией экономики приводят к необходимости изменения методов определения границ товарных рынков, оценке влияния смежных рынков друг на друга, что, разумеется, требует глубокого научного осмысления [1, с. 12—19; 3, с. 4].

Одна из особенностей цифровой экономики проявляется в ключевой роли информации как товара, оказывающего существенное влияние на стоимость практически всех иных товаров (работ, услуг). Многие товарные рынки, по сути, становятся нематериальными, поскольку такой вид товара, как информация, является нематериальным, он не может быть точно оценен с точки зрения материального производства, при этом охраняется законодательством об интеллектуальной собственности, и мы готовы за него платить. Особенности «цифрового» товара также являются: его неограниченная воспроизводимость, нулевая стоимость тиражирования и транспортировки, у него появляются дополнительные потребительские ценности в привязке к иным связанным материальным товарам, многообразие способов монетизации, включая бесплатное предоставление, глобальный характер обращения товара.

На нынешнем этапе экономического развития в конкурентной борьбе преимуществом обладает тот производитель, который использует при продаже товаров сервисы, предлагаемые с использованием цифровых платформ, по сравнению с тем производителем, кото-

рый продолжает увеличивать объемы сбыта, используя лишь традиционные, нецифровые приемы ведения конкурентной борьбы и привлечения внимания потребителей, такие как наружная реклама, реклама на телевидении и т. п.

Обладатель информации — владелец цифровой платформы — может не занимать какую-либо долю на рынке производства материального товара, но, владея определенной информацией, он может контролировать практически любой материальный рынок.

Этот новый сырьевой товар порождает привлекательную, быстрорастущую отрасль, наводя антимонопольных регуляторов на мысль «вступить в игру» и ограничить тех, кто контролирует его потоки. Сто лет назад таким товаром была нефть. Теперь подобные опасения вызывают гиганты, занимающиеся данными — нефтью цифровой эпохи. Эти титаны — Alphabet (материнская компания Google), Amazon, Apple, Facebook и Microsoft — выглядят неудержимыми [6]¹.

Существенно изменилась основа рыночной власти компаний и их возможность оказывать влияние на рынки, монополизировать целые отрасли, объединяя их системой связей цифровых платформ.

В основе современной рыночной власти — владение информацией и технологиями ее обработки, а не владение производственными мощностями.

Основным ресурсом вместо запаса товаров становится информация, и она не иссякает и безвозмездно возобновляется; торговые площадки и операционная деятельность переместились в Интернет и стали глобальными; транзакционные коммерческие затраты существенно снижаются и могут стать нулевыми.

Такое изменение самого товара, его обращения, изменение роли участников рынка приводят к необходимости формирования новых подходов в антимонопольном регулировании, учитывающих эти особенности для выбора наилучшего пути сохранения и развития конкуренции.

Современное российское антимонопольное законодательство соответствует международным, прежде всего, европейским, стандартам защиты и развития конкуренции. Вместе с тем в быстро меняющихся экономических условиях глобальной цифровизации законодательство о защите конкуренции требует изменения традиционного понятия товарного рынка, его продуктовых и географических границ, а также подходов в регулировании

¹ Подробнее см.: The world's most valuable resource is no longer oil, but data. The Economist. URL: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (Дата обращения: 07.10.2019). Антимонопольная терапия нефтяных времен не годится для экономики данных. URL: <http://d-russia.ru/dannye-perehvatili-u-nefti-zvanie-samogo-tsennogo-v-mire-resursa.html> (Дата обращения: 07.10.2019).

рынков, формирование которых сегодня подчас занимает месяцы (в лучшем случае годы), тогда как ранее формирование нового рынка могло осуществляться десятилетиями.

Слияния и поглощения между компаниями, использующими цифровые технологии, специализирующимися на инновациях и имеющими значительную долю на рынках материальной продукции, требуют новых подходов к определению контролирующим органом условий деятельности таких компаний с точки зрения прогнозирования последствий для экономики в целом.

Последние расследования ФАС России² свидетельствуют об активном использовании участниками антиконкурентных соглашений новых возможностей для противоправной деятельности, которые состоят в использовании данных больших объемов и значительно-го многообразия («большие данные» — big data) и вычислительных алгоритмов.

Установлено, что некоторые хозяйствующие субъекты используют ценовые алгоритмы с целью определения розничных цен на реализуемую ими продукцию или для контроля розничных цен на продукцию конкретного бренда.

Использование таких алгоритмов само по себе не является нарушением антимонопольного законодательства. В то же время такое программное обеспечение может использоваться как инструмент реализации антиконкурентных соглашений и (или) незаконной координации экономической деятельности.

Большие данные — это феномен цифровой экономики, требующий переосмысления действующего антимонопольного регулирования. Большие данные (это любые данные, например, метеоданные, геоданные, данные о цене товаров, персональные данные) называют новым «черным золотом», «новой валютой» цифровой экономики, что отражает их роль в цифровую эпоху.

Для наглядности основные характеристики больших данных обычно описывают через так называемую модель трех V, которая была впервые предложена в 2001 г. Дугом Лэйни, аналитиком консалтинговой компании Gartner: volume, т. е. объем (подчеркивается, что огромный объем информации, хранение и обработка которой традиционными способами затруднительна, требует новых подходов и инструментов); variety, т. е. разнообразие (данные поступают из разнообразных источников, поэтому могут быть как

структурированными, так и неструктурированными); velocity, т. е. скорость (данные накапливаются с большой скоростью и обрабатываются в реальном времени) [2, с. 37—44]³.

Компании, получившие конкурентные преимущества за счет анализа больших данных, могут использовать большие данные как для повышения эффективности своей деятельности, так и в антиконкурентных целях, для ограничения конкуренции и вытеснения конкурентов с рынка.

Ограничение конкуренции может осуществляться в форме: «цифровых картелей и манипулирования ценой, основанных на результатах анализа больших данных; экономической концентрации, которая создает новые барьеры входа на товарный рынок; дискриминационного доступа к большим данным или навязывания пользователям невыгодных условий договора, связанных с предоставлением и последующей обработкой их данных» [2, с. 37—44].

Работа крупнейших в мире компаний (Google, Amazon, Alibaba, Apple, Facebook, Microsoft и др.) основывается на информации: это монополия, с помощью которой можно «править миром». Она дает возможность экономическими рычагами отстранять с рынка те компании, которые этими данными не обладают.

Учитывая указанные потребности в современном обществе, с целью адаптации действующего законодательства к стремительно развивающейся цифровой экономике и устранения негативных эффектов для состояния конкуренции на различных товарных рынках, оно нуждается в таких изменениях, как:

- определить новые подходы к установлению доминирующего положения с учетом актуальных явлений на рынках и возможностей злоупотребления рыночной властью посредством сетевых эффектов;
- ввести понятие сетевых эффектов и определить их значение;
- ввести в антимонопольное законодательство понятие ценового алгоритма;
- ужесточить ответственность за заключение и реализацию антиконкурентных соглашений и осуществление незаконной координации экономической деятельности с использованием программного обеспечения (ценовых алгоритмов, в том числе аукционных роботов).

Антимонопольное законодательство должно быть готово своевременно и эффективно решать проблемы современной действительности. Для этого необходимо синхронизировать требования нового времени и закона.

Понятие «сетевой эффект» — зависимость потребительской ценности товара от количества потребителей одной и той же группы (прямой сетевой эффект) либо

² См. более подробно: ФАС выявила картельный сговор более чем на 700 аукционов по поставке лекарств [Электронный ресурс]. URL: [https://vademec.ru/news/2016/08/19/fas-vyyavila-kartelnyy-sgovor-bolee-chem-na-700-auksionakh-po-postavke-lekarstv-/](https://vademec.ru/news/2016/08/19/fas-vyyavila-kartelnyy-sgovor-bolee-chem-na-700-auksionakh-po-postavke-lekarstv/) (Дата обращения: 07.10.2019). Тенишев А. П. Раскрыт самый массовый картель в России [Электронный ресурс]. URL: <https://fas.gov.ru/news/3307> (Дата обращения: 07.10.2019).

³ См.: <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf> (Дата обращения: 07.10.2019).

изменение ценности товара для одной группы потребителей при уменьшении или увеличении количества потребителей в другой группе (косвенный сетевой эффект).

Как отметил в выступлении на заседании круглого стола «Трансформация антимонопольного законодательства и правоприменительной практики в эпоху цифровой экономики», организованного Ассоциацией антимонопольных экспертов 15.05.2018 в городе Санкт-Петербурге, начальник Правового управления ФАС России А. В. Молчанов, с точки зрения антимонопольной политики современные IT-рынки характеризуют три главных отличия: динамичность, связанная со значимостью инноваций для деятельности компании на рынке; модульность, основанная на взаимодополняемости производства или потребления, и наличие эффектов со стороны спроса, когда ценность продукта для потребителя повышается с увеличением числа потребителей данного продукта [7, с. 74—79].

Происходящие изменения экономической картины мира позволяют говорить уже не о вызовах и угрозах цифровизации экономики, а о вступлении в новую стадию экономического развития — четвертую промышленную революцию.

По масштабу, объему и сложности четвертая промышленная революция не имеет аналогов во всем предыдущем опыте человечества. Нам предстоит увидеть ошеломляющие технологические прорывы в самом широком спектре областей, включая искусственный интеллект, роботизацию, автомобили-роботы, трехмерную печать, нанотехнологии, биотехнологии и многое другое.

Четвертая промышленная революция — это трансформация действительности, появление новой экономической и социальной реальности.

В этих условиях можно выделить следующие основные угрозы экономике Российской Федерации, основанной на обеспечении и защите конкуренции как фактора экономического роста:

- глобальные компании монополизуют рынки с помощью цифровых технологий, больших данных и интеллектуальной собственности;
- картельные сговоры реализуются с использованием цифровых алгоритмов.

Выработанное противодействие нарушениям антимонопольного законодательства, основанное на применении его к традиционным товарным рынкам, утрачивает эффективность в новых экономических условиях и требует существенного изменения в подходах.

Немаловажным для антимонопольных органов всего мира в современных условиях при рассмотрении сделок слияний является учет влияния результатов сделки на смежные рынки, на развитие которых большое влияние оказывают инновационные технологии.

Ярким примером этого являются мегаслияния на рынках семян и средств защиты растений, которые в будущем могут привести к монополизации определенных сегментов продовольственных и смежных рынков. Так, новые подходы были применены ФАС России при согласовании сделки слияния компании Bayer и компании Monsanto. В частности, согласно предписанию ФАС России, Bayer должен обеспечить технологический трансфер молекулярных средств селекции и гермоплазмы, необходимых для создания высокопродуктивных семян сельскохозяйственных культур, обладающих заданными свойствами. Кроме того, компания должна предоставить недискриминационный доступ к цифровым платформам точного земледелия, в том числе доступ к историческим данным, относящимся к Российской Федерации, а также к данным, которые будут собираться компанией Bayer после коммерциализации компанией своих программных продуктов на территории Российской Федерации⁴.

Для приведения в соответствие со складывающимися общественными отношениями в сфере цифровой экономики необходима актуализация антимонопольного регулирования.

В антимонопольном законодательстве должны появиться правила, определяющие регулирование с учетом современных вызовов.

В Российской Федерации гарантирована поддержка конкуренции и запрет деятельности, направленной на монополизацию (ст. 8 и 34 Конституции Российской Федерации)⁵.

Для реализации данных конституционных основ разработано и эффективно применяется антимонопольное законодательство, прежде всего, Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции)⁶.

Практика антимонопольных расследований ФАС России за последние несколько лет свидетельствует о росте дел, связанных с рынками информационных технологий и попытками информационных иностранных гигантов монополизировать российский рынок: дело в отношении компании Google Inc. по заявлению компании «Яндекс» об ограничении конкуренции на рынке приложений для мобильных устройств, дело в отношении компании Microsoft по заявлению компании «Лаборатория Каспер-

⁴ См. более подробно: ФАС России согласовала сделку по поглощению Bayer и Monsanto. URL: <https://fas.gov.ru/news/24815> (Дата обращения: 07.10.2019).

⁵ Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. URL: <http://constitution.kremlin.ru/> (Дата обращения: 07.10.2019).

⁶ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Российская газета — Федеральный выпуск № 0 (4128). URL: <https://rg.ru/2006/07/27/zaschita-konkurencii.html> (Дата обращения: 07.10.2019).

ского» об ограничении конкуренции на рынке антивирусного программного обеспечения⁷.

Глобальные экономические изменения, создающие угрозу монополизации и конституционным основам Российской Федерации, требуют пересмотра и развития антимонопольного регулирования в России темпами не ниже, чем темпы экономических трансформаций.

Указом Президента Российской Федерации от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции»⁸ в качестве одного из основополагающих принципов государственной политики по развитию конкуренции определено совершенствование антимонопольного регулирования в условиях развития цифровой экономики и ее глобализации в целях эффективного пресечения нарушений антимонопольного законодательства, носящих трансграничный характер, и повышения конкурентоспособности российских компаний на мировых рынках.

Для решения поставленной задачи ФАС России разработаны и внесены в Правительство Российской Федерации законопроекты, направленные на совершенствование антимонопольного регулирования в условиях цифровой экономики (пятый антимонопольный пакет)⁹.

Законопроектами предлагается внести в Закон о защите конкуренции дополнительные критерии, позволяющие отнести к доминирующим субъектам владельцев программ для электронных вычислительных машин, функционирующих в информационно-телекоммуникационной сети (цифровых платформ), в случае, если такой хозяйствующий субъект занимает долю более чем 35% на рынке взаимозаменяемых услуг по обеспечению заключения сделок между продавцами и покупателями, оказываемых с использованием программ для электронных вычислительных машин, и сетевые эффекты, основанные на количестве пользователей программ для электронных вычислительных машин, которые дают такому хозяйствующему субъекту возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять

с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

При этом в целях поддержки развития новых проектов, основанных на использовании программ для электронных вычислительных машин, функционирующих в информационно-телекоммуникационной сети, законопроектом предлагается установить правило о том, что не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта, владеющего программой для электронных вычислительных машин или несколькими сходными (взаимозаменяемыми) программами для электронных вычислительных машин, выручка от использования которой (которых) за последний календарный год не превышает 400 млн руб.

В условиях функционирования современных «цифровых» рынков должны измениться и подходы к контролю сделок экономической концентрации, поскольку традиционные критерии, основанные на сумме выручки участников сделок или действий экономической концентрации и величине их активов, могут не отражать реального влияния на экономические условия сделки, совершаемой в рамках экономической концентрации и связанной с распоряжением правами на результаты интеллектуальной деятельности.

Так, в первую очередь должно быть введено новое условие контроля сделок экономической концентрации — если объем сделки превышает 7 млрд руб.

С учетом положительных примеров зарубежной практики предлагается четко определить в Законе о защите конкуренции правила привлечения доверенных лиц для выполнения функций по мониторингу и содействию исполнению предписания, выданного в рамках экономической концентрации, в том числе в связи с передачей прав на результаты интеллектуальной деятельности и технологий.

В целях защиты интересов участников рынков предлагается определить дополнительные последствия неисполнения предписания антимонопольного органа, выданного в рамках контроля экономической концентрации и связанного с использованием и передачей прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Так, предлагается установить, что при неисполнении предписания антимонопольного органа, если такое неисполнение приводит или может привести к недопущению, ограничению и устранению конкуренции, антимонопольный орган вправе:

- 1) обратиться в суд с иском о разрешении использования на территории Российской Федерации в интересах развития конкуренции результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, принадлежащих лицу, которому было выдано предписание, если предписание было связано с осуществлением таким лицом исключитель-

⁷ См. более подробно: ФАС признала, что Google ограничил конкуренцию на рынке магазинов приложений [Электронный ресурс]. URL: <https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2015/09/14/608643-fas-priznala-google-ogranichival-konkurenciyu> (Дата обращения: 07.10.2019). ФАС возбудила дело против Microsoft по жалобе «Лаборатории Касперского» [Электронный ресурс]. URL: <https://www.vedomosti.ru/technology/news/2016/11/10/664392-fas-microsoft> (Дата обращения: 07.10.2019).

⁸ См.: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/42622>

⁹ Проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и иные законодательные акты Российской Федерации». URL: <http://regulation.gov.ru>. (ID проекта: 02/04/03-18/00079428).

ных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации на условиях предписания;

2) обратиться в суд с требованием о запрете (ограничении) оборота на территории Российской Федерации лицом, которому было выдано предписание, товаров, производимых с использованием результатов интеллектуальной деятельности, осуществление исключительных прав на которые связано с исполнением этого предписания.

Кроме того, предлагается ввести в качестве дополнительногоотягчающего обстоятельства при совершении административного правонарушения, выражающегося в реализации антиконкурентного соглашения, — использование при этом программ для электронно-вычислительных машин, предназначенных для расчета и (или) согласования цен.

Принятие законопроектов позволит обеспечить эффективность мер антимонопольного контроля в условиях современных «цифровых» рынков, повысить защищенность прав и интересов добросовестных участников таких рынков от возможных проявлений монополистической деятельности, создать правовые механизмы противодействия злоупотреблениям рыночной властью, «цифровым монополиям» и «цифровым картелям».

Вывод

Цифровая экономика — это качественно новая система экономических правоотношений, которая появилась и развивается в новой парадигме цифровых отношений. И если конкуренция всегда являлась неотъемлемой составляющей успеха экономического развития, в новых условиях цифровой экономики конкуренция обеспечивает еще и инновационное развитие в будущем, даже если угрозы для него не очевидны на текущий момент.

Именно поэтому успешная реализация национальных программ по развитию цифровой экономики в Российской Федерации невозможна без адаптации антимонопольного законодательства — принятия пятого антимонопольного пакета, создания электронных каталогов мировых цен на товары, использования цифровых инструментов и big data, устранения цифрового неравенства: обеспечение доступа населения и социально значимых объектов к современным цифровым услугам и универсальным услугам связи, а также других мероприятий, направленных на защиту и развитие конкуренции в эпоху цифровой экономики. ■

Литература

1. Грибанов Ю. И. Цифровизация экономики меняет подходы к государственному управлению и правовому регулированию. Правовое регулирование цифровой экономики в современных условиях развития высокотехнологического бизнеса в национальном и глобальном контексте: Монография / Под ред. Синюкова В. Н., Егоровой М. А. М.: Проспект, 2019. С. 12—19.
2. ФАС России; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции: Монография / Под ред. Цариковского А. Ю., Иванова А. Ю., Войниканис Е. А. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2018. С. 311.
3. Максимов С. В. Науки о конкуренции должны обеспечить инновационное развитие страны. Российское конкурентное право и экономика // Научно-практический журнал. 2018. № 3 (15). С. 3.
4. Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Российская газета, 27.07.2006. Федеральный выпуск № 0 (4128).
5. Проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и иные законодательные акты Российской Федерации». URL: <http://regulation.gov.ru>. (ID проекта: 02/04/03-18/00079428).
6. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. (Антимонопольная терапия нефтяных времен не годится для экономики данных). The Economist. [Электронный ресурс] (Дата обращения: 07.10.2019).
7. Материалы заседания круглого стола на тему: «Трансформация антимонопольного законодательства и правоприменительной практики в эпоху цифровой экономики» // Российское конкурентное право и экономика. 2018. № 3. С. 74—79.

Сведения об авторе

Джигоева Людмила Сослановна: преподаватель кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), начальник отдела рассмотрения ходатайств и уведомлений Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11
Тел.: +7 (499) 755-23-23
E-mail: dzhioeval@fas.gov.ru

УДК 346.546

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Антимонопольная криминалистика: понятие и содержание

Тенишев А. П.,
ФАС России, РАНХиГС
при Президенте РФ,
г. Москва

Аннотация

Эффективное расследование антимонопольных правонарушений, в том числе преступлений, является актуальной задачей и требует не только глубокого научного обоснования, но и разработки комплекса практических рекомендаций. Закономерности механизма совершения антимонопольных правонарушений (в том числе преступлений), возникновения информации об антимонопольном правонарушении (преступлении) и его участников, собирания, исследования, оценки и использования доказательств и основанных на познании этих закономерностей специальных средств и методов судебного исследования и предотвращения нарушений антимонопольного законодательства уже не укладываются в рамки частной криминалистической методики.

В статье предложено определение понятия антимонопольной криминалистики. Обоснована необходимость разработки самостоятельной отрасли криминалистики — антимонопольной криминалистики, включающей в себя теоретическую часть, антимонопольную криминалистическую технику, антимонопольную криминалистическую тактику и антимонопольную криминалистическую методику.

Ключевые слова: антимонопольная криминалистика, антимонопольное правонарушение, совершение правонарушения, антимонопольное расследование, уголовный процесс, административный процесс, процессуальные действия, криминалистическая характеристика, картель.

Antitrust forensics: concept and content

Andrey P. Tenishev,
FAS, Russian, Presidential
Academy of National Economy and
Public Administration (RANEPA),
Moscow

Annotation

Effective investigation of antitrust offenses, including crimes, is an urgent task that requires not only deep scientific justification, but also the development of a set of practical recommendations. Regularities of the mechanism for committing antitrust offenses (including crimes), the occurrence of information about the antitrust offense (crime) and its participants, the collection, research and use of evidence and special means and methods of judicial research and prevention of violations of antitrust laws based on these knowledges at present do not fit into the framework of a private forensic technique.

The article includes the definition of the concept of antitrust forensics. Justified the need of developing an independent branch of forensic science — antitrust forensics, which includes the theoretical part, antitrust forensic techniques, antitrust forensic tactics and antitrust forensic techniques.

Keywords: antitrust forensics, antitrust offense, offenses, antitrust investigation, criminal process, administrative process, legal proceedings, forensic characteristics, cartel.

Введение

Конкуренция в экономике — это соперничество субъектов рыночных отношений за лучшие условия и результаты коммерческой деятельности [1]. В Конституции Российской Федерации, принимавшейся в период избавления от пережитков социалистической экономической системы и идеализации рыночных отношений, специально дважды указано на необходимость обеспечения конкурентной среды: в ч. 1 ст. 8 *гарантируется* поддержка конкуренции, а в соответствии с ч. 2 ст. 34 *не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию*. Кроме того, ст. 72 Конституции РФ гласит, что установление правовых основ единого рынка, ценовой политики находится в ведении Российской Федерации (п. «ж»), а в ч. 1 ст. 74 запрещается создание препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств на территории Российской Федерации.

Наличие указанных положений позволяет утверждать, что свобода экономической конкуренции и запрет монополизации и недобросовестной конкуренции являются конституционными ценностями. Вопросы отношения к конкуренции как к институту, имеющему статус конституционной ценности, рассматривались рядом отечественных ученых [2—4].

Однако одних конституционных норм для обеспечения эффективной конкурентной среды в экономике России недостаточно. Многочисленные нарушения антимонопольного законодательства привели к введению уголовно-правовых запретов на ограничение конкуренции путем заключения картельных соглашений (ст. 178 УК РФ), а также целого комплекса норм, предусматривающих ответственность в рамках законодательства об административных правонарушениях (ряд статей в гл. 14 КоАП РФ).

Проблема своевременного выявления и пресечения нарушений антимонопольного законодательства становится все более актуальной. Это обусловлено как особенностями настоящего этапа развития отечественной экономики, так и тем, что вред, причиняемый ими, достиг размеров, угрожающих национальной безопасности России.

Выявление нарушений антимонопольного законодательства имеет свои особенности, обусловленные высоким уровнем латентности действий, направленных на ограничение или иные нарушения добросовестной конкуренции участников рынка, а также нередко участием представителей государственной власти в противоправных сговорах, применении многочисленных способов сокрытия следов антимонопольных правонарушений.

Указанные обстоятельства определяют специфику научных основ и практических рекомендаций по выявлению и разоблачению случаев недобросовестной конкуренции. Эта специфика значительна и не может быть

раскрыта в рамках только криминалистической методики расследования преступных посягательств на отечественную экономику путем монополизации и недобросовестной конкуренции. Кроме того, значительная часть посягательств на конкуренцию предполагает ответственность в рамках законодательства об административных правонарушениях. В связи с этим представляется целесообразным сформировать самостоятельную подотрасль криминалистики, адаптированную для решения задач антимонопольного регулирования и судебного исследования выявленных нарушений антимонопольного законодательства.

Антимонопольная криминалистика — подотрасль криминалистической науки о закономерностях механизма антимонопольного правонарушения, возникновения информации об антимонопольном правонарушении и его участниках, собирания, исследования, оценки и использования доказательств и основанных на познании этих закономерностей специальных средств и методах судебного исследования и предотвращения нарушений антимонопольного законодательства.

Появление специализированных в зависимости от предмета исследования подотраслей криминалистики не является чем-то новым. Так, «прижились» и активно развиваются арт-криминалистика [5], музейная криминалистика [6], лесная криминалистика [7], экологическая криминалистика¹.

Будучи подотраслью криминалистической науки, антимонопольная криминалистика имеет схожую с ней систему: разделы общей теории, антимонопольной криминалистической техники, антимонопольной криминалистической тактики, антимонопольной криминалистической методики.

Правовую основу антимонопольной криминалистики составляют положения Конституции Российской Федерации, Федеральный закон «О защите конкуренции», уголовное и уголовно-процессуальное законодательство, арбитражное процессуальное законодательство, законодательство об ответственности за административные правонарушения.

Общетеоретическая часть антимонопольной криминалистики, если исходить из актуальных и в настоящее время научных основ криминалистики, разработанных Р. С. Белкиным, должна включать в себя положения, в которых формулируются представления о ее предмете, задачах, целях и месте в системе научного знания; положения, отражающие объективные закономерности механизма антимонопольных правонарушений, а также положения, отражающие объективные закономерности возникновения информации об антимонопольном правонарушении и нарушителе, закономерности собирания,

¹ Экологическая криминалистика. Интервью с профессором А. В. Воронцовым. www.bellona.ru/2004/03/19/ekologicheskaya-kriminalistika/

оценки и использования доказательств и являющиеся базой для разработки криминалистических средств, методов и рекомендаций по использованию доказательств в практике борьбы с антимонопольными правонарушениями [8].

К числу частных криминалистических теорий, имеющих важное значение для антимонопольной криминалистики, можно отнести следующие:

- криминалистическое учение о способе совершения и сокрытия антимонопольных правонарушений;
- криминалистическое учение о механизмах следообразования;
- криминалистическое учение о признаках;
- криминалистическое учение о фиксации доказательственной информации;
- общие принципы методики судебно-экспертных исследований;
- учение о криминалистической версии и о планировании расследования;
- теория криминалистического прогнозирования.

Приведенный перечень частных криминалистических теорий не является окончательным, так как разработка и развитие как общей теории криминалистики, так и теоретических основ антимонопольной криминалистики неизбежно приведут к появлению в будущем новых частных теорий. Это обусловлено тем, что процесс уточнения существующих и возникновения новых теорий идет непрерывно.

Кроме частных криминалистических теорий в структуре общей теории антимонопольной криминалистики, так же как и криминалистики в целом, следует выделять три раздела: учение о языке криминалистики, учение о методах криминалистических научных исследований и криминалистическую систематику. Такое деление было предложено Р.С. Белкиным, считавшим эти разделы самостоятельными структурными частями общей теории криминалистики [8].

Говоря о задачах антимонопольной криминалистики, следует отметить следующее. Исторически криминалистика развивалась в качестве науки, оказывающей содействие борьбе с преступностью своими специфическими силами и средствами, и видела в этом свою основную цель. В настоящее время, по нашему мнению, основная задача криминалистики существенно изменилась и представляет собой содействие отправлению правосудия, обеспечению справедливого судебного разбирательства в широком смысле этого понятия — как в интересах государства, общества и потерпевших от преступлений, так и в интересах обеспечения прав и законных интересов подозреваемых, обвиняемых и подсудимых. Исходя из специфической сферы защиты конкуренции и ограничения монополий, можно утверждать, что задачей антимонопольной криминалистики является содействие своими специфическими силами и средствами эффективному расследованию нарушений антимоно-

польного законодательства и обеспечению справедливого судебного разбирательства дел о правонарушениях в области защиты конкуренции.

При разработке методов и средств антимонопольной криминалистики должны соблюдаться общие для любой отрасли науки принципы. К числу общих принципов криминалистики Р.С. Белкин вполне обоснованно относил принцип объективности, принцип историзма и принцип системности науки [8].

Кроме того, методы и средства антимонопольной криминалистики объективно образуют систему, включающую в себя такие элементы (разделы), как криминалистическая техника, криминалистическая тактика, криминалистическая методика.

Применительно к антимонопольной криминалистике *криминалистическая техника* должна представлять собой систему научных положений и разрабатываемых на их основе технических средств, приемов и методик, предназначенных для обнаружения, собирания, фиксации, исследования и использования доказательств и иных мер раскрытия и предупреждения нарушений антимонопольного законодательства.

Антимонопольная криминалистическая техника включает в себя понятие, систему и правовые основания применения средств криминалистической техники при расследовании антимонопольных правонарушений, сведения о технико-криминалистических средствах и методах, применяемых при собирании вещественных доказательств и документов, методы и средства предварительного и судебно-экспертного исследования вещественных доказательств. Важными частями этого раздела антимонопольной криминалистики являются общая характеристика форм, методов и средств фиксации доказательственной информации (криминалистическая фотография, аудио- и видеозапись, а также основные направления использования современных компьютерных технологий в раскрытии и расследовании антимонопольных правонарушений.

Антимонопольная криминалистическая тактика также имеет тесную генетическую связь с традиционной криминалистической тактикой и может быть определена как система научных положений и разрабатываемых на их основе рекомендаций по организации и планированию расследования нарушений антимонопольного законодательства, определению линии поведения лиц, наделенных полномочиями по проведению такого расследования, и приемов проведения отдельных процессуальных и иных действий, направленных на собирание и исследование доказательств, на установление причин и условий, способствовавших совершению и сокрытию нарушений антимонопольного законодательства.

Антимонопольная криминалистическая методика (или методика расследования и предотвращения отдельных видов антимонопольных правонарушений) —

это система научных положений и разрабатываемых на их основе рекомендаций по организации и осуществлению расследования и предотвращения отдельных видов нарушений антимонопольного законодательства.

В настоящее время можно выделить несколько наиболее актуальных методик расследования нарушений антимонопольного законодательства, нуждающихся в активной разработке. К их числу относятся:

- методика расследования нарушений антимонопольного законодательства в сфере цифровых технологий;
- методика расследования нарушений антимонопольного законодательства в сфере интеллектуальной собственности;
- методика расследования нарушений антимонопольного законодательства в сфере ЖКХ;
- методика расследования нарушений антимонопольного законодательства в сфере закупок для государственных и муниципальных нужд;
- методика расследования фактов злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке;
- методика расследования фактов манипулирования ценами на оптовом и (или) розничном рынках электрической энергии (мощности);
- методика расследования картельных сговоров;
- методика расследования недобросовестной конкуренции.

Вывод

Предложения автора по разработке основ антимонопольной криминалистики, разумеется, нуждаются в существенной детализации и дополнении. При этом в основе предлагаемой научной области должны оставаться основополагающие положения криминалистической науки. Применяемые в настоящее время и разрабатываемые новые технические, тактические приемы и средства выявления и расследования антимонопольных правонарушений нуждаются в систематизации, научном обосновании и проверке практической применимости. Решение этой задачи может и должно быть обеспечено в рамках антимонопольной криминалистики. ■

Литература

1. Конкурентное право: Учебник / Под общ. ред. М. А. Егоровой, А. Ю. Кинева. М.: Юстицинформ, 2018. С. 18—23.
2. Хабриева Т. Я. Конституционно-правовые основы конкуренции в Российской Федерации // Журнал российского права. 2017. № 1. С. 5—15.
3. Габов А. В. Конкуренция как правовая ценность // Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: Монография / А. В. Габов, Е. Е. Никитина, С. А. Сеницын и др. М., 2016.
4. Сухоруков А. С. Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010.
5. Хазиев Ш. Н. Арт-криминалистика: суть и потенциал // Адвокат, 2005. № 5. С. 88—94.
6. Фурлетов В. И. Основные положения музейной криминалистики // Актуальные проблемы теории и практики судебной экспертизы. Доклады и сообщения на международной конференции «Восток-Запад: партнерство в судебной экспертизе» (Нижегород, 10 сентября 2004 г.). Н. Новгород, 2004. С. 338—340.
7. Wessels T. Forest Forensics: A Field Guide to Reading the Forested Landscape. Countryman Press, 2010. 160 p.
8. Белкин Р. С. Курс криминалистики: Учеб. пособие для вузов. 3-е изд., дополненное. М.: ЮНИТИ-ДАНА. Закон и право. 2001. 837 с.

Сведения об авторе

Тенишев Андрей Петрович: кандидат юридических наук, начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России, заведующий кафедрой конкурентного права юридического факультета им. М. М. Сперанского РАНХиГС при Президенте Российской Федерации

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11
Тел.: +7 (499) 755-23-23
E-mail: tenishev@fas.gov.ru

Рецензия на статью А. П. Тенишева «Антимонопольная криминалистика: понятие и содержание»

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Артюшенко Д. В.,

юрист компании Baker McKenzie, к.ю.н., старший преподаватель
кафедры конкурентного права Университета имени О. Е. Кутафина
(МГЮА)

ФАС России обладает значительными возможностями для получения информации при проведении расследования по делам об административных правонарушениях. В частности, служба вправе проводить проверки и направлять запросы о предоставлении информации, которые обязательны для исполнения как компаниями, так и должностными лицами органов власти. В ходе проверки антимонопольный орган может проводить осмотр в помещениях, занимаемых хозяйствующим субъектом, главная цель которого – получить копии тех документов, которые имеют значение для доказывания факта нарушения законодательства о защите конкуренции.

Закон требует от антимонопольного органа исследовать и оценить собранную в ходе контрольных мероприятий информацию дважды: как при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, так и в рамках возбуждаемого в случае вынесения «обвинительного» решения на предыдущей стадии дела об административном правонарушении. Все решения антимонопольного органа могут потом проходить еще и судебную проверку.

Таким образом, контрольно-надзорные полномочия ФАС России тесно связаны с работой с доказательствами, их оценкой и использованием. Это роднит работу сотрудников антимонопольного органа с деятельностью следователя в рамках уголовного судопроизводства. Более того, это может быть и их совместная работа, например, при проведении расследования по уголовному делу, возбужденному по ст. 178 УК РФ «Ограничение конкуренции», содержащей запрет на уголовно наказуемые картели.

При этом следует признать, что ФАС России обладает более обширным опытом расследования дел об антиконкурентных соглашениях, чем органы следствия¹ (что сле-

дует как из статистики, приводимой антимонопольным органом, так и из статистики Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации). Несомненно, этот опыт антимонопольных расследований должен быть осмыслен более глубоко.

А. П. Тенишев предлагает возможность такого анализа с использованием инструментов, разработанных криминалистикой.

Используя определение предмета данной науки, предложенное Р. С. Белкиным, автор предлагает свое определение *антимонопольной криминалистики*, которое создает предпосылки для расширения возможностей использования современных средств науки и техники при проведении расследований антимонопольным органом. Профессор Т. В. Аверьянова называет в качестве форм интеграции знаний, среди прочего, перенос идей и представлений из одной области в другую, использование понятийно-концептуального аппарата, методов и иных познавательных средств других областей науки². Профессор Р. С. Белкин, обосновывая синтетический характер науки криминалистики, писал о том, что вопросы криминалистической тактики и методики, криминалистической техники относятся в том числе и к правовым процессам, носят выраженный правовой характер³. К таким правовым процессам в настоящее время, на наш взгляд, следует отнести не только правоприменительную деятельность следователя или сотрудника органа дознания, но и ту деятельность, которую осуществляет антимонопольный орган при реализации своих полномочий.

В современных условиях органы государственной власти, процессуальная форма деятельности которых при проведении расследований лежит за пределами

¹ Как следует из данных судебной статистики, опубликованных на сайте Верховного Суда РФ в 2018 г. и первом полугодии 2019 г., по статье 178 УК РФ никто не был осужден. См.: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (Дата обращения: 10.02.2020).

² Аверьянова Т. В. Интеграция и дифференциация научных знаний как источники и основы новых методов судебной экспертизы. М., 1994. С. 9—15.

³ Как указывал Р. С. Белкин в цитируемой работе, правовое содержание не исчерпывает всего содержания криминалистической науки. См.: Белкин Р. С. Избранные труды. М.: Норма, 2010. С. 698.

Рецензия на статью А. П. Тенишева «Антимонопольная криминалистика: понятие и содержание»

уголовно-процессуального законодательства и которые имеют дело с доказыванием не преступлений, а иных правонарушений, не являющихся преступлениями (их общественная вредность может быть сопоставима с общественной опасностью преступлений), сталкиваются с необходимостью использования средств криминалистической науки, в первую очередь тех, которые позволяют делать выводы о закономерностях возникновения информации о преступлении, его участниках, собирания, исследования, оценки и использования доказательств.

К таким органам власти относится и Федеральная антимонопольная служба. Свидетельствует ли это о трансформации предмета криминалистики, которая начинает изучать и закономерности механизма правонарушений вообще (не только преступлений)? Вполне возможно.

Полагаем, что статья А. П. Тенишева позволяет развить представления не только о возможностях использования антимонопольным органом средств и методов, разработанных в криминалистике, но и о границах предмета самой криминалистики. ■

Уголовная ответственность за антиконкурентные преступления в государствах — членах ЕАЭС: перспективы гармонизации

Утаров К.А.,

Южно-Казахстанский
государственный университет
им. М. Ауэзова,
Республика Казахстан, г. Чимкент,
Всероссийский государственный
университет юстиции,
г. Москва

Аннотация

Пределы и строгость уголовной ответственности за антиконкурентные преступления в государствах — членах Евразийского экономического союза (ЕАЭС) имеют существенные отличия, несмотря на то, что ЕАЭС объединяет общее (единое) экономическое пространство, принят Модельный закон «О конкуренции», действует единая административная ответственность за антиконкурентные правонарушения, совершаемые на трансграничных рынках.

Данные отличия проявляются прежде всего в том, что в разных государствах — членах ЕАЭС по-разному решены вопросы криминализации антиконкурентного общественно опасного поведения, а за сходные антиконкурентные преступления установлены существенно различающиеся по характеру и тяжести наказания.

Нерешенность данной проблемы в условиях свободного перемещения товаров, финансов и трудовых ресурсов в ЕАЭС, по мнению автора, не только противоречит принципам справедливости и равенства граждан перед законом, которые закреплены в уголовных кодексах всех государств — членов ЕАЭС, но и препятствует успешному экономическому развитию ЕАЭС. В частности, существенные различия в антимонопольной уголовной политике могут стимулировать «переток» монополистической криминальной активности в наименее жесткие национальные юрисдикции внутри ЕАЭС.

Для решения соответствующей проблемы автор предлагает дополнить Договор о Евразийском экономическом союзе положениями о проведении согласованной политики ЕАЭС в целях гармонизации мер административной и уголовной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства государств — членов ЕАЭС.

Ключевые слова: *Евразийский экономический союз, единое экономическое пространство, антиконкурентные преступления, уголовная ответственность, гармонизация.*

Criminal liability for anticompetitive crimes in the EAEU member states: prospects for harmonization

Kanat A. Utarov,

South Kazakhstan State University
n. a. M. Auezov,
Kazakhstan, Shymkent,
All-Russian State University of
Justice,
Moscow

Annotation

The limits and severity of criminal liability for anti-competitive crimes in the member states of the Eurasian Economic Union (EAEU) have significant differences, despite the fact that the EAEU combines a common (single) economic space, the Model Law "On Competition" has been adopted, a single administrative responsibility for anti-competitive offenses committed in cross-border markets.

These differences are manifested, first of all, in the fact that in different EAEU member states the issues of criminalization of anticompetitive socially dangerous behavior have been resolved differently, and for similar anticompetitive crimes, punishments significantly differing in nature and gravity have been established.

The unsolved problem in the conditions of free movement of goods, finances and labor resources in the EAEU, according to the author, not only contradicts the principles of justice and equality of citizens before the law, which are enshrined in the criminal codes of all EAEU member states, but also hinders the successful economic development of the EAEU. In particular, significant differences in antitrust criminal policy can stimulate the "flow" of monopolistic criminal activity into the least rigid national jurisdictions within the EAEU.

To solve the corresponding problem, the author proposes to supplement the Treaty on the Eurasian Economic Union with provisions on the implementation of an agreed EAEU policy in order to harmonize administrative and criminal liability for violations of the antitrust laws of EAEU member states.

Keywords: *Eurasian Economic Union, single economic space, anti-competitive crimes, criminal liability, harmonization.*

В соответствии со ст. 2 Договора о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС)¹ территории «государств-членов, на которых функционируют сходные (сопоставимые) и однотипные механизмы регулирования экономики, основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных или унифицированных правовых норм, и существует единая инфраструктура» образуют «единое экономическое пространство»².

Договором о ЕАЭС устанавливаются также общие принципы конкуренции (разд. XVIII), к которым, в частности, относится то, что «применение государствами-членами норм своего конкурентного (антимонопольного) законодательства к хозяйствующим субъектам

¹ Евразийский экономический союз (ЕАЭС) является международной организацией региональной экономической интеграции, учрежденной Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией на основании Договора о Евразийском экономическом союзе (Договор подписан в г. Астане 29.05.2014). Действует с 1 января 2015 г. и включает по состоянию на 20 мая 2018 г. 5 государств — Республику Армения (РА, Армения), Республику Беларусь (РБ, Белоруссия), Республику Казахстан (РК, Казахстан), Кыргызскую Республику (КР, Киргизия) и Российскую Федерацию (РФ, Россия). Республика Армения присоединилась к Договору со 2 января 2015 г., Кыргызская Республика — с 1 мая 2015 г. Решением Высшего Евразийского экономического совета от 14 мая 2018 г. № 9 Республике Молдове (РМ, Молдавия) предоставлен статус государства — наблюдателя при ЕАЭС. — *Прим. авт.*

² См.: Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в г. Астане 29.05.2014 (ред. от 08.05.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 12.08.2017) // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии <http://www.eurasiancommission.org/> (Дата обращения: 01.03.2020).

(субъектам рынка) государств-членов осуществляется одинаковым образом и в равной мере независимо от организационно-правовой формы и места регистрации таких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) на равных условиях» (ст. 75).

Если учесть, что к хозяйствующим субъектам в соответствии со ст. 39 Статута Суда ЕАЭС, являющегося неотъемлемой частью Договора о ЕАЭС, относится также «физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии с законодательством государства-члена или третьего государства», то применение антимонопольного законодательства должно осуществляться «одинаковым образом и в равной мере» и по отношению к гражданам — хозяйствующим субъектам. Нераспространение этого правила на юридическую (гражданско-правовую, административную и уголовную) ответственность за антиконкурентные нарушения противоречит, на наш взгляд, букве Договора.

При этом нельзя не учитывать и положения ч. 4 ст. 42 Модельного закона ЕАЭС «О конкуренции», предусматривающие возможность установления в государствах — членах ЕАЭС уголовной ответственности *«за заключение хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), являющимися конкурентами, ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), а равно за участие в таком соглашении, за неоднократное злоупотребление доминирующим положением, выразившееся в установлении и (или) поддержании монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, необоснованном отказе или уклонении от заключения договора, ограничении доступа на рынок»*³.

Несмотря на то, что анализу проблем несогласованности уголовной и административной ответственности за антиконкурентные преступления в государствах — членах ЕАЭС и вопросам разработки предложений по их разрешению в научных публикациях последних лет уделяется значительное внимание [1, с. 138, 262; 2; 3; 4, с. 71—82], нельзя утверждать, что приемлемое решение найдено и есть заметный прогресс.

В «общем экономическом доме», каковым формально признан ЕАЭС, одни и те же виды общественно опасного антиконкурентного поведения в разных государствах — членах ЕАЭС могут наказываться по-разному либо не наказываться вовсе. Эти различия, по нашему мнению, нарушают экономическое равенство хозяйствующих субъектов-конкурентов (в том числе индивидуальных предпринимателей) уже потому, что предполагают существенно разные риски для осуществления экономической деятельности и, соответственно, существенно разные затраты на обеспечение

правовой защиты бизнеса, в том числе от необоснованного уголовного преследования.

Как будет показано далее, имеющиеся сегодня различия в криминализации и пенализации антиконкурентного общественно опасного поведения в государствах — членах ЕАЭС не только не уменьшаются, а, напротив, имеют тенденцию к росту, что, по нашему мнению, противоречит идее равных экономических возможностей на общем экономико-правовом пространстве.

Минимизацию таких различий следует, по-видимому, считать одним из важных условий успешной гармонизации антимонопольного законодательства государств — членов ЕАЭС.

К числу общих различий уголовного законодательства государств — членов ЕАЭС об ответственности за общественно опасные формы антиконкурентного поведения следует отнести различия в системе и содержании наказаний, предусмотренных национальным уголовным законодательством.

Одной из наиболее эффективных уголовно-правовых мер предупреждения нарушений антимонопольного законодательства многие специалисты считают уголовное наказание в виде лишения права занимать определенные должности (включая связанные с управлением хозяйствующими субъектами) или заниматься определенной деятельностью (в частности, предпринимательской), а также сопоставимое с ним административное наказание в виде дисквалификации [5—7]. Аналогичная позиция высказана и в официальных документах⁴.

Так, в соответствии со ст. 47 УК РФ «Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью» данное наказание состоит в запрещении занимать должности на государственной службе, в органах местного самоуправления либо заниматься определенной профессиональной или иной деятельностью на срок от 1 года до 5 лет — в качестве основного вида наказания и на срок от 6 месяцев до 3 лет — в качестве дополнительного вида наказания. В отдельных случаях, специально предусмотренных статьями Особенной части УК РФ, данное наказание может устанавливаться на срок до 20 лет в качестве дополнительного⁵.

Статья 178 УК РФ «Ограничение конкуренции» позволяет суду назначить рассматриваемое наказание в качестве дополнительного в случае совершения преступления как безотягчающих обстоятельств (от 6 мес. до 1 года), так и с отягчающими обстоятельствами (от 1 года до 3 лет).

³ См.: Модельный закон «О конкуренции», утв. Решением Высшего Евразийского экономического совета от 24 октября 2013 г. № 50 // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии <http://www.eurasiancommission.org> (Дата обращения: 01.03.2020).

⁴ См.: Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период 2013—2024 гг. (утв. Президиумом ФАС России 03.07.2013). <http://www.fas.gov.ru> (Дата обращения: 01.03.2020).

⁵ См.: Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 23.04.2018, с изм. от 25.04.2018) // Собрание законодательства РФ. 17.06.1996. № 25. Ст. 2954.

В отличие от сопоставимых положений уголовного закона России ст. 50 УК РК устанавливает срок лишения права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью продолжительностью от 1 года до 10 лет⁶. За совершение *отдельных видов преступлений в сфере экономической деятельности* и против интересов службы в финансовых организациях срок данного наказания может составлять от 5 лет до пожизненного. Преступление, предусмотренное ст. 221 УК РК «Монополистическая деятельность», не входит в этот перечень и подлежит рассматриваемому виду наказания на срок от 1 года до 3 лет при условии: а) *неоднократного совершения* либо б) *совершения лицом с использованием своего служебного положения*, т. е. практически так же, как наказываются аналогичные действия и по УК РФ в части, относящейся к участникам картеля.

Следует также обратить внимание на то, что ст. 51 УК РК предусматривает возможность применения в качестве дополнительного уголовного наказания (которое исполняется после отбытия основного вида наказания) к иностранцам или лицам без гражданства (в том числе предпринимателям) выдворения *за пределы Казахстана* с установлением запрета на въезд этого лица на его территорию сроком на 5 лет, которое не применяется сегодня как уголовное наказание в других государствах — членах ЕАЭС.

По УК РА (ч. 2 ст. 52) лишение права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью в качестве основного наказания устанавливается на срок от 2 до 7 лет — за умышленные преступления и на срок от 1 года до 5 лет — за неосторожные преступления, а в качестве дополнительного наказания — на срок от 1 года до 3 лет⁷.

В соответствии со ст. 46 УК КР то же наказание может быть назначено судом на срок от 1 года до 5 лет в качестве основного наказания или на срок от 1 года до 3 лет в качестве дополнительного наказания⁸.

От 1 года до 5 лет может составлять срок данного наказания в соответствии с ч. 1 ст. 51 УК РБ. Ст. 247 УК РБ «Ограничение конкуренции», например, допускает назначение данного наказания за соответствующее преступление лишь при отсутствии квалифицирующих признаков. При этом нужно учитывать, что ограничение конкуренции наказывается в Белоруссии как преступление лишь в случае, *когда соответствующие действия совершены в течение года после наложения административного взыскания за такие же действия*⁹.

В соответствии со ст. 61 УК РБ (в отличие от уголовного законодательства иных государств — членов ЕАЭС) в качестве наказания может применяться *общая конфискация*, т. е. принудительное безвозмездное изъятие в собственность государства всего или части имущества, являющегося собственностью осужденного (т. е. вне связи с тем, было это имущество получено преступным путем, использовалось в качестве орудия или средства совершения преступления или нет, или увеличено за счет полученного преступным путем).

К числу *важных специфических различий* уголовного законодательства государств — членов ЕАЭС относятся различия в системе и содержании антимонопольных запретов.

Система антимонопольных запретов, предусмотренных УК РБ, *существенно шире круга специальных запретов, предусмотренных уголовными законами других государств — членов ЕАЭС*. Согласно уголовному закону Белоруссии уголовному преследованию подлежат:

1) уклонение должностного лица государственного или иного органа управления или юридического лица от исполнения предписаний антимонопольных органов, либо ненадлежащее или несвоевременное их исполнение, либо непредставление этим органам информации (документов, объяснений), необходимой для осуществления антимонопольными органами своих функций, либо представление заведомо ложной информации (нарушение антимонопольного законодательства), *совершенные в течение года после наложения административного взыскания за такие же нарушения* (ст. 244 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* — лишение свободы сроком на 2 года с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;

2) установление или поддержание монопольных цен путем сговора индивидуальных предпринимателей или должностных лиц юридических лиц о деятельности на совместном рынке (ст. 245 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* — лишение свободы сроком на 7 лет с конфискацией имущества и лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;

3) заключение и исполнение индивидуальными предпринимателями или должностными лицами юридических лиц соглашений о разделе рынков, об устранении с рынков конкурентов и иных условиях, существенно ограничивающих конкуренцию, либо совершение иных действий, направленных на ущемление законных интересов лиц, ведущих аналогичную деятельность (ограничение конкуренции), *совершенные в течение года после наложения административного взыскания за такие же действия* (ст. 247 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* — ограничение свободы сроком на 2 года;

4) незаконное использование деловой репутации конкурента, т. е. умышленное использование индивидуальным предпринимателем или должностным лицом юридического лица товарного знака (знака обслуживания), фирменного наименования, географического указания конку-

⁶ См.: Уголовный кодекс Республики Казахстан // Ведомости Парламента РК. 2014. № 13-II. Ст. 83.

⁷ См.: Уголовный кодекс Республики Армения. Предисловие Е. Р. Азаряна. Перевод с армянского Р. З. Авакян. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.

⁸ См.: Уголовный кодекс Кыргызской Республики // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. 1998. № 7. Ст. 229.

⁹ См.: Уголовный кодекс Республики Беларусь // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 76. 2/50.

рента, либо продажа или предложение к продаже товара (услуги) с применением предупредительной маркировки о товарном знаке (знаке обслуживания), не зарегистрированном в Белоруссии, либо копирование промышленных образцов конкурента, влекущие смешение продукции (товаров, работ, услуг) или деятельности с продукцией или деятельностью конкурента, *совершенные в течение года после наложения административного взыскания за такие же действия* (ст. 248 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* — ограничение свободы сроком на 2 года;

5) дискредитация деловой репутации конкурента, т. е. распространение индивидуальным предпринимателем или должностным лицом юридического лица в рекламе, средствах массовой информации и иным способом заведомо ложных сведений, наносящих вред деловой репутации конкурента (ст. 248 УК РБ). *Наиболее строгое наказание* — ограничение свободы сроком на 2 года.

В единственной собственно «антимонопольной» ст. 178 УК РФ «Ограничение конкуренции», как уже отмечалось, предусмотрена уголовная ответственность лишь за картель (наиболее строгое наказание за преступление без отягчающих обстоятельств — 3 года лишения свободы; с отягчающими обстоятельствами — 7 лет).

Также в единственной антимонопольной ст. 221 УК РК «Монополистическая деятельность» предусмотрена ответственность (наибольшее наказание за преступление без отягчающих обстоятельств — 1 год лишения свободы) за: 1) установление и (или) поддержание субъектами рынка монопольно высоких (низких) или согласованных цен, 2) установление ограничений на перепродажу купленных у субъекта рынка, занимающего доминирующее или монопольное положение, товаров (работ, услуг) по территориальному признаку, кругу покупателей, условиям покупки, количеству либо цене, раздел товарных рынков по территориальному признаку, ассортименту товаров (работ, услуг), объему их реализации или приобретения, по кругу продавцов или покупателей, *а также иные деяния, направленные на ограничение конкуренции*, если они причинили крупный ущерб гражданину, организации или государству либо сопряжены с извлечением субъектом рынка дохода в крупном размере¹⁰.

Также единственная «антимонопольная» ст. 188 УК КР «Монополистические действия и ограничение кон-

куренции» предусматривает ответственность за более широкий круг антиконкурентных действий, чем ст. 178 УК РФ, включая: 1) установление и поддержание монопольно высоких цен или монопольно низких цен, а равно 2) ограничение конкуренции путем а) сговора или б) согласованных действий, направленных на раздел рынка, ограничение доступа на рынок, устранение с него других субъектов экономической деятельности, установление или поддержание единых цен, *совершенные группой лиц или группой лиц по предварительному сговору*. Таким образом, законодатель Киргизии в настоящее время исходит из того, что общественной опасностью обладает лишь такое ограничение конкуренции, которое осуществляется в простом или квалифицированном соучастии (группа лиц или предварительно сговорившаяся группа лиц). *Наиболее строгое наказание за преступление* без отягчающих обстоятельств — 5 лет лишения свободы.

УК Армении, (ст. 195) так же как и УК Киргизии, предусматривает ответственность *не только* за искусственное повышение, понижение или поддержание незаконных монопольных цен, *но и* за ограничение конкуренции путем: а) предварительного сговора или б) согласованных действий, направленных на раздел рынка по территориальному признаку, воспрепятствование доступу на рынок других хозяйствующих субъектов, устранение с рынка других хозяйствующих субъектов, установление или поддержание дискриминационных цен. *Наиболее строгое наказание за данное преступление* без отягчающих обстоятельств — лишение свободы сроком на 2 года.

Сравнительно-правовой анализ уголовно-правовых норм об ответственности за антиконкурентные преступления в государствах — членах ЕАЭС позволяет сделать следующие выводы.

1. Действующее уголовное законодательство государств — членов ЕАЭС об ответственности за антиконкурентное поведение характеризуется существенными отличиями в подходах к криминализации и пенализации такого поведения. Тождественные или сопоставимые формы антиконкурентного поведения в соседних странах, имеющих общее экономико-правовое пространство, могут как подлежать, так и не подлежать уголовному преследованию, наказываться и как тяжкие, и как небольшой тяжести преступления.

2. *Наиболее узкий* круг форм антиконкурентного поведения, подлежащего уголовному преследованию в ЕАЭС, сегодня характерен для уголовного законодательства России (только крупные и особо крупные картели). Наиболее широкий — для Казахстана. То обстоятельство, что в настоящее время УК Белоруссии содержит 6 статей об ответственности за различные формы антиконкурентного поведения, а УК Казахстана только 1 статью, не должно вводить в заблуждение, поскольку в соответствии со ст. 221 УК РК уголовному преследованию подлежат *любые деяния, направленные на ограничение конкуренции*, если они причинили крупный ущерб гражданину, организации или государству либо сопря-

¹⁰ Согласно п. 38 ст. 3 УК РК под крупным ущербом применительно к ст. 221 УК РК понимается ущерб, причиненный гражданину на сумму, в 1000 раз превышающую месячный расчетный показатель, либо ущерб, причиненный организации или государству на сумму, в 10 000 раз превышающую месячный расчетный показатель; под крупным доходом — доход, в 20 000 раз превышающий месячный расчетный показатель. На 1 января 2020 г. данный показатель составил 2651 тенге (Ист.: Учет.kz: <https://uchet.kz/week/mrp-i-mzr-na-2020-god-v-rk/>). Соответственно, в российских рублях (по курсу ЦБ РФ на 1 января 2020 г.) крупный ущерб применительно к рассматриваемой статье для гражданина составлял около 450 тыс. руб., а для организаций и государства — 4,5 млн руб., а крупный доход — 9 млн руб. — *Прим. авт.*

жены с извлечением субъектом рынка дохода в крупном размере. Одновременно нельзя утверждать, что Казахстан имеет сегодня самое строгое (репрессивное) в сравнении с иными государствами ЕАЭС уголовное законодательство в сфере конкуренции, так как уголовное преследование за нарушение правил конкуренции в РК может осуществляться лишь в случае извлечения незаконного дохода на сумму свыше 9 млн руб. или причинения ущерба на сумму свыше 450 тыс. руб. гражданину либо свыше 4,5 млн руб. организации или государству (в УК РФ соответствующие критерии криминализации еще выше: 50 млн руб. — для извлекаемого незаконного дохода и 10 млн руб. — для причиненного ущерба).

3. **Наиболее строгим** уголовным законодательством об ответственности за *картели* в ЕАЭС следует, по-видимому, признать УК Республики Беларусь (ст. 245 УК РФ), согласно которому сговор о цене товара подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок до 7 лет с общей конфискацией имущества и лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью срок на 3 года *вне зависимости от размера извлеченного незаконного дохода и размера причиненного ущерба*. Вместе с тем нельзя не обратить внимания на то, что картель в форме соглашения о разделе рынка (ст. 247 УК РБ) при отсутствииотягчающих обстоятельств влечет в качестве наиболее строгого наказания лишь ограничение свободы сроком на 2 года.

4. Единственным государством — членом ЕАЭС, уголовное законодательство которого предусматривает ответственность за различные формы воспрепятствования деятельности антимонопольных органов (включая непредставление этим органам информации или представление заведомо ложной информации), является Республика Беларусь (ст. 244 УК РБ). При этом необходимо подчеркнуть, что соответствующая уголовная ответственность может наступать лишь в случае совершения повторных действий после наложения административного взыскания за аналогичные действия.

5. Существенные различия в уголовно-правовой оценке сходных форм антиконкурентного поведения на экономическом пространстве ЕАЭС, на наш взгляд, должны восприниматься как правовой барьер, подлежащий устранению. Для решения данной задачи, по мнению автора, необходимо дополнить Договор о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 положениями о проведении единой, скоординированной или согласованной политики Союза в сфере противодействия антиконкурентным преступлениям либо внести изменения в Договор об особенностях уголовной и административной ответственности за нарушения таможенного законодательства таможенного союза и государств — членов таможенного союза от 05.07.2010¹¹, распространив его дей-

ствие и на нарушения антимонопольного законодательства. Одновременно, на наш взгляд, следует поддержать идею принятия Конвенции ЕАЭС о борьбе с уголовно наказуемыми и административно наказуемыми картелями, которая была впервые обнародована А. П. Тенишевым на заседании Научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции в июне 2016 г. [8, с. 18—21]. ■

Литература

1. Конкурентное право в Евразийском экономическом союзе / Под общ. ред. М. А. Кусаинова, А. М. Джумабаевой, А. Г. Сушкевича, В. В. Савченко, А. А. Аюпьян. М.: НИУ «Высшая школа экономики», 2018. 286 с.
2. Быковский В. К. Становление и развитие законодательства о защите конкуренции на пространстве СНГ и ЕАЭС // Международное сотрудничество Евразийских государств: политика, экономика, право. 2018. № 1. С. 104—111.
3. Мухамедиева А. Об ответственности за нарушения в сфере антимонопольного регулирования в странах ЕАЭС // https://www.inform.kz/ru/v-eaes-za-narushenie-pravil-konkurencii-ugolovnaya-otvetstvennost-ne-predusmotrena-eek_a2742335 (Дата обращения: 01.03.2020).
4. Максимов С. В., Утаров К. А. Картели: проблемы уголовной политики, евразийский опыт, перспективы. М.: Норма, 2020. 96 с.
5. Крюков А., Трубинова Е., Москвитин О., Суслов Р. На пути к безальтернативной дисквалификации за нарушение антимонопольного законодательства // Конкуренция и право. 2015. № 6. С. 38 — 47.
6. Башлаков-Николаев И. В. Ответственность органов власти и их должностных лиц в сфере защиты конкуренции: Монография. М.: Статут, 2014. 111 с.
7. Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства: проблемы теории и практики / Отв. ред. С. В. Максимов, С. А. Пузыревский. М.: Норма: Инфра-М, 2016. 142 с.
8. Тенишев А. П., Хамуков М. А. Правовые инструменты для противодействия международным картелям // Российское конкурентное право и экономика. 2016. № 2.

Сведения об авторе

Утаров Канат Алимтаевич: старший преподаватель кафедры уголовного процесса и криминалистики Южно-Казахстанского государственного университета им. М. Ауэзова, докторант Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России)

Контактная информация:

E-mail: koben_kok_koz@mail.ru

¹¹ Собрание законодательства РФ. 06.08.2012. № 32. Ст. 4476.

УДК 339.13.025.2
БАК 12.00.03

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Инвестиционный комплаенс как элемент системы профилактики нарушений законодательства об иностранных инвестициях

Бойчук Ю. О.,
Значков А. К.,
ФАС России,
г. Москва

Аннотация

В данной статье исследуется общее понятие комплаенса. Анализируются необходимость и потенциальная польза от введения инвестиционного комплаенса хозяйственными обществами и компаниями — иностранными инвесторами. Авторы приходят к выводу о наличии позитивных последствий принятия коммерческими организациями системы инвестиционного комплаенса.

Ключевые слова: *комплаенс, инвестиционный комплаенс.*

Investment compliance as an element of the system of prevention of violations of the legislation on foreign investments

Yulia O. Boychuk,
Artem K. Znachkov,
FAS Russia,
Moscow

Annotation

This article explores the general concept of compliance. The necessity and potential benefits of the introduction of investment compliance by economic companies and companies — foreign investors are analyzed. The authors conclude that there are positive consequences of the adoption by commercial organizations of an investment compliance system.

Keywords: *compliance, investment compliance.*

Проблемы теории и практики комплаенса как инструмента предупреждения правонарушений в сфере экономики, в том числе в предпринимательской среде, в последние годы активно исследуются не только за рубежом [7, с. 64], но и в России [1, с. 5; 2, с. 1—138; 4, с. 20—24].

Рост интереса хозяйствующих субъектов и органов государственной власти к теме комплаенса во многом обусловлен принятием Национального плана развития конкуренции в Российской Федерации на 2018—2020 гг. (далее — Национальный план)¹. В пункте 2 Национального плана создание и организация системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства деятельности федеральных органов исполнительной власти указаны как одно из основных направлений государственной политики по развитию конкуренции.

Как считают многие эксперты, организации, имеющие процедуры комплаенс-контроля, обладают преимуществами по сравнению с теми, кто не уделяет теме введения комплаенс-контроля должного внимания, ведь аудит возможных рисков правонарушений уменьшает вероятность их невыявления, что позволяет избежать преследования со стороны регулятора и соответствующих последствий [2, с. 6; 5]².

Вместе с тем существует множество определений и трактовок понятия «комплаенс-контроль».

Так, согласно Оксфордскому словарю английского языка комплаенс (от *англ. compliance* — согласие, соответствие; происходит от глагола *to comply* — исполнять) буквально означает действие в соответствии с запросом или указанием; повиновение (*англ. compliance is an action in accordance with a request or command, obedience*)³.

При этом, по нашему мнению, наиболее полное определение дано в Рекомендации Базельского комитета по банковскому надзору⁴. Так, под комплаенс-риском понимается риск применения юридических санкций или санкций регулирующих органов, существенного финансового убытка или потери репутации в результате несоблюдения организацией законов, инструкций, правил,

стандартов саморегулируемых организаций или кодексов поведения. Если не управлять комплаенс-риском, то компания может понести убытки в виде штрафов, потратить часть или весь бизнес целиком из-за приостановления операций или аннулирования лицензии вследствие нарушения законодательства, ей могут быть начислены штрафы и пени или предъявлены претензии со стороны контрагентов и клиентов по причине невыполнения условий договоров или нарушения законодательства. Как следствие, компании может грозить потеря репутации и прекращение финансирования акционерами (участниками) и инвесторами.

Комплаенс по своей природе является контролирующим механизмом, в связи с чем необходимо понимать определение контроля. Понятие контроля закреплено в ст. 1 Лимской декларации руководящих принципов контроля, в которой он понимается как неотъемлемая часть системы регулирования, целью которой является обнаружение отклонений от принятых стандартов и нарушений принципов, законности, эффективности и экономии расходования материальных ресурсов на более ранней стадии, чтобы иметь возможность принять корректирующие меры, а в отдельных случаях привлечь виновных к ответственности, получить компенсацию за причиненный ущерб либо провести мероприятия по предотвращению или сокращению таких нарушений в будущем⁵.

К настоящему моменту, с учетом и зарубежного, и отечественного опыта применения комплаенс-контроля в практике сложилось довольно много видов комплаенса. Так, далеко не полный список может включать такие виды комплаенс-контроля, как: антимонопольный комплаенс, банковский комплаенс, налоговый комплаенс, антикоррупционный комплаенс и др.

Несмотря на сложную геополитическую обстановку, кризисы внутри страны и на международной арене, введение санкций, в настоящее время интерес иностранных инвесторов к определенным отраслям российской экономики сохраняется.

Согласно данным ЦБ РФ, наиболее привлекательными видами экономической деятельности в 2018 г. являлись: добыча полезных ископаемых, производство пищевых продуктов, напитков и табачных изделий, металлургическое производство, оптовая и розничная торговля, финансовая и страховая деятельность. При этом остается интерес у инвесторов к таким видам деятельности, как геологическое изучение недр и (или) разведка и добыча полезных ископаемых на участках недр

¹ См.: Указ Президента РФ от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2017. № 52 (ч. I). Ст. 8111.

² См.: ФАС в СМИ: Антимонопольный комплаенс: 30Ж или бремя? <https://fas.gov.ru/publications/20110> (Дата обращения: 17.05.2019).

³ См.: Оксфордский словарь английского языка. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/compliance> (Дата обращения: 17.05.2019).

⁴ См.: Рекомендация Базельского комитета по банковскому надзору «Совершенствование корпоративного управления в кредитных организациях» (Базель, сентябрь 1999 г.). <https://basegarant.ru/581945> (Дата обращения: 17.05.2019).

⁵ См.: Лимская декларация руководящих принципов контроля, принята в г. Лиме (Перу) 17 октября 1977 г. на IX Конгрессе Международной организации высших органов финансового контроля (INTOSAI) // СПС «КонсультантПлюс» (Дата обращения: 20.03.2020).

федерального значения; оказание аэропортовых услуг, монополистическая деятельность, разработка, производство и торговля оружием, военной техникой и взрывчатыми веществами. При этом авторы отмечают, что часть из указанных видов деятельности относится 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» (далее — Закон № 57-ФЗ) к видам деятельности, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Говоря об инвестициях в целом, можно сказать, что под инвестициями понимают капиталовложения средств как внутри страны, так и за рубежом для создания новых и модернизации действующих предприятий и освоения новейших технологий с целью увеличения производства и получения прибыли.

Инвестиции: а) являются дополнительным источником средств для реализации новых проектов и программ, приобретения нематериальных и материальных объектов; б) стимулируют экономическое развитие, что способствует насыщению внутреннего рынка конкурентоспособными товарами и услугами; в) способствуют освоению и закреплению опыта функционирования рыночной экономики, что приводит к притоку иностранного капитала; д) ускоряют процесс интеграции в мировую экономику; е) способствуют погашению имеющихся займов и кредитов, «выходу из долговой ямы».

Исходя из изложенного, можно с уверенностью утверждать, что по своей природе инвестиционный комплаенс включает в себя как экономический аспект (мероприятия по повышению инвестиционной привлекательности, деловой репутации конкретного предприятия путем введения и реализации прозрачных комплаенс-процедур, повышение экономической эффективности посредством проведения объективного анализа планируемых сделок на предмет их экономической необходимости и целесообразности), так и правовой аспект (в данном случае инвестиционный комплаенс принято воспринимать как составляющую часть системы профилактики нарушений законодательства в сфере инвестиций).

Таким образом, авторы дают следующее определение инвестиционному комплаенсу. Инвестиционный комплаенс — элемент системы корпоративного управления, совокупность правовых и организационных мер, предусмотренных внутренним актом (актами) хозяйствующего субъекта либо другого лица из числа лиц, входящих в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, если такие акты распространяются на такого хозяйствующего субъекта и направлены на улучшение инвестиционной привлекательности, снижение инвестиционных

рисков, соблюдение им требований законодательства об инвестициях и предупреждение его нарушения.

С экономической точки зрения авторов, инвестиционный комплаенс способствует реализации двух целей организации — повышению инвестиционной привлекательности и минимизации инвестиционных рисков.

Таким образом, инвестиционный комплаенс в экономическом аспекте должен включать в себя: 1) прозрачный порядок конкурсного отбора и утверждения проектов, который позволит повысить качество принятия инвестиционных решений; 2) программу по минимизации инвестиционных рисков с расчетами всех необходимых экономических и финансовых показателей; 3) отделение рисков проекта от основного бизнеса; 4) разделение полномочий по управлению проектом и его финансированию; 5) процедуру отслеживания отклонений фактических показателей проекта от целевых; 6) процедуру исследования полученных результатов в связи с исполнением инвестиционного проекта или программы.

Следует отметить правовой аспект инвестиционного комплаенса. В Российской Федерации существует относительно развитая система инвестиционного законодательства, включающая Федеральный закон от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (определяет юридические и экономические аспекты инвестирования, осуществляемого в форме капитальных вложений); Федеральный закон от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» (далее — Закон № 156-ФЗ) (регулирует экономические отношения, возникшие в сфере привлечения денег или других активов с помощью размещения акций и подписания договоров управления ими); Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (далее — Закон № 160-ФЗ) (способствует поступлению иностранного капитала в экономику России и соблюдению норм международного инвестиционного права); 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» регулирует отношения, связанные с осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (далее — стратегическое общество) (предусматривает правовые последствия в связи с несоблюдением требований данного закона).

Согласно Закону № 160-ФЗ правовое регулирование иностранных инвестиций на территории РФ осуществляется Законом № 160-ФЗ, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также международными договорами Российской Федерации. Изъятия ограничитель-

ного характера для иностранных инвесторов могут быть установлены федеральными законами только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

С целью обеспечения обороны страны и безопасности государства путем установления особого порядка осуществления иностранных инвестиций в отрасли экономики, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, был принят Закон № 57-ФЗ, суть которого заключается в установлении изъятий ограничительного характера для круга субъектов, определяемых данным законом.

Закон № 57-ФЗ регулирует отношения, связанные с осуществлением иностранными инвесторами или группой лиц инвестиций в форме приобретения акций (долей), составляющих уставные капиталы стратегических обществ, и (или) в форме приобретения указанными лицами в собственность, владение или пользование имущества, которое относится к основным производственным средствам стратегических обществ и стоимость которого составляет двадцать пять и более процентов определенной на последнюю отчетную дату по данным бухгалтерской (финансовой) отчетности балансовой стоимости активов стратегического общества, а также с совершением иных сделок, в том числе на фондовых биржах, или действий, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов или группы лиц над такими хозяйственными обществами.

При этом в случае нарушения требований Закона № 57-ФЗ в соответствии с данным законом применяются такие правовые последствия, как недействительность ничтожной сделки в соответствии с гражданским законодательством, лишение иностранного инвестора права голоса на общем собрании акционеров (участников) стратегического общества, признание недействительными решений общего собрания акционеров (участников) стратегического общества, отчуждение части акций (долей) стратегического общества.

Таким образом, Российская Федерация, как и многие зарубежные страны, применяет особый правовой режим осуществления иностранных инвестиций в стратегические общества.

Исходя из определения инвестиционного комплаенса, данного авторами в настоящей статье, внутренний акт (акты), предусматривающий внедрение инвестиционного комплаенса, целесообразно принимать как стороне инвестора, так и стороне хозяйственного общества, в которое планируется осуществление инвестиций.

Так, при планировании и совершении сделки в отношении стратегического общества иностранный инвестор (группа лиц, в которую входит иностранный инвестор) должен знать и соблюдать требования Закона № 57-ФЗ

в части установленных процедур (подача ходатайства, подача уведомления), а также в законодательно ограниченных пределах, в рамках которых можно осуществлять сделки в отношении стратегического хозяйственного общества, влекущие в том числе установление над ним контроля. Правовые последствия несоблюдения требований Закона № 57-ФЗ «лежат на плечах» иностранного инвестора.

По нашему мнению, принятие акта (актов), предусматривающего внедрение инвестиционного комплаенса стратегическим обществом, снизит административные барьеры, препятствующие привлечению инвестиций. Так, иностранному инвестору потребуется меньше времени на изучение законодательства, меньше финансовых средств на оплату юридических услуг, а также появится возможность быть более осведомленным о процедуре проведения той или иной сделки в отношении стратегического общества, а также о возможных правовых последствиях в случае нарушения законодательства об иностранных инвестициях.

На практике существует два способа построения в компании комплаенс-структуры: обособление каждой комплаенс-функции (закрепление в разных комплаенс-программах) и кооперирование комплаенс-функций (закрепление в единой комплаенс-программе).

Что же касается инвестиционного комплаенса, авторы с точки зрения экономии трудовых и финансовых ресурсов придерживаются мнения о включении и инвестиционного комплаенса в единую комплаенс-программу наряду с антимонопольным комплаенсом.

При этом стоит акцентировать внимание на этапах деятельности компании, когда целесообразнее всего внедрять инвестиционный комплаенс.

Как было уже ранее отмечено, инвестиции для любой организации являются необходимым финансовым инструментом для развития конкурентоспособности на рынке.

Исходя из сути экономического и правового аспекта инвестиционного комплаенса, авторы считают целесообразным контролировать реализацию экономического аспекта на регулярной основе (в связи с постоянным изменением экономических и финансовых показателей компаний), притом что правовую часть инвестиционного комплаенса целесообразнее всего подключать исключительно при совершении той или иной сделки, когда возникает момент риска нарушения законодательства Российской Федерации.

Таким образом, инвестиционной комплаенс-функцией перед совершением сделки выполняется ряд задач: получение информации (полной и достоверной) о приобретаемом активе с целью правильного структурирования и сопровождения сделки; проверка организации, чьи активы приобретаются (анализ учредительных документов, лицензий, иных разрешительных документов, получение сведений об организации, ее учредителях/участниках),

об участии организации (учредителей/участников) в уголовных, арбитражных и гражданско-правовых судебных разбирательствах и т. д.); проверка контрагента, у которого приобретаются активы, в частности, на законность распоряжения отчуждаемым активом, что минимизирует риск признания сделок недействительными; правовой анализ законодательства, в соответствии с которым осуществляется сделка.

На наш взгляд, сделки в отношении стратегического общества требуют более детального анализа в связи с тем, что в случае совершения сделки с нарушением положений Закона № 57-ФЗ предусмотрены серьезные правовые последствия.

Таким образом, во избежание данной ситуации при совершении той или иной сделки инвестору необходимо установить факт распространения (нераспространения) на сделку положений Закона № 57-ФЗ, ответив на следующие вопросы:

1. Совершается ли сделка в отношении стратегического общества.
2. Относится ли лицо, осуществляющее инвестиции, к иностранному инвестору в понимании Закона № 57-ФЗ.
3. В каком количестве приобретается актив.
4. Устанавливается ли в результате сделки контроль над стратегическим обществом.
5. Распространяются ли на иностранного инвестора исключения отсутствия необходимости согласования сделки, закрепленные в Законе № 57-ФЗ.
6. Подается ли в уполномоченный орган ходатайство и (или) уведомление (сроки их подачи, перечень состава ходатайства и (или) уведомления).

Выводы

Опираясь на указанные выше положения, авторы видят такие преимущества внедрения инвестиционного комплаенса: минимизация рисков наступления правовых последствий нарушения законодательства Российской Федерации об инвестициях; минимизация рисков потери инвестиционной привлекательности организации; достижение доверия и заинтересованности акционера, инвестора (партнера), выраженных в финансировании развития организации, благодаря соблюдению их интересов и защите прав (в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации и внутренними процедурами); достижение эффективности корпоративного управления, чистой репутации, хороших операционных результатов и величины прибыли; достижение лояльности и доверия контрагентов, доверия сотрудников и общества в целом, выраженное в лояльности сотрудников к компании и хорошей репутации, благодаря соблюдению законодательства Российской Федерации.

Таким образом, учитывая тот факт, что инвестиционная деятельность многообразна в своих проявлениях, требует детального экономического и правового анализа, для

уменьшения инвестиционных рисков, рисков нарушения законодательства Российской Федерации об инвестициях, потери деловой репутации и привлекательности для партнеров и инвесторов организациям стоит рассмотреть вопрос о целесообразности и необходимости внедрения программы инвестиционного комплаенса. ■

Литература

1. Цыганов А. Г. Комплаенс — стимул, предупреждение или инструмент контроля? // Конкуренция и право. 2016. № 2. С. 5—9.
2. Институциональный комплаенс-контроль: Монография / М. М. Шарамко, И. Р. Гарипов. М.: РУСАЙНС. 2016. С. 1—138.
3. Тхашокова А. Нарушить нельзя, можно предотвратить: как защитить бизнес // Конкуренция и право. 2016. № 2. С. 24—29.
4. Михайлова А. С. К вопросу о важности учета «риска» как объекта для определения содержания функции «комплаенс-контроля» // Юрист. 2017. № 18. С. 20—24.
5. Рубцова Н. В. Комплаенс как модель нормативного регулирования предпринимательской деятельности // Юрист. 2017. № 18. С. 30—33.
6. Иванов Э. А. Антикоррупционный комплаенс-контроль в странах БРИКС: Монография // Юриспруденция. 2015.
7. Астанин В. В. Корпоративный антикоррупционный комплаенс: проблемы и ресурсы практического обеспечения // Российская юстиция. 2017. № 10. С. 5—8.
8. Anne-Marie Godfrey. Hong Kong Securities and Futures Commission (SFC) highlights operating, control and compliance deficiencies in asset management industry // Emerald Publishing Limited. Vol. 19. 2018. No. 1. Pp. 63—68. ISSN 1528-5812.

Сведения об авторах

Бойчук Юлия Олеговна: советник Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: +7 (495) 755-23-23

E-mail: mutnykh@fas.gov.ru

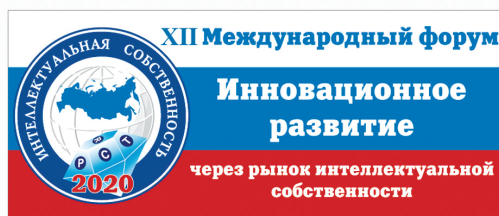
Значков Артем Константинович: магистрант 2-го курса Международно-правового института Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), главный специалист-эксперт Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: +7 (495) 755-23-23

E-mail: znachkov@fas.gov.ru



г. Москва 30 октября 2020 года

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДНИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ПОД ЭГИДОЙ ООН

30 октября 2020 года в Москве на базе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоится XII Международный Форум «Инновационное развитие через рынок интеллектуальной собственности».

Международный Форум проводится на ежегодной основе под эгидой ООН и неизменно собирает делегации из всех стран ЕАЭС и СНГ. Форум предусматривает очное участие представителей образовательных, научных организаций, корпораций и предприятий, органов власти из регионов России, стран ЕАЭС и СНГ, делегации стран Европы, Африки и арабского мира, где результатом публичного обсуждения станут проекты национальных и межгосударственных стандартов и выработка практических рекомендаций для ВОИС, ВТО, ИСО, ШОС, СНГ, ЕАЭС, Союзного государства, Совета Европы и ЕК ЕС, национальных парламентов и правительств стран на евразийском пространстве.

Программа XII Форума предусматривает пленарное заседание на тему: «Евразийский рынок интеллектуальной собственности: приоритеты и перспективы - 2030» с презентацией ежегодного доклада «О состоянии правовой охраны, использования и защиты интеллектуальной собственности в странах ЕАЭС и СНГ в 2019 году» и восемь сессионных заседаний, в рамках которых планируется обсуждение следующих тем.

Сессия №1. «Рынок интеллектуальной собственности и конкурентоспособность в цифровой экономике (на национальном и региональном уровнях)»

Сессия №2. «Интеллектуальная собственность и финансовый рынок ЕАЭС - 2025 (кредитный, страховой, фондовый)»

Сессия №3. «Интеллектуальная собственность и конкурентоспособность предприятий» (отраслевой и корпоративный уровень)

Сессия №4. «Интеллектуальная собственность и противодействие коррупции при госзакупках в сфере НИОКР»

Сессия №5. «Интеллектуальная собственность и защита от недобросовестной конкуренции при международном сотрудничестве»

Сессия №6. «Контрафакт и таможенная защита интеллектуальной собственности»

Сессия №7. «Искусственный интеллект и кадры для рынка интеллектуальной собственности»

Сессия №8. «Система управления интеллектуальной собственностью и ключевые показатели эффективности»

Каждому участнику выдается сертификат. Рабочий язык форума – русский. По итогам форума издается сборник докладов и материалов форума (на русском и английском языках), а также специальный выпуск журнала (гриф ВАК) «Право интеллектуальной собственности».

Информационные партнеры Форума: Телекомпания «Мир», Информационное агентство «Национальная служба новостей» (НСН), Издательская группа «Юрист», журналы «Право интеллектуальной собственности», «Информационное право», «Российское конкурентное право и экономика».

"Считаю тему вашей встречи важной и востребованной, ведь формирование современного цивилизованного рынка интеллектуальной собственности, обеспечение эффективной и надежной защиты прав всех его участников является, без сомнения, одним из ключевых условий инновационного развития и комплексной модернизации экономики России и других государств СНГ".

Из приветствия В.В. Путина участникам Форума

«Убеден, что итоги форума станут значимым вкладом в дальнейшее развитие международного сотрудничества в сфере интеллектуальной собственности, будут способствовать построению и развитию инновационного пространства Содружества Независимых Государств»

Председатель Исполнительного комитета - Исполнительный секретарь СНГ Лебедев С.Н.

В соответствии со Стратегией развития ШОС до 2025 года перед государствами-членами поставлены задачи по содействию развитию взаимовыгодного сотрудничества в инновационной сфере. Темы дискуссий, предложенные к обсуждению в рамках Форума, весьма актуальны и масштабны. Формирование устойчивого рынка интеллектуальной собственности органично отвечает требованиям современного сотрудничества стран в области цифровизации и новых технологий».

Генеральный секретарь Шанхайской организации сотрудничества Норов В. И.

«Уверен, что продуктивные дискуссии и обмен опытом позволят участникам Форума разработать практические рекомендации по преодолению наиболее актуальных проблем в сфере правовой охраны, использования и защиты интеллектуальной собственности, трансфера новых технологий и укрепления экономического взаимодействия».

Государственный секретарь Союзного государства Рапома Г. А.

"Международный Форум зарекомендовал себя в качестве авторитетной международной площадки для выработки предложений и рекомендаций по повышению эффективности евразийского рынка интеллектуальной собственности, а также знаковым событием не только в рамках ежегодных международных дней интеллектуальной собственности под эгидой ООН, но и общепризнанным мероприятием на пространстве СНГ и Евразийского экономического Союза".

Член Коллегии (министр) по экономике и финансовой политике Евразийской экономической комиссии Т.М. Жаксылыков

"Вопросы, изложенные в рекомендациях Форума, будут детально проработаны ГКНТ и заинтересованными республиканскими органами государственного управления и при их целесообразности учтены при разработке и корректировке в рамках гармонизации законодательства ЕАЭС, а также в рамках выполнения стратегии РБ в сфере интеллектуальной собственности на 2012-2020 годы".

Председатель Государственного комитета по науке и технологиям Республики Беларусь А.Г. Шумилин

"Только развивая инновации, можно получить новые продукты, товары и услуги, которые удовлетворяют рыночный спрос и реализуются с извлечением прибыли. Свободный рынок едва ли может существовать без сильной и эффективной системы охраны интеллектуальной собственности".

Председатель Государственной службы интеллектуальной собственности и инноваций при Правительстве Кыргызской Республики (Кыргызпатент) Молдошова Д.А.

"По мнению Минобороны России, Международный Форум, а также выработанные его участниками рекомендации представляют несомненный интерес как для МО РФ, так и для инновационного развития России в целом".

Председатель Военно-научного комитета Вооруженных Сил РФ, заместитель начальника Генштаба Вооруженных Сил РФ И.Ю. Макушев

Постоянные сопредседатели:

Жаксылыков Тимур Мекешевич – член Коллегии (министр) по экономике и финансовой политике Евразийской экономической комиссии,
Лебедев Сергей Николаевич – Председатель Исполкома СНГ, Исполнительный секретарь СНГ,
Лопатин Владимир Николаевич – научный руководитель РНИИС, председатель межгосударственного комитета по стандартизации "Интеллектуальная собственность" (МТК 550) (руководитель дирекции Форума),
Молдошова Динара Автандиловна - Председатель Государственной службы интеллектуальной собственности и инноваций при Правительстве Кыргызской Республики (Кыргызпатент),
Степашин Сергей Вадимович – Сопредседатель Ассоциации юристов России, Председатель Наблюдательного Совета РНИИС,
Сулейменов Тимур Муратович – Заместитель Руководителя Администрации Президента Республики Казахстан,
Тарасян Эмиль Самвелович – Руководитель Администрации Президента Республики Армения,
Шумилин Александр Геннадьевич – Председатель Государственного комитета по науке и технологиям Республики Беларусь.

Оформить заявку на участие и получить подробную информацию о программе и условиях участия можно в дирекции Форума: РНИИС, г. Москва, ул. Б.Татарская, д. 35с3; тел. +7 (495) 369-40-08, email: forum@rniis.ru, сайт: www.rniis.ru

Особенности антимонопольного регулирования разных типов рынков

Клеева Л. П.,

Институт проблем развития науки
РАН,
г. Москва

Аннотация

Статья содержит критический анализ курса экономической теории для дистанционного обучения в рамках Британского Открытого университета. В статье показывается, что на разных типах рынков следует использовать разные подходы антимонопольного регулирования.

Ключевые слова: антимонопольное регулирование, монополия, олигополия, монополистическая конкуренция, совершенная конкуренция, монопосония.

Special antitrusts of different types of market

Lyudmila P. Kleeva,

Institute for the Development of
Science of the Russian Academy of
Sciences,
Moscow

Annotation

The article contains a critical analysis of the course of economic theory for distance learning at the British Open University. The article shows that different types of markets should use different approaches of antitrust regulation.

Keywords: antitrust regulation, monopoly, oligopoly, monopolistic competition, perfect competition, monopsony.

Данная статья написана с целью показать, что способы и цели государственного регулирования рынков не являются универсальными и зависят от типа рынка, причем это касается не только рынков товаров и услуг (микроэкономических), но и макроэкономических рынков, в первую очередь труда и капитала. Материал представляет собой краткое изложение учебников по микроэкономике и выводов, следующих из этого изложения.

В качестве объекта исследования был выбран курс экономической теории для дистанционного обучения в рамках Британского Открытого университета (соответствующий принятым в Российской Федерации госстандартам как для бакалавриата, так и для специалитета) [1]. Этот выбор обусловлен тем, что учебные пособия для дистанционного обучения пишутся под углом зрения профессиональных интересов целевой аудитории курса, при том, что классические учебники создаются без оглядки на профессиональные потребности аудитории.

Так, данное учебное пособие было написано для социологического факультета ОУ, соответственно, в нем материал излагается с точки зрения соответствия интересам социально-экономического развития общества. Для примера, написанный нами учебник экономической теории [2] был предназначен для факультета менеджмента, соответственно, материал в нем излагался с точки зрения выбора управленцем наиболее эффективного поведения в каждой из рассматриваемых ситуаций с точки зрения развития фирмы. Очевидно, что антимонопольное регулирование проводится из интересов эффективного развития общества, поэтому для него более адекватным является курс социологического факультета ОУ.

Рассмотрим особенности разных типов рынков. Согласно экономической теории [1], их в настоящее время пять: монополия, олигополия, монополистическая конкуренция, совершенная конкуренция и монопосония.

1. Монополия

Монополией считается компания, занимающая такое место на рынке, которое позволяет ей самостоятельно назначать цены на товар. При монополии рыночная власть наиболее сильная. Она позволяет монополистам определять цены, исходя только из соответствующего этим ценам спроса (для обычного товара зависимость спроса от цены обратная: чем выше цена, тем ниже спрос) для наибольшего увеличения собственной прибыли. В результате цены оказываются завышенными, монополист получает сверхприбыль, а потребители купят меньше этого товара, чем они купили бы при более низкой цене. Таким образом, с точки зрения общества завышение цен на товары монополиста означает меньшее потребление данного товара населением. Но не только.

Завышение цены означает снижение объема не только продаж, но и производства (которые должны соответствовать друг другу). Ограничение монополистом выпуска означает снижение затрат труда и инвестиций, что чревато ростом безработицы и общей стагнацией экономики, если в ней монополистов на разных рынках достаточно много. Спрос на товар, цена которого завышена, снижается, это приводит к снижению его производства, высвобождению работников, а в масштабах общества к снижению совокупного спроса, зависящего от заработных плат, который, в свою очередь, приводит к новому витку снижения спроса на товар.

Зависимость монополистов только от спроса потребителей обостряет задачу обеспечения снижения величины падения спроса при росте цены, решаемую с помощью больших затрат на рекламу. С точки зрения общества необоснованные затраты на рекламу не повышают его благосостояния, поэтому непродуктивны.

Однако не все последствия монополии негативны для общества. Если получаемая монополистом сверхприбыль направляется на инновации, а значит, и на исследования, это часто приводит к снижению затрат монополиста, которые приводят не только к росту его прибыли, но и к снижению цены товара (это можно легко показать). Тогда общество в выигрыше, поскольку цены товара снижаются, а спрос на него растет. Более того, борьба фирм за монопольное положение приводит к вытеснению монополиста фирмой, сумевшей за счет инноваций получить более значимые результаты и стать более конкурентоспособной.

Кроме этого, наличие монополий приводит к большей стабильности экономики, поскольку в случае негативных ситуаций государству легче их поддерживать, чем множе-

ство мелких фирм. И реклама также не является чисто негативной, поскольку выполняет функцию информации потребителей о свойствах товаров.

Таким образом, исходя из сути монополии, можно сформулировать требования к антимонопольной политике на рынке монополии: монополию нужно ограничивать, стимулируя рост конкуренции на рынке, однако инновационную (и связанную с ней научно-технологическую) деятельность фирм следует всячески поощрять, в том числе льготирова средства, направляемые монополистами на научные исследования, внедренческую и связанную с ней деятельность (например, образовательную).

Отдельный случай представляет собой естественная монополия, к которой относят компании, у которых объем производства с минимальными производственными затратами (которые при некоторых объемах выпуска тем ниже, чем выше объем производства, например, за счет углубления разделения труда или использования более дешевых ресурсов, покупаемых по оптовым ценам и т. п.) соизмерим со всей величиной рынка. Может оказаться, что на этом рынке не могут поместиться две компании с минимальным эффективным объемом выпуска. Тогда искусственное формирование конкуренции приведет к росту затрат одной или всех фирм.

Поэтому регулирование рынков естественных монополий не может основываться на стимулировании конкуренции, которое может привести к росту цен за счет роста производственных затрат, а предполагает прямое государственное регулирование цен и тарифов. И, как одна из мер, стимулирование внешнеэкономической деятельности естественного монополиста, который, при поддержке своего государства захватывая рынки других стран, увеличивает рынок своего товара. Обществу это выгодно не только потому, что производственные затраты останутся низкими, но и потому, что сверхприбыль от экспорта будет доставаться отечественной компании. Иными словами, государству нужно регулировать действия естественного монополиста и поддерживать его в захвате зарубежных рынков.

2. Олигополия

Олигополией называется рынок, на котором работает несколько компаний, производящих одинаковый продукт. Величина реализации продукта ограничена объемом спроса, поэтому увеличение продаж одной фирмы означает снижение продаж другой, и эта стратегическая взаимозависимость фирм ими осознается. В результате, планируя свою деятельность, олигополист вынужден исходить не только из своих производственных возможностей и величины спроса, но и от поведения конкурентов, за которыми он неотступно следит.

Для олигополиста выходом из ситуации взаимозависимости становится сговор, при котором конкуренты договариваются о снижении выпуска (или увеличении цены). Такая ситуация невыгодна для общества и потребителей, поскольку товара реализуется меньше и по большей цене. Поэтому государство должно постоянно регулировать этот рынок, пресекая сговоры. К слову, эти сговоры олигополистов неустойчивы, поскольку каждый из них в случае нарушения сговора получит значимую прибыль (например, снизит цены ниже оговоренной сговором и получит больший объем рынка), поэтому задачей регулирования рынка олигополии становится пресечение действий олигополистов по созданию и обеспечению сговора.

Другим путем для олигополиста увеличить свою долю рынка является дифференциация товара. В некоторых случаях она представляет собой дифференциацию не основного товара, а дополнительных услуг, например, скидок и других условий реализации товара. В этом случае олигополист пытается показать потребителю, что взаимодействие с ним более выгодно, чем с его конкурентом. Это приводит к развитию дополнительных услуг, поэтому для общества благотворно.

Однако в некоторых случаях такая дифференциация начинает возникать не в дополнительном, а в основном товаре. Например, на рынке мобильных телефонов первоначально весь продукт был однородным (обеспечение связи), а затем дифференциация привела к тому, что телефоны стали обладать разными дополнительными функциями (причем разные компании впервые внедряли разные новшества, которые через некоторое время брались на вооружение и конкурентами). В результате обеспечение связи перестало быть основной функцией мобильного телефона, а дополнительные функции стали основными для этого вида товара.

Когда дифференциация начинает захватывать основной товар, он перестает быть однородным, а рынок становится другим — рынком монополистической конкуренции. Рынки олигополии и монополистической конкуренции на первый взгляд очень похожи, но эффективное поведение фирмы на них различно и способы регулирования их различны.

3. Монополистическая конкуренция

На этом рынке тоже работает несколько фирм, но производят они неоднородный основной товар, и каждая из них является монополистом в какой-то нише рынка, если у нее есть лояльные потребители, предпочитающие именно ее товар. Классическими примерами рынков монополистической конкуренции являются рынки брендовой одежды и парфюмерии, автомобилей и т. п., поскольку имеются потребители, приверженцы одежды и парфюма определенной фирмы или машин конкретного производителя.

Поддержание своего монопольного положения в своей нише (и экспансия на другие рынки) требует от компании постоянного выпуска новых видов продукции, а значит, инноваций, исследований и разработок и т. д., что является позитивным для развития общества. При этом они вынуждены конкурировать с другими компаниями, стремящимися занять новые ниши и при этом часто еще и снижать цены, что тоже благоприятно для общества.

Регулирование этого рынка должно обеспечивать безвредность инноваций для потребителей (поскольку фальсификация товара может стать способом снижения его цены) и основываться на содержательной оценке товаров на предмет такой безвредности.

4. Рынок совершенной конкуренции

Считается, что рынок совершенной конкуренции требует меньшего регулирования, чем рассмотренные нами рынки («невидимая рука рынка все управит»). Рассмотрим его более подробно. На совершенно конкурентном рынке много как продавцов, так и покупателей, а объемы продаж и закупок отдельных фирм и потребителей незначительны по сравнению с размером рынка, так что ни один из них не может заметно повлиять на общий объем товара на рынке и его цену.

Рынок считается совершенно конкурентным, если:

- объем продаж фирмы мал по сравнению с объемом рыночного спроса;
- продавцы предлагают однородный (стандартизированный) товар;
- покупатели и продавцы не могут повлиять на цену товара;
- все участники рынка полностью информированы относительно товара;
- фирмы могут легко войти на рынок и выйти из него.

Из списка требований видно, что некоторые рынки не могут стать совершенно конкурентными, сколь много ни было бы на них продавцов и покупателей. Например, рынок медицинских услуг или результатов научных исследований, поскольку потребители не могут быть полностью информированы относительно товара и сам товар не может быть однородным.

Распространение рынка совершенной конкуренции в современной экономике ограничено, но на нем действительно практически отсутствует рыночная власть и, как следствие, антимонопольное регулирование практически не требуется.

5. Монопосония

Монопосонией называется рынок, на котором один потребитель и, соответственно, цены определяются им.

Монопосония представляет собой рынок, зеркальный к монополистическому. В экономической теории они

оба считаются монополиями, только собственно монополия — монополия производителя, а монополия — монополия потребителя.

Часто потребителем на рынке монополии выступает государство, поэтому перспективы антимонопольного регулирования этого типа рынка не совсем понятны.

Обычно рынок конкретного товара или услуги относится только к одному из перечисленных типов. Совмещение в рамках одного рынка нескольких типов возможно только тогда, когда один из таких типов — монополия. Можно себе представить монополию с монополией (например, уникальные научные исследования по заказу государства), олигополию с монополией (государственный заказ двум конкурирующим компаниям).

Однако экономика — постоянно развивающаяся система, поэтому рынки могут трансформироваться от одного типа к другому. Например, олигополист смог дифференцировать свой товар, и рынок трансформировался в монополистическую конкуренцию. А у монополиста появился конкурент, и рынок стал олигополией.

Все сказанное относится не только к рынкам товаров и услуг (микроэкономическим), но и к макроэкономическим рынкам труда и капитала. Видение рынка труда является первым различием неоклассической и неокейнсианской школ: выводы неоклассической школы делаются из предположения о наличии в экономике совершенно конкурентного рынка труда, а неокейнсианства — из предположения о том, что рынок труда не является совершенно конкурентным. Так что использование в 90-х гг. прошлого столетия подходов неоклассической школы монетаризма в условиях отсутствия сколько-нибудь развитого рынка труда (не говоря уже о совершенно конкурентном) теоретически вряд ли можно было считать оправданным.

Многолетний опыт автора работы на программах бизнес-образования позволяет оценить соотношение типов рынков в России. Рискнем утверждать, что наиболее распространенный сегодня тип рынка в отечественной экономике — олигополия, почти столь же распространена монополистическая конкуренция.

В мире лидером является монополистическая конкуренция, но там выше инновационная активность.

Заключение

На разных типах рынков антимонопольное регулирование должно проводиться по-разному:

- на рынке монополии нужно ограничивать монополистическую власть и стимулировать конкуренцию, однако при этом поддерживать их инновационную активность; при естественной монополии следует регулировать цены и тарифы и стимулировать ее внешнеэкономическую деятельность;
- на рынке олигополии нужно всячески бороться со сговорами и мерами компаний по их поддержанию;
- на рынке монополистической конкуренции нужно следить за безопасностью инноваций.

И крайне важно уметь разделять разные рынки, поскольку меры, эффективные на одном типе рынка, могут оказаться бесполезными и даже вредными — на других. ■

Литература

1. Economics and Changing Economies. ISBN 0 7492 0200 9. 1995, The Open University. 569 pp.
2. Клеева Л. П. Экономика в практике менеджера: Учебник в 5 книгах. Жуковский: МИМ ЛИНК, 2003. 789 с.

Сведения об авторе

Клеева Людмила Петровна: доктор экономических наук, профессор, зав. сектором в Федеральном государственном бюджетном учреждении науки Институт проблем развития науки РАН (ИПРАН РАН)

Контактная информация:

Адрес: 117218, г. Москва, Нахимовский пр-т, д. 32

Тел.: +7 (495) 648-91-62

E-mail: Lucy45@yandex.ru

О пределах использования теста «гипотетического монополиста» для целей антимонопольного регулирования

Фомина И. М.,
ФАС России,
г. Москва

Аннотация

Сегодня для анализа рынка в целях применения антимонопольного законодательства используется теория отраслевых рынков. По уровню стандартизации товара (услуги) рынки подразделяются на рынки однородного товара и рынки дифференцированного товара. «Классическим» признается рынок, на котором действуют независимые фирмы-поставщики (производители), а также покупатели и на котором нарушены нормы добросовестной конкуренции между поставщиками. Однако отраслевые рынки для ряда товарных групп не являются типичными в связи с развитием оптовых рынков и системы перепродаж, торговых сетей и стремлением торговых объектов к расширению не только ассортимента, но и номенклатуры товаров.

Представление о конкуренции как о взаимодействии производителей исключительно однородных товаров, нашедшее отражение в Порядке проведения анализа состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденном приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220, затрудняет определение продуктовых границ рынков и требует пересмотра.

Автор указывает на неоправданное отсутствие ограничений и критериев допустимости при использовании вероятностных (прогнозных) моделей в качестве инструментов получения доказательств по делам о нарушении антимонопольного законодательства, что противоречит базовым принципам административного процесса. В частности, представляется ошибочным применение для определения продуктовых границ рынков теста «гипотетического монополиста».

В статье рассматриваются пути решения указанных проблем, позволяющие повысить достоверность и непредвзятость решений, принимаемых на основе применения антимонопольного законодательства в целях предупреждения и пресечения его нарушений.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, анализ рынка, конкуренция, тест «гипотетического монополиста».

On the limits of using the "hypothetical monopolist" test (SSNIP) for antitrust regulation purposes

Isabella M. Fomina,

FAS Russia,
Moscow

Annotation

In order of antimonopoly legislation applying in the area of analysis of the condition of competition in the market antimonopoly body currently uses the theory of branch markets. According to the level of standardization of a goods (services), markets are divided into markets for a homogenous goods (services) and markets for a differentiated goods (services). Goods markets which includes independent companies of suppliers (manufacturers) and consumers recognizes as «classic» goods markets if fair competition terms among the suppliers has been violated. However, the branch markets for number of commodity groups doesn't considered as typical regardly to development of wholesale markets and resale system, trading networks and aspiration of trading objects for expansion of goods nomenclature and range.

The concept of competition as the interaction of producers of strictly homogenous goods, reflected in the Procedure for analysis of the condition of competition in the goods market, approved by the FAS Russia dated april 28, 2010 № 220, makes it difficult to determine the markets boundaries and therefore requires revision.

The author does not notes unjustified restriction absence and eligibility criteria while using probabilistic (prognostic) models as toolkit for evidence receiving when considering a case on violating of the antimonopoly legislation. Using above-stated approaches is contradiction to the basic principles of the administrative process. In particular, using the "hypothetical monopolist" test (SSNIP) to determine the market's goods boundaries seems to be incorrect.

The article considers above-stated issues solutions ways that improves authenticity and unprejudicity of decisions in the area of antimonopoly legislation application in order to prevent and restrict the vioations of the antimonopoly legislation.

Keywords: *antimonopoly legislation, analysis of the condition of competition in the goods market, competition, "hypothetical monopolist" test (SSNIP).*

Краткое описание некоторых проблем

В настоящее время в основе анализа рынка в целях применения антимонопольного законодательства лежит теория отраслевых рынков. Для подтверждения этого тезиса достаточно сослаться на книгу доктора экономических наук, профессора департамента теоретической экономики факультета экономических наук Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» Н.М. Розановой «Теория отраслевых рынков», учебник для академического бакалавриата [1]. Эта теория трактует отрасль и рынок, если специально не оговорено другое, как взаимозаменяемые понятия. При этом, как пишет Н.М. Розанова, для определения отрасли или рынка в практике ведущих развитых стран мира используются статистические классификаторы, которые позволяют все компании соответствующей страны отнести к той или иной отрасли. И далее — по уровню стандартизации товара (услуги) рынки подразделяются на рынки однородного товара и рынки дифференцированного товара. Рынки однородного товара предполагают, что потребители в целом оценивают продаваемые виды продукции как не имеющие принципиальных различий между собой. Рынки дифференцированного товара предусматривают наличие особых свойств продуктов, которые делают их разновидности специфическими в глазах потребителей. Поэтому не существует более единого продуктового рынка — он распадается на множество дифференцированных сегментов, в каждом из которых присутствуют покупатели, лояльные к своей марке товара. Примерами рынков дифференцированного товара служат многочисленные разновидности молочных продуктов и йогуртов, шоколадных конфет, соков, а также бытовой техники, одежды и средств гигиены.

Таким образом, классикой применения антимонопольного законодательства в целях предупреждения и пресечения нарушений антимонопольного законодательства является рынок, на котором действуют независимые фирмы-поставщики (производители), принадлежащие к одной отрасли (в указанном смысле), а также покупатели и на котором нарушены нормы добросовестной конкуренции между поставщиками. При этом розничный рынок отличается от оптового только количеством закупаемого товара.

В настоящее время однородные товары и рынки, конечно, существуют (рынок нефти, газа, других природных ресурсов, электроэнергетики, услуги теплоснабжения и пр.), однако схема товародвижения от поставщика (производителя) до конечного потребителя в других случаях может быть весьма сложной и, что важно, включающей в договоры поставки не только однородные товары. В этой связи отраслевые рынки, являющиеся предметом исследования поколений экономистов, для ряда товарных групп не являются типичными в связи с раз-

витием оптовых рынков и системы перепродаж, а также в связи с развитием торговых сетей и стремлением торговых объектов к расширению не только ассортимента, но и номенклатуры товаров [2, 3].

В частности, для схем товародвижения в оптовой части характерен переход от вида продукции к более высоким уровням агрегации, то есть в цепочке товародвижения присутствуют не обязательно однородные товары, но в данном случае — принадлежащие к одной классификационной группе. Например, дизельным топливом торгуют на розничном рынке в сети АЗС, а в оптовом звене в этом случае возникает рынок нефтепродуктов (исключение — отгрузка дизельного топлива прямо с НПЗ).

Большие магазины (супермаркеты, гипермаркеты и пр.), торговые сети работают как бы одновременно на огромном количестве рынков однородных товаров. При этом покупается, как правило, не один товар, а некий не постоянный от покупателя к покупателю набор товаров. Конечно, при злоупотреблении доминирующим положением на рынке одного конкретного товара, скажем, при незаконном повышении цены на хлеб, при наличии соответствующей системы учета можно определить и содержание акта купли-продажи, и годовой оборот данного товара, необходимые для применения антимонопольного законодательства, но в случае, когда торговый объект выступает как единое целое, нарушая Федеральный закон «О защите конкуренции» (неоправданное и незаконное повышение торговой надбавки, соглашения или согласованные действия, увеличение экономической концентрации и пр.), рынок, на котором данный торговый объект действует, требует повышения уровня агрегации по сравнению с рынком однородного товара. Он будет называться, например, рынком продовольственных товаров или мебели, или обуви, или готового платья, или стройматериалов и т.д.

Применение антимонопольного законодательства и Порядка проведения анализа состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденного приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 (далее — Порядок)¹, основанных на представлении о конкуренции как о взаимодействии производителей исключительно однородных товаров, приводит к трудностям при определении прежде всего продуктовых границ рынков и требует своего решения.

Вторая проблема применения антимонопольного законодательства в указанных целях, которую следует выделить, заключается в отсутствии ограничений и критериев допустимости использования вероятностных (прогнозных) моделей в доказательной базе, что

¹ Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61763/ (Дата обращения: 27.01.2020).

вступает в противоречие с материальной значимостью принимаемых антимонопольными органами решений, когда речь идет о констатации нарушений антимонопольного законодательства, мерах пресечения и предупреждения нарушений, в том числе о наложении штрафных санкций. Конечно, экономика не точная наука, и такие показатели, как спрос, объем рынка, доля на рынке, имеют вероятностный разброс значений, однако нарушение констатируется при определенной экономической ситуации, в рассматриваемый промежуток времени, на определенном рынке. Доказанное нарушение есть факт, и за нарушение, ставшее фактом, нарушитель несет вполне конкретную ответственность, поэтому определяться показатели, связанные с нарушением, должны по данным, максимально приближенным к факту.

В частности, представляется ошибочным применение для определения продуктовых границ рынков «теста гипотетического монополиста» (этот инструмент и его применение описаны, например, в работах И. В. Князевой [4, 5], И. В. Гагариной [6, 7], А. Н. Варламовой и О. О. Сикачевой [8], А. А. Рохлина [9], Н. К. Корникова [10], И. М. Фоминой [11]). В результате проведения «теста гипотетического монополиста» для определения продуктовых границ товарного рынка выясняется мнение приобретателей товара о составе группы взаимозаменяемых товаров [12, 13]. Для этого приобретатели отвечают на вопрос: «Какими товарами и в каком объеме вы предпочтете заменить предварительно определенный товар, если цена на него долговременно (дольше одного года) повысится на 5—10 процентов, а цены на остальные товары останутся неизменными?». Тест предлагает решение, не соответствующее фактическому состоянию рынка в период нарушения антимонопольного законодательства. Между тем этот период входит во временной интервал исследования рынка; характеризуется отсутствием гипотетического монополиста и его действий; долями рынка, определенными для фактического числа участников рынка; ценами, установленными в результате взаимодействия действующих продавцов и покупателей. Решение, принятое на основании «теста гипотетического монополиста», может привести к расширению количества поставщиков относительно факта и уменьшению их долей рынка. Определение доли на рынке, отражающей в значительной мере уровень монопольного положения субъекта рынка, будет базироваться на вероятностных действиях поставщика, не адекватных фактическому положению дел, и легко может быть использовано нарушившим антимонопольное законодательство хозяйствующим субъектом в целях ухода от ответственности.

Соответственно, представляется ошибочным применение «теста гипотетического монополиста» и для определения географических границ товарного рынка. В этом случае приобретатели товара отвечают на во-

прос: «У каких продавцов, расположенных за пределами предварительно определенных географических границ товарного рынка, и в каком количестве вы предпочтете покупать товар, если цена на товар (в пределах предварительно определенных географических границ товарного рынка) долговременно (дольше одного года) повысится на 5—10 процентов, а цена за пределами таких границ останется прежней?». Тест опять предлагает решение, не соответствующее фактическому состоянию рынка в период нарушения антимонопольного законодательства. Мы опять имеем вероятностный процесс повышения цены и поиска новых поставщиков. В поиске новых поставщиков по нашему запросу респондент не заинтересован, поскольку реальный переход к новому поставщику дело сложное и мало прогнозируемое, а, следовательно, мы всегда будем иметь недостоверные, недостаточно проработанные ответы. Но важно другое — применение теста фактическую картину товародвижения заменяет выдуманной, гипотетической, не имеющей отношения к сложившимся торговым связям, но приводит к тому же результату — неоправданному расширению числа поставщиков и снижению их доли на товарном рынке.

Уместен вопрос, зачем в антимонопольную практику введен инструмент, искажающий реальную картину монополизации рынка в сторону уменьшения?

По-видимому, применение «теста гипотетического монополиста» или любых других прогнозных моделей правомерно для прогнозирования состояния рынка после совершения хозяйствующими субъектами подконтрольных действий в целях обоснования решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией, а также при решении вопросов о принудительном разделении (выделении) коммерческих и некоммерческих организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Целесообразность применения теста «гипотетического монополиста» при слияниях определена, например, Руководством по горизонтальным слияниям, подготовленным Министерством юстиции США и Федеральной торговой комиссией США, от 19.08.2010². На это же указывают и примеры применения «теста гипотетического монополиста», приведенные в статье Д. А. Алешина [14].

Однако данный вопрос выходит за пределы тематики статьи.

В статье рассматриваются некоторые подходы к снятию важности указанных выше проблем, позволяющие,

² Руководство по горизонтальным слияниям (Horizontal Merger Guidelines). Министерство юстиции США и Федеральная торговая комиссия США. Дата вып.: 19.08.2010. // <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010> (Дата обращения: 20.03.2020).

на наш взгляд, повысить достоверность и объективность решений, принимаемых на основе применения антимонопольного законодательства в целях предупреждения и пресечения его нарушений.

2. Определение товара, рынок которого исследуется

В Федеральном законе «О защите конкуренции»³ товар определен как объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

В статье 128 ГК РФ⁴ к объектам гражданских прав относятся вещи, включая наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, имущественные права; результаты работ и оказания услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага.

Заметим, что в ГК РФ объектом гражданских прав является не работа, а результаты работы. Таким образом, в Федеральном законе «О защите конкуренции» имеет место некоторая неточность, которая может приводить к методологическим ошибкам при определении продуктовых границ рынков.

Гражданский кодекс относит к объектам гражданских прав в первую очередь вещи. Вещами в гражданском праве признаются предметы материального мира, представляющие ценность для человека, способные удовлетворять потребности субъектов гражданских правоотношений, выступать предметом товарообмена. В Большом юридическом словаре уточняется, что вещь — предмет внешнего (материального) мира, находящийся в естественном состоянии в природе или созданный трудом человека⁵. В любом определении вещь — это некоторый объект в единственном числе, рассматриваемый с точки зрения производителя, будь то природа или человек.

Под работами понимаются действия, направленные на достижение материального результата, который может состоять в создании вещи, ее переработке, об-

работке или ином качественном изменении, например ремонте. Причем результат работы заранее известен и определяется лицом, заказавшим ее выполнение, а вот способ по общему правилу определяется исполнителем.

Услуга в отличие от работы представляет собой действия или деятельность, осуществляемые по заказу, которые не имеют материального результата (например, деятельность хранителя, комиссионера, перевозчика, учителя и т. п.).

Таким образом, в отличие от определения вещи работа и услуга определяются с точки зрения покупателя.

Спецификой исследования рынка в целях применения антимонопольного законодательства является то, что при проведении анализа состояния конкуренции необходимо учитывать главное отличительное свойство объектов гражданских прав — объекты гражданских прав служат средством удовлетворения потребностей граждан и организаций путем совершения акта купли-продажи. Таким образом, товаром является все, что продается, на что есть спрос или что является предметом сделки купли-продажи, то есть все то, что с точки зрения покупателя (не производителя!) ему необходимо (полезно) и может быть приобретено за один акт купли-продажи [15].

Существующий юридический взгляд на товар в части вещи является позицией производителя, а рынок требует учитывать позицию покупателя. Для учета этого обстоятельства требуется не противоречащее Гражданскому кодексу уточнение понятия объекта гражданских прав, позволяющее включить в это понятие комплекты функционально дополняющих друг друга вещей, каждая из которых может быть и может не быть товаром (чайный сервиз, набор кухонной мебели под общим названием «кухня» и т. д.), комплекты вещей и услуг (сложное изделие и услуга гарантийного ремонта); наборы одинаковых вещей (оптовые партии), приобретаемых для перепродажи или производственного потребления; наборы или перечни различных вещей, работ, услуг, объединенных потребностью покупателя и приобретаемых совместно (оптовая партия нефтепродуктов, услуги погребения); результаты работ, особенно в строительстве, практически всегда включающие отдельные виды работ с различными тарифами (асфальтирование, отрыв котлована, траншеи, канала, вскрышные работы, перемещение грунта в отвал и пр.), сложные услуги, включающие отдельно тарифицируемые действия (управление многоквартирным домом, услуги в сфере ЖКХ) и пр.

Необходимое для анализа рынка уточнение понятия объекта гражданских прав сильно ограничивает возможность использования статистических и классификационных материалов при определении продуктовых границ рынков, т. к. все виды классификаторов товаров

³ Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61763/ (Дата обращения: 27.01.2020).

⁴ ГК РФ. Статья 128. Объекты гражданских прав (в ред. Федерального закона от 02.07.2013 № 142-ФЗ). http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/f7871578ce9b026c450f64790704bd48c7d94bcb/ (Дата обращения: 27.01.2020).

⁵ Большой юридический словарь. Ист. <http://GUFO.ME>. (Дата обращения: 27.01.2020).

и услуг осуществляют учет видов деятельности и результатов деятельности, то есть построены с позиции производителя. Поэтому использование классификаторов при определении продуктовых границ рынков целесообразно только в случае, если товаром является отдельно взятая вещь, классифицируемый результат работы или услуги, т. е. однородный товар, что позволяет искать продуктовую сопоставимость в рамках классификационной группы.

На основании изложенного предлагается включить в Закон о защите конкуренции и Порядок следующее определение товара, рынок которого исследуется в целях применения антимонопольного законодательства: *товар — объект гражданских прав (в том числе результат работы, услуга, включая финансовую услугу), определенный актом купли-продажи, обмена или иным способом введения в оборот.*

Товар, выявленный по акту купли-продажи, является объектом гражданских прав по определению, поскольку актом купли-продажи введен в товарооборот, реализуется как единое целое, на которое устанавливается цена предложения собственником этого товара. При этом для розничных и оптовых рынков подход к определению товара может быть различным, например, в случае, если на оптовом рынке приобретается какой-то набор вещей, а на розничном рынке эти вещи реализуются раздельно. Для оптового рынка, на котором продавец реализует наборы (перечни) в том числе не взаимозаменяемых товаров, эти наборы (перечни) должны в любом составе рассматриваться как товар, поскольку именно в таком составе эти товары приобретаются покупателем (например, АЗС — нефтепродукты), который уже на розничном рынке реализует их порознь или совместно в зависимости от спроса.

В случае, если на розничном рынке реализуются наборы различных товаров, это означает, что для выявления названия рынка, на котором работает продавец, необходимо обращение к более высокому уровню агрегации товаров, отражающему потребности покупателя. Рынок будет называться по потребности покупателя, которую удовлетворяет в данном случае набор различных товаров в соответствии с актом купли-продажи.

Рассмотрим этот тезис применительно к торговому объекту. Допустим, торговым объектом является булочная. Конкретный покупатель приобретает батон нарезной 22-го московского хлебозавода, другой покупатель — французский батон или рижский хлеб и т. д. Таким образом, на уровне розничной торговли в одной булочной приобретаются разные виды хлеба, сопоставимые по полезности, представляющие собой продуктовые границы товара «хлеб», *то есть взаимозаменяемые в рамках удовлетворения потребности покупателей в хлебе к обеду, для бутербродов*

и для другого использования. Но покупатели покупают не только разный хлеб, а кроме того — разные булочки, кексы, сухарики и т. д., например баранки домашние сдобные, бублик украинский, баранки ванильные, баранки горчичные, колечки посольские с морской солью, баранки посольские с маком и т. д. *Разные виды баранок представляют собой продуктовые границы товара «баранки», удовлетворяющего потребность покупателя в баранках к чаю.* То есть на уровне торгового объекта «булочная» можно рассматривать товар как набор дифференцированных (в соответствии с определением, предложенным Н. М. Розановой [1]) товаров, таких как изделия булочные, бараночные, сухарные, пироги, пирожки, пончики, изделия хлебобулочные сдобные, свежесдобный хлеб из ржаной муки и из смеси разных сортов муки, свежесдобный хлеб из пшеничной муки и пр. Все эти изделия с большой натяжкой можно рассматривать как взаимозаменяемые по вкусовым свойствам. Однако они обращаются на одном рынке, поскольку удовлетворяют потребность покупателя в разных хлебобулочных изделиях, приобретаемых в рамках одного акта купли-продажи. Название рынка должно охватить все виды рассматриваемых товаров булочной, которые удовлетворяют потребности разных покупателей в хлебе к обеду, булочке или кексе к чаю и пр., поэтому это будет рынок с более высоким уровнем агрегации, чем однородный товар типа батон нарезной 22-го московского хлебозавода или дифференцированный товар «хлеб», «баранки», «кексы». Конечно, если неправомерно повышена цена на упомянутый батон нарезной и существует система учета затрат, позволяющая выделить затраты торгового объекта, связанные с оборотом батона нарезного, то можно рассмотреть и рынок батона нарезного. Таким образом, булочная работает на рынке хлебобулочных изделий, которые представляют собой группу взаимозаменяемых товаров при удовлетворении потребности покупателей в разнообразных изделиях из пресного и дрожжевого теста в обед и к чаю, и на секторах этого рынка в виде рынков хлеба, кексов, сухарей и пр.

В сетевом магазине покупатели обязательно кроме хлебобулочных изделий приобретут что-то еще, скажем, говядину на суп и фарш для котлет, картофель и т. д. Каждый из этих товаров является обобщением группы взаимозаменяемых товаров, например мясо — это или говядина, или баранина, или свинина, крольчатина, конина (каждое из этих названий — тоже обобщение частей соответствующей туши). При этом каждый покупатель приобретает свой набор продуктов, так что набор не является типовым и не может рассматриваться как товар магазина. Для того, чтобы определить, на каком рынке работает сетевой магазин, нужно понять, какие потребности удовлетворяются при совершении акта купли-продажи. Для этого все эти про-

дукты необходимо объединить названием, являющимся более высоким уровнем агрегации и включающим взаимозаменяемые в быту товары. Это — продовольственные товары. Таким образом, сетевой магазин работает на рынке продовольственных товаров и на его секторах — рынках картофеля, свеклы, капусты, мяса и мясных полуфабрикатов, рыбы, морепродуктов и пр.

Но в сетевом магазине продают и другие товары, например товары для дома. Они не относятся к продовольственным товарам. Это значит, что сетевой магазин работает на рынке продовольственных товаров и на его сегментах, а также на рынке товаров для дома и на его сегментах и т. д.

Можно ли отыскать агрегацию, объединяющую все эти рынки и отражающую потребность покупателя? Скорей всего можно. Это что-то вроде магазина товаров повседневного спроса, отражающих типичные текущие бытовые потребности населения в регионе: городские текущие бытовые потребности или сельские, или иные, например, приморского или северного региона. В зависимости от того, на каком этапе торгового процесса в сетевом магазине выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства, рассматривается рынок дифференцированных товаров в виде рынков хлеба или мяса, или рыбы, или туалетной бумаги и т. д., или рынок продовольственных товаров, или рынок товаров для дома, или рынок товаров повседневного спроса.

При этом конкурирующие торговые объекты должны работать на одном рынке, то есть в каждом торговом объекте, введенном в перечень субъектов рынка, покупатель должен иметь возможность купить ту же продукцию. То есть для конкурирующих сетевых магазинов максимальные наборы товаров должны или совпадать, или быть взаимозаменяемыми.

На любом рынке сталкиваются и соотносятся, с одной стороны, потребительские (полезные) свойства товаров, а с другой — потребности покупателей, которые ожидают получения от товаров определенной пользы, то есть покупателей интересует полезность [16].

С позиции продавца потребительские свойства товара делают его полезным в предполагаемых продажах сферах использования.

С позиции покупателя товар удовлетворяет или не удовлетворяет вполне определенную его потребность. Формулировка потребности, которую удовлетворяет данный товар, существенно влияет на продуктовые границы товарного рынка.

3. Определение временного интервала исследования товарного рынка

Временной интервал исследования товарного рынка определяется в зависимости от цели исследования

и особенностей товарного рынка. *При исследовании товарного рынка в целях предупреждения и пресечения нарушений антимонопольного законодательства в качестве временного интервала должен рассматриваться ретроспективный период, т. к. именно в этот период создаются предпосылки для нарушения антимонопольного законодательства, осуществляется само нарушение, антимонопольный орган выявляет признаки нарушения, фиксируется факт нарушения. Все показатели для оценки ситуации на рынке с признаком нарушения антимонопольного законодательства могут и должны определяться по факту.* Естественно, что последствия нарушения, если они выходят за рамки рассматриваемого периода и подлежат анализу, могут определяться на перспективу. И в этом случае показатели, учитываемые при анализе, будут носить вероятностный характер.

В случае, если для целей исследования необходим учет условий, которые в будущем сложатся на рассматриваемом товарном рынке после совершения действий, за которыми осуществляется антимонопольный контроль, *в целях обоснования решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией, а также при решении вопросов о принудительном разделении (выделении) коммерческих и некоммерческих организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность, проводится перспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке.* Алгоритм проведения перспективного анализа должен оговариваться специально. Представляется целесообразной следующая последовательность действий:

- выявляется состояние конкуренции, существующее на момент проведения исследования,
- и анализируется изменение состояния конкуренции, определенное на момент проведения исследования, от воздействия подконтрольных действий на будущий период, в качестве которого из общих соображений может быть принят временной интервал, включающий как минимум всю последовательность операций производства вещи (производственный цикл) или операций по выполнению работы, оказанию услуги.

4. Определение продуктовых границ рынка

С учетом изложенного одним из первых вопросов, который необходимо решить при анализе товарного рынка в связи с нарушением антимонопольного законодательства, является выявление предметного содержания актов купли-продажи, при совершении которых обнаружены признаки нарушения антимонопольного законодательства.

О пределах использования теста «гипотетического монополиста» для целей антимонопольного регулирования

Предметное содержание акта купли-продажи необходимо рассматривать как товар, удовлетворяющий ту или иную, но определенную потребность определенного покупателя. Разные покупатели одного и того же товара, например сахара, могут удовлетворять разные потребности. Например, продуктовые границы рынка в случае приобретения сахара для варки варенья, включают только разные виды сахара и, может быть, мед, а в случае, когда сахар приобретается для чаепития, в качестве заменителей для отдельных случаев могут рассматриваться и другие сладости, например конфеты. Поэтому вторым шагом при анализе товарного рынка является описание и классификация потребностей покупателей, которые действуют на этом рынке. В случае, если существуют группы покупателей, потребности которых различны, удовлетворяются разной номенклатурой товаров, но включающей рассматриваемый, необходимо относить этих покупателей к разным рынкам по признаку различия продуктовых границ.

Группа товаров, удовлетворяющих в рассматриваемом временном интервале одинаковую потребность в допустимых с точки зрения покупателя пределах, образует группу взаимозаменяемых товаров.

Продуктовые границы товарного рынка представляют собой список товаров, удовлетворяющих с точки зрения покупателя одинаковую потребность, определенный для установленного временного интервала и условий реализации и включающий рассматриваемый товар.

Условиями реализации товара являются формы, которые принимает объект гражданских прав при совершении актов купли-продажи. Условия реализации товаров определяют тип рынка: оптовый (первый оптовый, второй оптовый и т. д.), мелкооптовый, розничный. Условия реализации товара могут влиять на цены реализации единицы товара, состав продавцов и покупателей, географические границы рынка, часто связаны с удовлетворением различных потребностей. Поэтому определенные как разные, условия реализации товара в принципе могут определять разные товарные рынки.

Продуктовые границы рынка ориентированы на покупателей и определяются исключительно путем опроса этих покупателей. Все остальные методы поиска сопоставимых товаров носят лишь информационный характер.

Опрос покупателей должен производиться с максимальным приближением к факту, т. е. к реальной ситуации, по времени не выходящей за пределы рассматриваемого временного интервала, что может быть достигнуто примерно следующими вопросами:

Случай производственного потребления: каким товаром и какого производителя вы могли бы заменить рассматриваемый товар, необходимый для производства вашей продукции, чтобы остаться на рынке в случае *изъ-*

ятия рассматриваемого товара из обращения в период действия контракта на поставку в рассматриваемый промежуток времени (в том числе при наличии допустимых с вашей точки зрения дополнительных затрат на замену и (или) допустимой с вашей точки зрения потери части прибыли)?

Случай конечного потребления: каким товаром и какого производителя вы могли бы для удовлетворения вашей потребности заменить рассматриваемый товар в случае его *изъятия* из обращения в рассматриваемый промежуток времени?

Данные вопросы позволяют выявить фактические взаимозаменяемые товары в период совершения нарушения антимонопольного законодательства, существенно облегчают задачу респондента, поскольку полное изъятие из обращения необходимого товара формирует четкую картину его замены из круга существующих в рассматриваемый промежуток времени товаров, близких по функциональному назначению и, в частности, известных инженерному составу производителя (при производственном потреблении).

5. Определение географических границ товарного рынка

При определении географических границ рынка существенным обстоятельством является ответ на вопрос: продавец движется к покупателю или покупатель движется к продавцу?

Случай движения продавца к покупателю. Этот случай отличается наличием договора поставки, или накладной, или другого документа с указанием покупателя и его реквизитов, в том числе местоположения. В свете изложенного определение географических границ рынка осуществляется методом установления фактических районов продаж на основе анализа договоров поставки. Базовым регионом, в отношении которого определяют все показатели для анализа рынка, является регион, в котором дислоцируется хозяйствующий субъект — нарушитель (или потенциальный нарушитель) антимонопольного законодательства. Для базового региона определяются все поставщики продукции. Назовем их базовые поставщики и внешние поставщики. Анализируются договоры поставки базовых поставщиков и фиксируются все регионы поставки их продукции.

Необходимо исходить из того, что в рамках географических границ рынка каждый покупатель может купить продукцию каждого поставщика. Поэтому при наличии поставок базовых поставщиков в регионы внешних поставщиков эти регионы внешних поставщиков включают в географические границы рынка.

Для выявления всех поставщиков продукции в базовый регион может быть осуществлен опрос покупателей продукции хозяйствующего субъекта-нарушите-

ля (потенциального нарушителя), которым в базовом регионе необходимо задать сформулированный в разделе 4 вопрос. По результатам опроса будут выявлены поставщики в базовый регион, в том числе из других регионов.

Случай движения покупателя к продавцу характеризуется, как правило, отсутствием договоров поставки. Это продовольственные и прочие магазины, АЗС, аптеки и другие торговые объекты, в которых акт купли-продажи совершается кассовым аппаратом. Откуда пришли покупатели, заранее неизвестно, и кассовый чек этой информации не несет. Поэтому географические границы должны существенно опираться на опрос покупателей с учетом специфики торговли и дислокации торговых объектов с аналогичным товаром. Предложенные алгоритмы не относятся к случаю движения покупателя к продавцу. Анализ этого случая требует иных подходов. Ниже рассмотрен наиболее простой пример возможного подхода без применения «теста гипотетического монополиста».

Исходим из предположения, что покупатель при одинаковом наборе товаров в рассматриваемых торговых объектах будет покупать их в ближайшем торговом объекте. В этом случае можно рекомендовать определение географических границ в три этапа.

Первый этап — это предварительное включение в географические границы территории в виде круга с центром в точке местоположения торгового объекта-нарушителя (потенциального нарушителя) и радиусом, равным половине расстояния до наиболее дальнего торгового объекта с аналогичным набором товаров.

Второй этап — выявление всех конкурирующих торговых объектов (с аналогичным набором товаров) в пределах этого круга. Ранжирование их по расстоянию от торгового объекта нарушителя (потенциального нарушителя).

Третий этап — опрос покупателей в торговом объекте-нарушителе (потенциальном нарушителе) с целью получения информации о том, покупали ли они в течение рассматриваемого временного интервала товары в наиболее дальнем торговом объекте и последовательно (с учетом ранжирования) — в торговых объектах, расположенных ближе к нарушителю (потенциальному нарушителю). Радиус окружности, определяющей предварительные географические границы, корректируется на выявленное расстояние с массовым включением покупателями (% от опрошенных должен быть утвержден нормативным документом) торговых объектов в список используемых для удовлетворения своих потребностей.

Развитие и уточнение изложенных положений, введение их в практику позволит приблизить модель товарного рынка, используемую в процессе анализа, к реальной структуре рынка с отражением специфики товародви-

жения, несколько снизить вероятностный уровень результатов за счет приближения исходных данных к фактическим значениям, имевшим место в рассматриваемый промежуток времени, что приведет к повышению обоснованности доказательной базы предупреждений и возбужденных дел. ■

Литература

1. Розанова Н. М. Теория отраслевых рынков: Учебник для академического бакалавриата. М.: Юрайт, 2016.
2. Макашева Н. П. Экономика отраслевых рынков: Методические материалы. Томск, Томский гос. ун-т, международный факультет управления, 2005.
3. Сычева А. В., Максимова О. Н., Экова В. А. Теория отраслевых рынков (продвинутый курс). Волжский, 2017.
4. Князева И. В. Специфические характеристики рынка услуг и особенности определения релевантного товарного рынка для целей антимонопольного правоприменения // Российское конкурентное право и экономика. 2018. № 3. С. 62—69.
5. Князева И. В. Проблемные положения и рекомендации по использованию теста гипотетического монополиста (SSNIP-тест) для анализа дел, связанных с односторонним поведением компаний // Конкурентное право. 2016. № 2. С. 3—10.
6. Гагарина И. В. Методологические проблемы определения релевантного рынка при осуществлении государственной конкурентной политики // Известия УрГЭУ. 2018. Т. 19. № 2. С. 88—100.
7. Гагарина И. В. Методологические подходы к экономическому анализу при оценке состояния конкуренции на рынке, применяемые антимонопольными органами при реализации государственной конкурентной политики // Вестник Тюменского гос. ун-та. Социально-экономические и правовые исследования. 2019. Т. 5. № 3 (19). С. 204—217.
8. Варламова А. Н., Сикачева О. О. Конкуренция и отраслевые товарные рынки: решение проблемы определения границ рынка органических товаров // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 11. С. 100—104.
9. Рохлин А. А. Проблемы антимонопольного регулирования транспортной инфраструктуры в условиях конкурентных рынков // Закон. 2018. № 12. С. 115—127.
10. Корников Н. К. Экономический анализ, проблемы с практическим применением ТГМ // Инновационная экономика и право. 2017. № 4 (9). С. 112—114.
11. Фомина И. М. Методические вопросы анализа рынка образовательных услуг // Российское конкурентное право и экономика. 2011. № 1. С. 42—54.

О пределах использования теста «гипотетического монополиста» для целей антимонопольного регулирования

12. Полищук А. В. Горшкова Е. А. Институт анализа рынков: в ногу со временем // Российское конкурентное право и экономика. 2015. № 3. С. 28—33.
13. Пружанский В., Ян Петер ван дер Веер. Определение границ товарных рынков вторичных товаров // Конкуренция и право. 2011. № 5.
14. Алешин Д. А. Новые подходы ФАС России к анализу товарных рынков: применение теста гипотетического монополиста // Анализ товарных рынков в антимонопольном регулировании. Технологии и алгоритмы / Под ред. Д. А. Алешина. М.: ФАС России, Маркет ДС Корпорейшн, 2007. С. 5—19.
15. Хайман Д. Н. Современная микроэкономика: анализ и применение: в 2 т. М.: Финансы и статистика, 1992.
16. Концентрация производства: условия, факторы, политика / Бюро экон. анализа [Л.А. Валитова и др.]. М.: ТЕИС, 2001. 335 с.

Сведения об авторе

Фомина Изabella Михайловна: кандидат экономических наук, заслуженный экономист Российской Федерации, ведущий эксперт ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: 7 (499) 755-23-23

E-mail: fom@fas.gov.ru

УДК 332

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Факторы формирования конкурентоспособности регионов

Шихсаидов Ш. М.,
ФАС России,
г. Москва

Аннотация

Конкурентоспособность страны не может быть достигнута при низкой конкурентоспособности регионов, входящих в ее состав. Таким образом, регионы фактически определяют социально-экономические процессы, проводимые в государстве, а государство в свою очередь проводит настройку факторов, определяющих развитие региона. В статье выявляются факторы, влияющие на развитие конкурентоспособности регионов, и механизмы регулирования данных факторов.

Научная новизна: раскрыто содержание понятия конкурентоспособности региона, выявлены факторы, мешающие полноценному и однородному развитию конкурентного потенциала регионов, определен комплекс мероприятий, направленных на повышение региональной, в частности, и национальной конкурентоспособности российской экономики.

Ключевые слова: конкуренция, конкурентоспособность регионов, деловой климат регионов, инвестиции, региональная экономика.

Factors of regional competitiveness formation

Shamil M. Shikhsaidov,
FAS Russia,
Moscow

Annotation

A country's competitiveness cannot be achieved if the competitiveness of its constituent regions is low. Thus, the regions actually determine the socio-economic processes carried out in the state, and the state, in turn, adjusts the factors that determine the development of the region. The article identifies the factors that influence the development of regional competitiveness and the mechanisms for regulating these factors.

Scientific novelty: the content of the concept of competitiveness of the region is revealed, factors preventing the full and homogeneous development of competitive potential of the regions are identified, a set of measures aimed at improving the regional, in particular, and national competitiveness of the Russian economy is defined.

Keywords: competition, regional competitiveness, regional business climate, investment, regional economy.

*Наиболее эффективное средство
для достижения и обеспечения
благополучия — конкуренция.*

Л. Эрхард

Концепция конкурентоспособности регионов постоянно находится в центре внимания ученых, политиков и предпринимателей. Конкуренция регионов — многомерное понятие, которое включает конкуренцию между регионами одной страны, конкуренцию с регионами других стран, конкуренцию макрорегионов — объединение ряда стран. Присущая современному экономическому развитию глобализация приводит к стиранию государственных границ в экономических взаимодействиях, к увеличению мобильности капиталов и ресурсов, распространению единых стандартов, и в связи с этим особую актуальность для разработки долгосрочной стратегии управления регионами приобретает разработка инструментария анализа и оценки конкурентоспособности региона. Конкурентоспособность — явление, производное от конкуренции, под которой в общем смысле понимается способность субъектов конкурировать за ресурсы. Известный исследователь в области конкурентоспособности профессор Гарвардского университета М. Портер, рассматривая сущность конкуренции между регионами, связывает территориальную конкуренцию со способностью промышленности региона вводить новшества и модернизироваться. Различия в региональных ценностях, культуре, структуре экономики, в существующих организациях и историческом развитии, по его мнению, вносят вклад в достижение успешной конкуренции конкретного региона. Портер определяет конкурентоспособность региона как более высокую продуктивность (производительность) использования региональных ресурсов, в первую очередь рабочей силы и капитала, по сравнению с другими регионами, которая интегрируется в величине и динамике валового регионального продукта на душу населения (и/или одного работающего), а также выражается другими показателями. Конкурентоспособность региона — это способность региональных и муниципальных властей привлечь и эффективно использовать привлеченные и собственные ресурсы в целях устойчивого социально-экономического развития и обеспечения роста благосостояния населения региона, а также способность субъектов экономической деятельности, расположенных в регионе, производить товары и услуги, реализуемые как на внутреннем, так и на международных рынках. Как экономическая категория, конкурентоспособность региона выражает совокупность отношений между регионами по поводу экономических ресурсов и потребителей в условиях конкурентного взаимодействия с другими регионами. К базовым признакам конкурентоспособности относятся: наличие у региона развитой системы производительных

сил, включающей в себя природные богатства, географическое положение, наличие инфраструктуры, научный потенциал, наличие высокотехнологичных предприятий, что создает общий уровень технико-технологического обеспечения хозяйствования в регионе, степень развитости человеческого капитала, обеспеченность высоким уровнем жизни населения, эффективное использование административного ресурса, низкие административные барьеры и возможность эффективно реализовать имеющийся потенциал.

Процесс развития конкурентоспособности регионов проходит в отечественной экономике в условиях сложных трансформационных процессов. На сегодня можно констатировать факт недостижения целеполаганий Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г. практически по всем параметрам, включая территориальное развитие страны¹. В связи с этим актуальной задачей являются обоснование научно-методических положений и практических рекомендаций для решения задач оценки и анализа конкурентоспособности региона и поиск новых источников роста региональных экономик.

В свою очередь, основные показатели, определяющие конкурентоспособность, такие как: ВРП на душу населения, производительность труда, административный ресурс и инвестиции, то есть в наибольшей степени связанные с деятельностью общества, в разных регионах показывают разнонаправленную динамику, как в относительных, так и в абсолютных величинах. Говоря о конкурентоспособности регионов, следует выделить одну из основных особенностей российской экономики, а именно неоднородность финансового состояния регионов, приводящую к усилению соперничества между ними, то есть к межтерриториальной конкуренции. Конкурентоспособность региона является одной из основных характеристик эффективности функционирования территории. И если согласно мировой практике конкурентные позиции выигрывают в настоящее время регионы, которые независимо от природных богатств, финансовых и человеческих ресурсов проектируют свое развитие на основе опережающей стратегии всесторонней устойчивости, то в российской действительности конкурентные преимущества имеют сырьевые регионы и городские агломерации.

Соответственно, неоднородность развития российских регионов обусловлена географическим расположением добывающих отраслей, урбанизацией ресурсов, слабо развитой инфраструктурой, структурной специализацией и наличием институциональных барьеров. Кроме

¹ Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 28.09.2018) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» // Собрание законодательства РФ. 24.11.2008. № 47. Ст. 5489 (Дата обращения: 20.03.2020).

того, отсутствие среднесрочной программы социального и пространственного развития страны, засилье недобросовестной конкуренции, коррупция, нерациональное распределение налогов, непрозрачность распределения трансфертов, финансовая необеспеченность декларируемых центром программ также негативно сказываются на прогрессирующем разрыве в социальном и экономическом развитии регионов. Подобное положение чревато высокой разницей доходов населения, порождением очагов бедности и, как следствие, социальным напряжением. Кроме того, регионы, принимающие ресурсы, выбрав все возможное у соседей, со временем сами превратятся в доноров, и есть риск заполучить 80% территории с «выжженной» землей и несколько развитых агломераций. И здесь необходима не только политическая воля для принятия федеральным центром программ по поддержке городов-центров и крупных агломераций, распространяющих инновации на периферию, но и выработка мер, направленных на улучшение человеческого капитала и институтов, развитие инфраструктуры, продуманная политика по использованию ресурсных преимуществ для привлечения новых технологий добычи и переработки сырья, механизмы комплаенса.

Закон конвергенции, действующий для отдельно взятых стран, можно напрямую использовать при исследовании факторов, сдерживающих выравнивание российских регионов. Инвестиционный и человеческий капитал аккумулируется в крупных городах и районах с развитыми добывающими отраслями. Россия занимает второе место в выборке стран ОЭСР [1] и стран с формирующимся рынком с точки зрения вариативности ВРП, что близко по значениям к Индонезии, Мексике или Чили. Кроме того, проблема разности экономических потенциалов актуальна и в самих регионах. Столичные районы Москва и Санкт-Петербург, а также некоторые богатые природными ресурсами регионы на севере и востоке генерируют самые высокие доходы, в то время как некоторые европейские и южные, а также южно-сибирские регионы входят в состав беднейших. По прогнозам Счетной палаты, Москва и Петербург к 2025 г. составят 40% ВВП страны (на 2018 г. — 32%).

Одна из причин регионального неравенства ВРП в России кроется в производительности. Региональные различия в производительности труда в России обусловлены тремя факторами:

- 1) разрыв между городом и деревней, который усугубляется слабой транспортной инфраструктурой;
- 2) сильные агломерационные эффекты и интеграция в глобальные производственно-сбытовые цепочки, ограниченные мегаполисами;
- 3) географическая концентрация природных ресурсов.

Эти факторы способствуют неравномерному использованию физического и человеческого капитала по всей стране, что в свою очередь сдерживает процессы диффузии между регионами и замедляет ход конвергенции.

В конечном счете неудивительно, учитывая площадь России, что география играет свою роль: расстояние до европейского рынка отрицательно коррелирует с ВРП на душу населения.

Разрыв в производительности между ведущими и остальными регионами особенно поразителен. Производительность труда в Москве, по заявлению мэра Москвы С. С. Собянина, в 2,5 раза превышает среднее значение по стране [2]. Приятные исключения — Санкт-Петербург и Екатеринбург. В целом высокопроизводительные предприятия фактически сосредоточены в нескольких крупных мегаполисах, предполагающих сильную агломерационную экономику, не подразумевающую передачу технологий на периферию, и причины здесь следующие. Москва и Санкт-Петербург — субъекты Федерации, со всеми вытекающими полномочиями и распределением ресурсов, а федеральная власть принимает один за другим законы, перераспределяющие потоки ресурсов в пользу федерального центра, а в пределах регионов — в пользу регионального бюджета. В то же время важнейшими направлениями пространственного развития должны являться точки роста, которые улучшают условия для распространения инноваций из городов-центров на периферию. Добавив развитие инфраструктуры, человеческого капитала и институтов, можно повысить конкурентоспособность малых и средних городов.

География распределения природных ресурсов является еще одним ключом для объяснения неоднородности конкурентного потенциала регионов. Добыча, на которую приходится около 10% ВВП России и около 75% экспорта в 2018 г., сосредоточена в отдаленных регионах с низкой плотностью населения, недостаточной инфраструктурой и в целом враждебным климатом. Семь регионов, составляющих менее 3% населения России, добывают 75% нефти и 90% природного газа [3], а также наиболее ценные полезные ископаемые. Занятость и активность в этих регионах выше среднероссийских. Топ-10 регионов производят почти 50% ВВП страны. Производительность труда, заработная плата, ВРП и привлекаемые инвестиции в нефтедобывающих регионах выше, чем в крупных городах, а колебания цен на нефть мало влияют на регионы — производители нефти, что свидетельствует о том, что налоговая и трансфертная система России в значительной степени амортизирует ценовую волатильность на сырьевые товары.

Наконец, разрыв между городом и деревней может также объяснять различия межрегиональной производительности. Производительность труда в сельских районах на 40% ниже, чем в среднем по стране, отчасти из-за низкой производительности труда в сельском хозяйстве.

В то же время сельская картина более разнообразна. В некоторых сельскохозяйственных регионах, особенно на юго-западе России, хорошая почва и близость

к потребительским рынкам обеспечивают высокую производительность и подушевой региональный ВРП ближе к среднероссийскому уровню. Другие регионы, особенно в Южной Сибири, имеют мало конкурентных преимуществ как в сельском хозяйстве, так и в промышленности. Им не хватает инфраструктуры для получения доступа в европейскую часть России, а торговые барьеры ограничивают потенциал экспорта на соседние азиатские рынки.

Как показано выше, экономическая география играет важную роль в объяснении региональных моделей ВРП в России. Но оставить все как есть было бы слишком фаталистично. Такие факторы, как образование, инфраструктура, инновации, инвестиции, институциональная среда и интеграция в глобальные производственно-сбытовые цепи, также могут влиять на ВРП, и эти факторы поддаются влиянию.

Прямые иностранные инвестиции, инновации и доступ к финансированию положительно влияют на конкурентоспособность регионов. Прямые иностранные инвестиции являются показателем региональной интеграции в глобальные производственно-сбытовые цепи, распространения технологий и повышения производительности. Поэтому регионы активно конкурируют в борьбе за инвестора, что в свою очередь формирует инвестиционный климат страны и ее конкурентоспособность на международном рынке. Именно конкурентоспособность на рынке капитала, или инвестиционная конкурентоспособность, определяет уровень инвестиционного обеспечения территории и возможность ее развития по «инвестиционно-инновационному» пути. Один из основных факторов, сдерживающий инвестиционную активность подавляющего большинства российских регионов, — острый дефицит собственных финансовых ресурсов и, как следствие, невозможность формирования бюджета развития. Его основные причины:

- 1) налоговые нормативы, в соответствии с которыми большая часть налоговых доходов, собранных в регионе, перечисляется в центр;

- 2) целевое предназначение субсидий, субвенций и дотаций, которые направляются из центра в регионы почти исключительно на финансирование социальных нужд, очень слабо учитывая инвестиционные потребности территорий.

Предложения по преодолению этого дефицита таковы:

- 1) перейти от сверхцентрализации в управлении и бюджетировании к децентрализации, с повышением прозрачности распределительной политики, направленной на выравнивание региональных потребностей;

- 2) создать для регионов равные условия в доступе к федеральным ресурсам на основе нормативов бюджетной обеспеченности, развитие конкурсного финансирования;

- 3) позволить регионам в ряде случаев перенаправлять средства федеральной поддержки с решения со-

циальных задач на решение инвестиционных (например, в случае экономии или неустребованности социальных расходов);

- 4) значительно увеличить масштаб финансирования федеральных программ и институтов, ориентированных на поддержку (целевые субсидии, софинансирование, гранты и т.д.) инвестиционной деятельности регионов.

Проводя свою инвестиционную политику по существующим правилам, регионы часто вступают в конкуренцию друг с другом даже в тех случаях, когда межрегиональное сотрудничество выгоднее. В результате продвигаются проекты, для которых заведомо не хватает территориальных ресурсов или емкости потенциальных рынков. Кроме того, в конкурентной борьбе регионы вынуждены «демпинговать», предлагая потенциальным инвесторам как можно больший объем льгот и подрывая таким образом доходы своего бюджета. Необходимо усилить федеральную экспертную поддержку региональных инвестиционных программ и проектов. Это можно сделать, воссоздав систему патронируемых государством экспертных советов, куда регионы могли бы бесплатно для себя отдавать на рассмотрение свои проекты с целью получения рекомендаций. Наличие института государственной экспертизы поспособствует повышению качества инвестиционных проектов, в том числе региональных, и уменьшит масштабы нерациональной межрегиональной конкуренции.

Успешность конкурентоспособной политики региона является достижением всех стейкхолдеров: инвесторов, производителей, населения, финансовых и образовательных институтов. Но объединять, находить баланс, гасить общестрановые риски, обеспечивать равенство и создавать условия для развития — это прерогатива регионального руководства. Предполагается, что власти регионов, конкурируя за привлечение мобильных экономических ресурсов, более эффективно используют общественные финансы и создают благоприятную среду для бизнеса и населения. Государство остается одним из важнейших игроков в пространстве регионального развития, обеспечивая поставку определенных общественных благ (безопасность, обеспечение верховенства закона, правосудия, здравоохранения, денежной системы, макроэкономической и финансовой стабильности, международных отношений и т.д.), а также товаров и услуг, имеющих фундаментальное значение для развития (водоснабжение, здравоохранение, транспорт, телекоммуникации, энергетика, научные и технические исследования и разработки и т.д.). При этом государственные органы должны быть оперативными, ориентированными на интересы людей, прозрачными, ответственными и эффективными, опирающимися в необходимых случаях на негосударственные организации. От вовлеченности административного ресурса в развитие региона зависит деловой и инвестицион-

ный климат, наличие преференций для бизнеса в виде создания свободных экономических зон, развитие государственно-частного партнерства, развитие человеческого капитала, участие в федеральных программах и распределении бюджета. Зачастую именно от диалога региональной администрации и крупного бизнеса зависит география размещения производства и последующее ответственное ведение бизнеса, включающее в себя: экологию, уплату налогов, обеспечение надлежащих условий для трудящихся, поддержание условий справедливой конкуренции, борьбу с коррупцией, распространение достижений в науке и технике.

В качестве гаранта здоровой рыночной среды в регионах выступает Стандарт развития конкуренции², посредством региональных «дорожных карт» нивелируя роль государства на товарных рынках, что положительно сказывается на конкурентоспособности регионов.

В свою очередь, высокая доля участия государства в экономике не позволяет развернуться малому и среднему предпринимательству (МСП), что также понижает конкурентоспособность регионов. Неравномерное экономическое развитие регионов является следствием неравномерного развития малого и среднего предпринимательства. По количеству малых и средних предприятий с существенным отрывом лидируют Центральный и Приволжский федеральные округа.

Данные Федеральной налоговой службы по МСП, в разрезе округов, на 10.08.2019:

Центральный федеральный округ — 1 742 049 субъектов МСП;

Приволжский федеральный округ — 1 018 746 субъектов МСП;

Южный федеральный округ — 682 347 субъектов МСП;

Северо-Западный федеральный округ — 665 405 субъектов МСП;

Сибирский федеральный округ — 604 596 субъектов МСП;

Уральский федеральный округ — 490 446 субъектов МСП;

Дальневосточный федеральный округ — 299 632 субъекта МСП;

Северо-Кавказский федеральный округ — 187 542 субъекта МСП.

МСП оказался зажат в тиски между подминающим под себя рынки крупным бизнесом, высокими расходами на ведение дела и низкой платежеспособностью населения. Программу по импортозамещению следовало бы сделать более обширной и сориентировать МСП в первую очередь на экспорт. Для сравнения, в настоящее время экспортируют всего 0,5% россий-

ских предприятий МСП, в то время как в Германии этот показатель превышает 30%, в Японии достигает 70% [4]. Кроме того, региональным властям следует активно лоббировать участие МСП в качестве поставщиков крупным производителям, в производственной цепочке с высокой добавленной стоимостью. Исходя из целей укрепления национальной экономики и дальнейшего развития конкуренции, Указом Президента Российской Федерации³ обеспечение развития малого и среднего предпринимательства определено как один из факторов совершенствования государственной политики по развитию конкуренции.

Необходимо привлекать ПИИ в виде технологий, для создания совместных предприятий с малым и средним бизнесом. Для этого следует на региональном уровне разработать механизм гарантий инвестору. У нас создано достаточное количество специальных зон, предоставляющих участникам налоговые льготы, и этим активно пользуются инвесторы. Разумеется, это хорошо, что создаются рабочие места и увеличивается налогооблагаемая база, но зачастую инвесторы заинтересованы в экспансии на внутреннем рынке, в реализации своей продукции на мировых рынках, и при этом не идет речь о приобщении к технологиям, структурным сдвигам в экономике региона. Следовало бы ранжировать инвесторов по принципу, насколько инвестор экспортоориентирован, готов реинвестировать прибыль в основные средства, вкладываться в инфраструктуру, и уже в зависимости от этих показателей предоставлять инвесторам преференции. География размещения инвестора должна определяться кластерами, имеющимися или планируемыми в том или ином регионе. Кластеры — сообщества фирм, тесно связанных отраслей, являются точками роста внутреннего рынка, взаимно дополняя друг друга и способствуя росту конкурентоспособности за счет синергетического эффекта. Кластерный подход может быть использован в целях достижения роста экономики и снижения «отсталого» состояния дотационных регионов, комплексного развития одного или нескольких субъектов Российской Федерации, формирования саморегулирования экономики субъекта Российской Федерации в отдельных отраслях: производственной, аграрной, строительной и т. д. [5]. Преимущества кластерной организации экономики заключаются, по мнению ученых, в обеспечении эффективности управления инвестициями, повышении инновационного потенциала отрасли и территории, стимулировании предпринимательства, предоставлении льгот в адресном порядке, повышении конкурентоспособности региона, создании новых рабочих мест [6].

² Стандарт развития конкуренции в субъектах Российской Федерации. Утв. расп. Правительства РФ от 5 сентября 2015 г. № 1738-р. // Собрание законодательства РФ. 14.09.2015. №37. Ст. 517 (Дата обращения: 20.03.2020).

³ Указ Президента РФ от 21 декабря 2017 г. № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 25.12.2017. № 52 (часть I). Ст. 8111 (Дата обращения: 20.03.2020).

Необходимо привлекать малый бизнес в государственно-частное партнерство. Инвестиции государства в экономику зачастую неэффективны, т. к. чиновник не может оценить конъюнктуру рынка и существующие риски лучше, чем бизнес. По этому поводу однозначное мнение выразил руководитель Федеральной антимонопольной службы И. Ю. Артемьев: «Если говорить об инвестициях, то здесь речь идет о том, чтобы частные компании пришли в те сектора экономики, где сейчас государство занимает доминирующую позицию. Тогда частные компании будут вкладывать средства в эти отрасли» [7]. Кроме того, это способствовало бы, с одной стороны, привлечению инвестиций, с другой — снятию с регионального бюджета затрат на дальнейшее содержание и обслуживание введенных объектов. Следует на законодательном уровне более четко определить правила игры по концессионным соглашениям.

Каждому региону необходимо провести аудит локальных нормативно-правовых актов на предмет выявления административных барьеров. Необходимо пересмотреть политику льготного кредитования. На сегодня предприятия, не имеющие ликвидного залога, остаются за бортом действующих программ с невысокими кредитными ставками. Недофинансированные предприятия лишены возможности обновлять основные средства, наращивать объемы и расширять линейку продукции, что тормозит процесс развития конкуренции на рынках. Региональные венчурные фонды могли бы помочь решению проблем финансирования. Подобные меры при работе с инвесторами способствовали бы поднятию уровня конкурентоспособности регионов.

Следует различать конкурентоспособность производителей в отрасли и на рынке. Если конкурентоспособность производителей на рынке непосредственно связана с уровнем удельных издержек, то конкурентоспособность в рамках отрасли — с дополнительным фактором — выбором специализации, адекватно отражающим сравнительные преимущества производителя. В свою очередь, конкурентоспособность региона предполагает включение наряду с факторами издержек и специализации также и институциональных условий производства, что должно приводить к дифференциации издержек производителя ввиду не только естественных сравнительных преимуществ или преимуществ в организации, но вследствие различий в издержках, сопряжен-

ных с соблюдением обязательных требований, установленных государством (на федеральном и региональном уровнях).

Подводя итог исследованию, можно сделать вывод, что конкурентоспособность регионов представляет собой важный фактор как уровня экономического развития, так и уровня жизни населения в соответствующем регионе. Конкурентоспособность региона зависит от множества факторов, которые поддаются теоретической классификации.

Повышение конкурентоспособности региона — важная и комплексная задача экономической политики как на федеральном, так и на региональном уровнях, конкурентоспособность регионов — это ключ к развитию конкурентоспособности страны на мировом рынке. ■

Литература

1. Доклад ОЭСР. Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes © OECD 2017.
2. Собянин: производительность труда в Москве в 2,5 раза выше среднего значения по России. Электронный ресурс. <https://tass.ru/ekonomika/4759068>.
3. Росстат. Электронный ресурс. <http://rosstatistika.ru/>.
4. Центр стратегического развития. Электронный ресурс. <https://www.csr.ru>.
5. Гасумянова А. В. Правовой режим предпринимательства в особых экономических зонах Российской Федерации. СПб.: Изд-во СПбГУЭФ, 2010.
6. Дидикин А. Б., Юдкин А. В. Закон о промышленной политике в России. Экспертный комментарий. М.: Фонд «СЭЦ “Модернизация”», 2015. 40 с.
7. Игорь Артемьев: развитие конкуренции никогда не навредит экономике. Электронный ресурс: <https://tass.ru/interviews/5244944>

Сведения об авторе

Шихсаидов Шамиль Музакирович: кандидат экономических наук, заместитель начальника Контрольно-финансового управления ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: +7 (499) 755-23-23

E-mail: shikhsaidov@fas.gov.ru

УДК 342.4, 342.92, 342.95, 330.341, 340.34.01

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Арктическая зона России: перспективная модель регулирования предпринимательской деятельности и проблемы развития конкуренции

Башлаков-Николаев И. В.,

МГОУ, Ассоциация
антимонопольных экспертов,
г. Москва

Аннотация

В статье рассматриваются проблемы ограничения и развития конкуренции в Арктической зоне Российской Федерации, связанные с использованием специфической модели регулирования предпринимательской деятельности. По мнению автора, данная модель, с одной стороны, требует предоставления льгот и преференций для хозяйствующих субъектов, планирующих и осуществляющих инвестиционную деятельность в Арктической зоне, а с другой — введения различных административных барьеров, ограничивающих выбор порядка и способа ведения предпринимательской деятельности. Указанные барьеры и ограничения в способах ведения предпринимательской деятельности могут приводить к ограничению конкуренции между участниками одних и тех же товарных рынков (конкурентами). Кроме того, ограничения в способах предпринимательской деятельности не могут считаться оправданными с точки зрения конституционных норм, регулирующих свободу экономической деятельности и основания введения ее ограничения. В целях предотвращения негативных последствий реализации предложенной Минвостокразвития России модели регулирования предпринимательской деятельности предлагается перейти от организационно-структурного подхода к функциональному, основанному на возрастающей возможности обработки больших массивов информации и эффективного взаимодействия с налоговыми и иными органами.

Ключевые слова: Арктическая зона Российской Федерации, конкуренция, административный барьер, преимущество, предпринимательская деятельность, ограничение конкуренции, свобода экономической деятельности.

Arctic Zone of Russia: promising business regulation model and problems of competition development

Igor V. Bashlakov-Nikolaev,

MRSU, Association
of Antitrust Experts,
Moscow

Annotation

The article discusses the problems of limiting and developing competition in the Arctic zone of the Russian Federation related to the use of a specific model for regulating entrepreneurial activity. According to the author, this model, on the one hand, requires the provision of benefits and preferences for business entities planning and carrying out investment activities in the Arctic zone, and on the other hand, the introduction of various administrative barriers that limit the choice of the order and method of doing business. The indicated barriers and restrictions in the ways of conducting business can lead to restriction of competition between participants in the same product markets (competitors). In addition, restrictions on the methods of entrepreneurial activity cannot be considered justified from the point of view of constitutional norms governing the freedom of economic activity and the grounds for introducing its restrictions.

In order to prevent the negative consequences of the implementation of the proposed model for the regulation of entrepreneurial activity by the Ministry for the Development of Russia, it is proposed to switch from an organizational and structural approach to a functional one based on the increasing ability to process large amounts of information and effective interaction with tax and other bodies.

Keywords: *Arctic zone of the Russian Federation, competition, administrative barrier, advantage, entrepreneurial activity, restriction of competition, freedom of economic activity.*

Проблемам нормативного правового регулирования экономической деятельности в Арктической зоне Российской Федерации (далее — Арктическая зона, АЗ) посвящено значительное число научных публикаций [1, с. 16; 2, с. 23].

Основу правового регулирования и развития Арктической зоны в настоящее время составляют Основы государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 г. и дальнейшую перспективу, утвержденные Президентом РФ 18 сентября 2008 г. № Пр-1969¹, «Стратегия развития Арктической зоны Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 года»², утвержденная Президентом РФ [3, 12]. При этом отмечается фрагментарность такого регулирования [7, 18].

Однако специалисты указывают, что Арктическая зона требует государственной поддержки и особого правового регулирования с использованием накопленного опыта и учетом региональных особенностей экономики АЗ [4, 23]. Они выражают надежду, что в ближайшее время появится законодательный акт, который урегулирует все аспекты деятельности в Арктической зоне, включая надежные механизмы безусловного приоритета «сбережения хрупких арктических экосистем» [5, 18]. В качестве приоритетов в регулировании называются вопросы климата в Арктике, вопросы экологии, интересы

¹ См.: СПС КонсультантПлюс (Дата обращения: 18.02.2020).

² См.: <http://www.government.ru> по состоянию на 20.02.2020.

России в использовании Северного морского пути и его транспортные перспективы [6, 34].

Очевидным представляется, что для развития Арктической зоны требуется активизация в ней предпринимательской деятельности и привлечение инвестиций. На совещании по вопросу эффективного и безопасного освоения Арктики Президент РФ В. В. Путин указал, что планы развития Арктической зоны на ближайшие десятилетия содержат целый ряд крупных инвестиционных проектов, связанных с освоением ресурсов углеводородов на побережье и шельфе арктических морей [8, 28]. Специалисты отмечают, что комплексное социально-экономическое развитие Арктической зоны должно происходить за счет использования перспективных технологий, модернизации и развития инфраструктуры арктической транспортной системы, современной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры и др. [9, 75].

Учитывая, что в Арктической зоне существуют более жесткие условия ведения предпринимательской деятельности и осуществления инвестиций, одним из способов стимулирования развития Арктической зоны через повышение привлекательности является предоставление льгот и преференций.

В настоящее время Минвостокразвития России в рамках поручения Президента Российской Федерации В. В. Путина от 27 марта 2019 г. разработан пакет законопроектов, направленных на создание эффективной инвестиционной среды в Арктической зоне³.

Данными законопроектами предлагается урегулировать отношения, связанные с оказанием поддержки инвестиционной деятельности в АЗ, в том числе установить меры государственной поддержки предпринимательской деятельности в регионе. Для этого Минвосток-

развития России предлагает применять в АЗ правовой механизм поддержки предпринимательской деятельности, аналогичный, как отмечает ведомство, положительно зарекомендовавшему себя механизму, установленному Федеральным законом «О свободном порте Владивосток»⁴.

Как отмечают эксперты, в соответствии с указанными выше законопроектами резидентами Арктической зоны могут быть являющиеся коммерческими организациями юридические лица (за некоторыми исключениями) и индивидуальные предприниматели, зарегистрированные в установленном порядке в АЗ⁵. Для получения статуса резидента Арктической зоны необходимо в порядке, предусмотренном законопроектом, подать в управляющую компанию пакет документов, в том числе бизнес-план, содержащий описание предлагаемого к реализации в Арктической зоне инвестиционного проекта, и заключить с управляющей компанией соглашение об осуществлении инвестиционной деятельности. Статус резидента АЗ получают только те лица, которые соответствуют определенным критериям отбора. Одним из критериев, в частности, является минимальный объем капиталовложений, которые должны быть осуществлены резидентом Арктической зоны в течение установленного срока (*не менее 500 тысяч рублей в течение первых 3 лет*).

Представляется, что такая модель управления предпринимательской деятельностью имеет несколько преимуществ.

Например, трехуровневая система (Государственная комиссия по вопросам развития Арктики⁶, уполномоченный орган, управляющая компания) предполагает субординацию, единоначалие и координацию, повышающие эффективность управляемой системы. В планируемой системе управления предполагается сокращение управляющих субъектов и контролирующих органов за счет сосредоточения функций управления в указанных органах и организациях. Кроме того, система, предполагающая заключение инвестиционного контракта, утверждения бизнес-плана, регистрацию в АЗ юридического лица или индивидуального предпринимателя, запрет деятельности через обособленные подразделения повышают управляемость и удобство администрирования, в том числе и налогового, за счет «физической» привязки планируемой или осуществляемой деятельности непосредственно к Арктической зоне.

Между тем такая система, на наш взгляд, все же содержит в себе и негативные черты, непосредственно влияющие на эффективность вовлечения предпринима-

³ См., например: Проекты федеральных законов «О государственной поддержке предпринимательской деятельности в Арктической зоне Российской Федерации»; «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О государственной поддержке предпринимательской деятельности в Арктической зоне Российской Федерации”»; «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О государственной поддержке предпринимательской деятельности в Арктической зоне Российской Федерации”»; «О внесении изменения в Трудовой кодекс Российской Федерации в части установления особенностей трудовой деятельности лиц, работающих у резидентов Арктической зоны Российской Федерации»; «О внесении изменений в статью 5 части первой и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О государственной поддержке предпринимательской деятельности (в части стимулирования поисков, оценки, разведки и добычи углеводородного сырья на отдельных территориях Арктической зоны Российской Федерации)», разработанные Минвостокразвития России. На 01.02.2020 не внесены в Государственную думу ФС РФ (<http://regulation.gov.ru/>) (Дата обращения: 13.06.2019).

⁴ См.: <https://www.pnp.ru/economics/minvostokrazvitiya-podgotovilo-zakonoproekt-o-gospodderzhke-investitsiy-v-arktike.html> (Дата обращения: 12.11.2019).

⁵ См.: <http://klerk.ru/buh/articles/485342/> (Дата обращения: 12.11.2019).

⁶ См.: <https://arctic.gov.ru/> (Дата обращения: 02.12.2019).

Арктическая зона России: перспективная модель регулирования предпринимательской деятельности...

телей в деятельность на территории АЗ и их инвестиционную активность, а значит, и на динамику развития самой Арктической зоны. Кроме того, представляется не вполне обоснованной позиция о том, что эффективность такого управления может оцениваться по количеству и объему инвестиций.

Рассмотрим негативные аспекты предлагаемого регулирования предпринимательской деятельности в Арктической зоне в части увеличения инвестиций с точки зрения ограничения экономической деятельности, административных барьеров и конкуренции.

Конституционно-правовые аспекты ограничения экономической деятельности в Арктической зоне

Весьма показательна в вопросе о возможности ограничения модели предпринимательской деятельности позиция, выработанная Конституционным судом Российской Федерации в Постановлении Конституционного суда РФ от 20.12.2011 № 29-П «По делу о проверке конституционности положения подп. 3 п. 2 ст. 106 Воздушного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества "Авиационная компания "Полет" и открытых акционерных обществ "Авиакомпания "Сибирь" и "Авиакомпания "ЮТэйр"»⁷.

В пункте 2 указанного постановления отмечается, что согласно Конституции РФ в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности, признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности (ст. 8); каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 34, ч. 1).

В силу названных положений Конституции РФ во взаимосвязи с ее ст. 71 (п. «в»), относящей регулирование и защиту прав и свобод человека и гражданина к ведению Российской Федерации, федеральный законодатель вправе определять в рамках предоставленных ему дискреционных полномочий *порядок и условия осуществления предпринимательской деятельности*, устанавливать с учетом специфики тех или иных видов предпринимательской деятельности дополнительные требования к занимающимся ею лицам — при соблюдении соответствия вводимых ограничений критериям, закрепленным в Конституции РФ, ее ст. 55 (ч. 3), согласно которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного

строения, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Осуществляя регулирование и защиту права на занятие предпринимательской деятельностью, федеральный законодатель — исходя из того, что данное конституционное право реализуется его субъектами на основе принципа юридического равенства и при этом не должны нарушаться права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17, ч. 1 и 2 ст. 19 Конституции РФ), — обязан обеспечивать баланс прав и обязанностей всех участников рыночных отношений. В этих целях он правомочен устанавливать условия осуществления предпринимательской деятельности, направленные на согласование частной экономической инициативы с интересами других лиц и общества в целом, включая потребности в предоставлении публично значимых услуг должного объема и качества.

В случае необходимости защиты общих (общественных) интересов в той или иной сфере федеральный законодатель вправе использовать в регулировании соответствующих отношений сочетание частноправовых и публично-правовых элементов, которое наиболее эффективным образом будет обеспечивать взаимодействие частных и публичных интересов в данной сфере. Располагая при этом широкой свободой усмотрения в выборе правовых средств, он вместе с тем связан конституционно-правовыми пределами использования публично-правовых начал, определяемыми ст. 7, 8, 17 (ч. 3) и 55 (ч. 2 и 3) Конституции РФ.

В случае же регулирования предпринимательской деятельности представляется, что ограничения в способе ведения предпринимательской деятельности сформированы исходя *из удобства администрирования без учета необходимости соблюдения публично-правовых начал*, определяемых ст. 7, 8, 17 (ч. 3) и 55 (ч. 2 и 3) Конституции РФ, что не соответствует вышеуказанным конституционным нормам.

Принципы государственной политики по развитию конкуренции

Рассматриваемая модель регулирования предпринимательской деятельности в Арктической зоне не соответствует, по крайней мере, двум основополагающим принципам государственной политики по развитию конкуренции, определенным п. 3 Указа Президента Российской Федерации от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции», которым был утвержден «Национальный план развития конкуренции в Российской Федерации на 2018—2020 годы»⁸. В частности, в качестве осново-

⁷ См.: Вестник Конституционного суда РФ. 2012. № 1.

⁸ См.: Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 22.12.2017, Собрание законодательства РФ. 25.12.2017. № 52 (ч. I). Ст. 8111.

полагающих принципов развития конкуренции названы: *обеспечение равных условий и свободы экономической деятельности на территории Российской Федерации (п. «б»); обеспечение условий для привлечения инвестиций хозяйствующих субъектов в развитие товарных рынков (п. «д»).*

Кроме того, в своем послании Федеральному Собранию от 1 декабря 2016 г. Президент Российской Федерации В.В. Путин указал⁹, что «главные причины торможения экономики кроются, прежде всего, в наших внутренних проблемах. Прежде всего это дефицит инвестиционных ресурсов, современных технологий, профессиональных кадров, недостаточное развитие конкуренции, изъяны делового климата».

С указанной точки зрения нельзя недооценивать негативное влияние ограничения конкуренции на эффективность привлечения инвестиций.

Ю.В. Степаненко в качестве административных барьеров предлагает рассматривать: а) избыточность управленческих процедур; б) множественность субъектов с властными полномочиями, в том числе при решении одной задачи или в одном проекте полного цикла; в) не вызванные необходимостью правовые ограничения; г) слишком общий характер отдельных положений, допускающий их ограничительное или распространительное толкование и тем самым порождающий правовую неопределенность; д) пробельность и противоречивость норм; е) наличие положений, способных породить коррупционные отношения, и т.д. [10, 22, 23].

Указанный автор факт чрезмерного правового регулирования также относит к административным барьерам.

Д.А. Алешин к административным барьерам (ограничениям) — ограничениям деятельности, создаваемым органами власти и управления всех уровней, относит: лицензирование отдельных видов деятельности; квотирование; препятствования в отведении земельных участков; требования в обязательном порядке удовлетворять определенный спрос, поддерживать мобилизационные мощности, сохранять рабочие места и социальную инфраструктуру; 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 [11, с. 89].

Отметим, что указанные перечни административных барьеров не являются полными и закрытыми, что указывает, исходя из характера и понятия таких барьеров, на возможность введения иных видов административных барьеров.

Очевидным представляется, что ряд организационных мер, предлагаемых законопроектами, представляет собой снятие административных барьеров. Это, например, упрощение предоставления земельных участков, градостроительной деятельности, упрощение контроля.

С другой стороны, ряд организационных мер создает административные барьеры в отношении отдельных участников инвестиционного процесса. Тем самым создается возможность ограничения конкуренции на рынках, на которых действуют указанные хозяйствующие субъекты.

Д.И. Серегин, например, связывает устранение самостоятельности действий хозяйствующих субъектов при осуществлении предпринимательской деятельности с ограничением конкуренции, указывая, что если такая деятельность осуществляется не самостоятельно, а определяется по указанию других лиц, при координации другими лицами, то *речь идет об ограничении конкуренции* [12, 24].

Предлагаемая система управления в Арктической зоне создает конкурентные преимущества для бизнеса, осуществляющего инвестиционные проекты непосредственно, т.е. в зависимости от способа организации и порядка осуществления предпринимательской деятельности, и административные барьеры для бизнеса, осуществляющего деятельность в Арктической зоне в качестве подрядчиков, через обособленные подразделения и т.п.

Законопроектом фактически установлен запрет, а точнее, отсутствие возможности получения льгот при ведении предпринимательской деятельности посредством создания резидентами Арктической зоны обособленных подразделений, расположенных за пределами АЗ.

Такой правовой режим порождает административные барьеры с учетом необходимости создания подобных обособленных подразделений, на которые возлагаются функции общего управления, согласования и др., необходимых в том числе и для обеспечения реализации таких арктических проектов.

Законопроектами не предусмотрены льготы и меры поддержки предприятий, не осуществляющих инвестиционные проекты, а осуществляющих работы и оказывающих услуги при выполнении резидентами инвестиционных проектов на территории Арктической зоны.

Законопроектами не предусмотрены указанные меры, если коммерческие организации не реализуют самостоятельно инвестиционные проекты в АЗ, а осуществляют поставку продукции (оказание услуг, выполнение работ в интересах реализации указанных инвестиционных проектов), а также выполняют работы, оказывают услуги при реализации резидентами Арктической зоны инвестиционных проектов.

Исходя из того, что в соответствии со ст. 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная

⁹ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 1 декабря 2016 г. // Парламентская газета. 2016. 2—8 дек.

Арктическая зона России: перспективная модель регулирования предпринимательской деятельности...

на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, предприниматель вправе осуществлять указанную деятельность в любой допустимой форме.

Необходимо отметить, что согласно п. 3 ст. 2 ГК РФ к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством. Между тем разработчики закона связали указанные вопросы, в том числе налоговые и административные, с формой и порядком осуществления предпринимательской деятельности.

В зависимости от формы и порядка осуществления предпринимательской деятельности предлагается определить возможность применения мер стимулирования, направленных на привлечение инвестиций в АЗ.

В частности, законопроектами предусматриваются конкурентные преимущества при ведении предпринимательской деятельности в Арктической зоне с обязательной регистрацией в ней и без возможности осуществления деятельности через обособленные подразделения.

Для лиц, осуществляющих деятельность на одном и том же товарном рынке, но в разных формах ведения предпринимательской деятельности, создаются ограничения конкуренции. Что, в свою очередь, может вести к ограничению инвестиций в АЗ.

Напомним, что в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) снижение количества участников товарного рынка является признаком ограничения конкуренции¹⁰.

Кроме того, законопроекты создают конкурентные преимущества для новых инвестиционных проектов, «оставляя за бортом» проекты модернизации, расширения производства, импортозамещения и др., т. е. когда инвестиции осуществляются «без создания» нового проекта.

В частности, законопроектами не предусмотрены механизмы предоставления льгот для проектов, связанных не с созданием новых объектов, а с модернизацией и перевооружением (переоснащением), в том числе связанным с импортозамещением, существующих производств.

При этом необходимо отметить, что в настоящее время в Арктической зоне реализуются и планируются к реализации проекты, направленные на увеличение производства, импортозамещение или на повышение конкурентоспособности продукции.

Скорее всего, такие ограничения в получении государственной поддержки и льгот для некоторых форм

и порядка ведения предпринимательской деятельности в АЗ связаны с «удобством» государственного администрирования предпринимательской деятельности в указанной зоне.

Кроме того, такой подход может привести к снижению потока инвестиций от тех предприятий, которые традиционно работали в АЗ. При этом такие ограничения, с другой стороны, создают для бизнеса множество издержек, административные барьеры и содержат признаки ограничения конкуренции.

Кроме того, полагаем, что модель управления, связанная с необходимостью подготовки и утверждения бизнес-плана, заключения соглашения об инвестициях в Арктическую зону, создает административные барьеры, связанные с таким сложным порядком отбора инвестиционных проектов и присвоением статуса участника инвестиционного проекта.

Выводы

1. Ограничения в выборе способов организации и ведения предпринимательской деятельности в Арктической зоне, по мнению автора, являются неоправданными с точки зрения ст. 7, 8, 17 (ч. 3) и 55 (ч. 2 и 3) Конституции Российской Федерации и обусловлены исключительно потребностями «удобного» администрирования.

2. Предлагаемая Минвостокразвития России модель регулирования предпринимательской деятельности в Арктической зоне **не соответствует основополагающим принципам** обеспечения равных условий и свободы экономической деятельности на территории Российской Федерации, а также условий привлечения инвестиций хозяйствующих субъектов для целей развития товарных рынков (предусмотренных п. 3 Указа Президента Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 618).

3. Предложенная модель регулирования предпринимательской деятельности в АЗ содержит административные барьеры, ограничивающие конкуренцию.

4. Целесообразно внести исследуемые изменения в предложенную модель регулирования предпринимательской деятельности в АЗ:

а) разрешить создавать за пределами Арктической зоны обособленные подразделения и не ограничивать случаи получения льгот и преференций только в отношении определенных способов осуществления предпринимательской деятельности;

б) дополнить механизм предоставления льгот для проектов по модернизации и расширению существующих производств;

в) предусмотреть специальные меры поддержки предприятий, осуществляющих локализацию производства в АЗ;

г) упростить порядок учета инвестиционных проектов и приобретения специального статуса, предоставляющего возможность получения льгот и преференций, стиму-

¹⁰ См.: Российская газета. № 162. 27.07.2006; Собрание законодательства РФ; 31.07.2006. № 31 (1-я ч.). Ст. 3434; Парламентская газета. № 126—127. 03.08.2006.

лирующих к осуществлению инвестиционной деятельности в Арктической зоне.

Негативные последствия, которые по мнению регуляторов могли бы возникать из-за обоснованности получения соответствующих льгот, могут быть предупреждены за счет повышения качества администрирования, учета (в том числе и налогового) и других административных мер на основе использования цифровых технологий и больших данных, а не за счет ограничения способов ведения бизнеса (членство и соглашения об инвестициях). ■

Литература

1. Чернов С. Н., Куликовская Л. Ю. Особенности правового регулирования социально-экономических отношений в Арктической зоне Российской Федерации // Административное право и процесс. 2016. № 10.
2. Игнатьева И. А. Особенности правового регулирования в области обращения с отходами производства и потребления в Арктической зоне Российской Федерации // Российский юридический журнал. 2018. № 2.
3. Гапанович А. В., Радион М. А. Правовые аспекты формирования инновационной среды в арктических регионах Российской Федерации // Юрист. 2018. № 9.
4. Чернов С. Н., Шабаетова С. В., Куликовская Л. Ю. Развитие государственно-частного партнерства в Арктической зоне Российской Федерации // Российская юстиция. 2017. № 12.
5. Злотникова Т. В. Современные проблемы Арктического региона: природа, право, геополитика // Экологическое право. 2017. № 6.
6. Комарова В. В. Российская Арктика сквозь призму конституционных интересов и ценностей // Право и государство: теория и практика. 2016. № 9.
7. Кузнецов В. И. Административно-правовой режим Арктической зоны // Журнал российского права. 2015. № 11.
8. Романова В. В. Правовой анализ (прогноз) приоритетных сфер регулирования в сфере энергетики с точки зрения национальных интересов // Юридический мир. 2015. № 7.
9. Право и экономическая деятельность: современные вызовы: Монография / Е. Г. Азарова, А. А. Аюрова, М. К. Белобабченко и др.; отв. ред. А. В. Габов. М.: ИЗиСП, Статут, 2015. 400 с.
10. Степаненко Ю. В. Конституционная свобода научного творчества сквозь призму административных барьеров // Административное право и процесс. 2018. № 12. С. 30—35.
11. Конкурентное право России: Учебник / Д. А. Аleshin, И. Ю. Артемьев и др.; отв. ред. И. Ю. Артемьев, С. А. Пузыревский, А. Г. Сушкевич; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». 2-е изд., перераб. и доп. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. 493 с.
12. Конкурентное право: Учебник / Д. А. Гаврилов, С. А. Пузыревский, Д. И. Серегин; отв. ред. С. А. Пузыревский. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. 416 с.

Сведения об авторе

Башлаков-Николаев Игорь Васильевич: кандидат экономических наук, доцент Московского государственного областного университета, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация:

Адрес: 105005, г. Москва, ул. Радио, д. 10

Тел.: +7 (495) 720-95-47

E-mail: bniv@list.ru



Российское
научное общество
анализа риска



Финансовый
издательский дом
«Деловой экспресс»



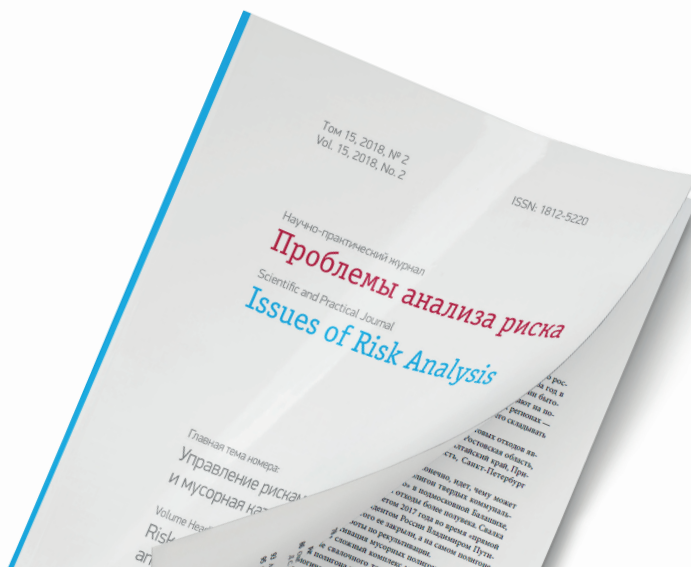
ФГБУ ВНИИ ГОЧС
МЧС России

Журнал
выпускается
1 раз в 2 месяца
в двух форматах



ПЕЧАТНАЯ
ВЕРСИЯ

ЭЛЕКТРОННАЯ
ВЕРСИЯ



Подписаться на журнал

Концепция научного журнала основывается на представлении всего спектра исследований риска

На страницах журнала публикуются статьи фундаментального и прикладного характера, как правило, междисциплинарные и многоплановые, посвященные проблемам анализа и управления рисками различного происхождения и характера

Стать автором журнала

Прием статей,
оформленных
в соответствии
с инструкцией
для авторов

Все статьи
проходят
рецензирование
у одного
или двух
экспертов

Проверка
присланных
материалов
на плагиат

Возможна
доработка
или переработка
статьи
по результатам
рецензирования

Решение
о публикации
статьи

Срок рассмотрения статьи на предмет публикации в журнале

45 дней



6 МЕСЯЦЕВ
4635 ₽
12 МЕСЯЦЕВ
9000 ₽



6 МЕСЯЦЕВ
3708 ₽
12 МЕСЯЦЕВ
7200 ₽



Онлайн-
подписка
DEX.RU

УДК: 614.2

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Совершенствование системы регулирования торговых надбавок к ценам на лекарственные препараты, включенные в Перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов

Старых Д.А.,
ФАС России,
г. Москва

Латынцев А.В.,
Научно-исследовательский
институт правовых экспертиз и
комплексных исследований,
г. Москва

Аннотация

В статье приведены и обоснованы альтернативные варианты совершенствования российской системы регулирования торговых надбавок к ценам на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов, разработанные в ходе аналитических исследований с целью стимулирования реализации наиболее дешевых лекарственных препаратов и снижения цен на дорогостоящие препараты. Также на основе анализа зарубежного опыта выделены возможные варианты государственного регулирования предельных надбавок на лекарственные препараты и предложены наиболее подходящие для отечественной системы лекарственного обеспечения.

Ключевые слова: надбавки, цены на лекарственные препараты, жизненно необходимые и важнейшие лекарственные препараты (ЖНВЛП), предельные оптовые надбавки, предельные розничные надбавки.

The improvement of the pharmaceuticals' sales allowances (margins) to prices regulatory system on medicine included in The Vital and Essential Drugs List

Dariya A. Staryh,
FAS Russia,
Moscow

Alexander V. Latyntsev,
Institute of science and research in
law and integrated expertise,
Moscow

Annotation

The article discusses and supports alternatives to improve the Russian regulatory system of sales allowances to pricing on pharmaceuticals, included in the Vital and Essential Drugs List; which were developed by means of analytical research in order to encourage sales of cheaper pharmaceuticals and price decreases on expensive ones. In addition, based on the world practice, possible ways of the state regulation of pharmaceutical maximum margins are highlighted and suggested the most appropriate for domestic pharmaceuticals distribution system.

Keywords: allowances, add-ups, pharmaceutical prices, the essential and most important pharmaceutical's (medicine), Vital and Essential drugs, maximum wholesale margins, maximum retail margins.

Проблемам совершенствования системы регулирования торговых надбавок на лекарственные средства посвящено значительное число научных публикаций как в России [1—3], так и за рубежом [4, 5]. Согласно ст. 60 Федерального закона Российской Федерации от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» государственное регулирование цен на лекарственные препараты для медицинского применения осуществляется, в частности, посредством установления предельных размеров оптовых надбавок и предельных размеров розничных надбавок к фактическим отпускным ценам, установленным производителями лекарственных препаратов на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов (далее — ЖНВЛП)¹.

В силу требований ч.1 ст. 63 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации определяют предельные размеры оптовых надбавок и предельные размеры розничных надбавок к фактическим отпускным ценам, установленным производителями ЖНВЛП, в соответствии с методикой, принятой в порядке, утвержденном Правительством Российской Федерации, которые утверждаются после согласования Федеральной антимонопольной службой. Организации оптовой торговли и (или) аптечные организации, индивидуальные предприниматели, имеющие лицензию на фармацевтическую деятельность, осуществляют реализацию лекарственных препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП, по ценам, уровень которых не превышает сумму фактической отпускной цены, установленной производителем лекарственных препаратов и не превышающей зарегистрированной или перерегистрированной предельной отпускной цены производителя (на дату реализации лекарственного препарата производителем), и размера оптовой надбавки и (или) размера розничной надбавки, не превышающие соответственно размера предельной оптовой надбавки и (или) размера предельной розничной надбавки, установленных в субъекте Российской Федерации.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 29.10.2010 № 865 утверждены Правила установления предельных размеров оптовых и предельных размеров розничных надбавок к фактическим отпускным ценам, установленным производителями лекарственных препаратов, включенных

в перечень ЖНВЛП, в субъектах Российской Федерации (далее — Правила)².

В соответствии с абз. 2 п. 1 Правил предельные размеры оптовых надбавок и предельные размеры розничных надбавок к фактическим отпускным ценам производителей на лекарственные препараты, выраженные в процентах и дифференцированные в зависимости от стоимости лекарственных препаратов, устанавливаются в отношении организаций оптовой торговли, аптечных организаций, индивидуальных предпринимателей, имеющих лицензию на осуществление фармацевтической деятельности, медицинских организаций, имеющих лицензию на осуществление фармацевтической деятельности, и их обособленных подразделений (амбулаторий, фельдшерских и фельдшерско-акушерских пунктов, центров (отделений) общей врачебной (семейной) практики), расположенных в сельских поселениях, в которых отсутствуют аптечные организации (далее — организации розничной торговли), осуществляющих реализацию лекарственных препаратов на территории этих субъектов Российской Федерации.

Действующая в настоящее время методика установления органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации предельных размеров оптовых надбавок и предельных размеров розничных надбавок к фактическим отпускным ценам, установленным производителями лекарственных препаратов на ЖНВЛП (именуемая далее — Методика), утверждена Приказом Федеральной службы по тарифам России от 11 декабря 2009 г. № 442-а³.

С даты принятия Методики в российской экономике, и в частности на фармацевтическом рынке, произошли существенные изменения, которые требуют совершенствования системы регулирования надбавок к ценам на лекарственные препараты, включенные в перечень ЖНВЛП.

Зарубежный опыт регулирования торговых надбавок в отношении лекарственных препаратов

В зарубежной практике отсутствует единый подход к вопросам регулирования торговых надбавок на лекарственные препараты. Каждой стране, в том числе каждому из государств Европейского Союза, присущи

¹ Федеральный закон от 12.04.2010 № 61-ФЗ (ред. от 02.08.2019) «Об обращении лекарственных средств» // Собрание законодательства РФ. 2010. № 16. Ст. 1815.

² Постановление Правительства РФ от 29.10.2010 № 865 (ред. от 16.12.2019) «О государственном регулировании цен на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов» // Собрание законодательства РФ. 2010. № 45. Ст. 5851.

³ Приказ ФСТ России от 11.12.2009 № 442-а (ред. от 26.06.2014) «Об утверждении Методики установления органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации предельных размеров оптовых надбавок и предельных размеров розничных надбавок к фактическим отпускным ценам, установленным производителями лекарственных препаратов, на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов» // Российская газета. № 245. 2009.

свои особенности регулирования данной сферы, которые сформировались с учетом специфики и структуры национальной системы здравоохранения и лекарственного обеспечения⁴, а также исторических предпосылок и зачастую политических решений⁵.

Соответственно, копирование механизмов регулирования предельных надбавок на лекарственные препараты одной из стран для России неэффективно и нецелесообразно. Необходимо учитывать особенности отечественной системы здравоохранения и лекарственного обеспечения. Более приемлемым представляется путь выделения в зарубежной практике наиболее успешных и подходящих для нашей страны организационно-правовых механизмов, которые могут быть адаптированы к российским реалиям.

Анализируя зарубежный опыт, можно отметить, что наиболее широкое распространение в мире получили следующие варианты государственного регулирования надбавок на лекарственные препараты:

- фиксированный сбор при продаже (аптечный сбор за рецепт и т. п.);
- фиксированный размер предельной надбавки (в процентах);
- регрессивная шкала предельных размеров надбавок (в процентах либо в фиксированных суммах).

Часто встречается комбинация указанных выше механизмов.

Рассмотрим каждый из указанных выше механизмов ограничения размеров торговых надбавок в свете целесообразности его применения в нашей стране в отношении лекарственных препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП:

1. Введение фиксированного сбора может привести к увеличению затрат покупателей на наиболее дешевые лекарственные препараты, что неблагоприятно отразится на лекарственном обеспечении жителей страны, особенно малоимущих. Поэтому данная мера регулирования применяется в основном в странах с высоким уровнем доходов населения и при эффективной системе гарантированной компенсации стоимости затрат амбулаторных больных на лекарственные препараты. Более того, сборы за рецепты обычно рассматриваются как меры сдерживания лекарственного потребле-

ния (в условиях гарантированной полной компенсации стоимости лекарств покупатели должны нести хоть какие-то затраты в целях исключения возможных злоупотреблений и снижения рисков неоправданно большого потребления лекарств).

В нашей же стране при текущей системе лекарственного обеспечения амбулаторные больные в подавляющем большинстве случаев самостоятельно несут расходы на оплату лекарств, поэтому данный механизм нецелесообразен, так как повлечет дополнительное увеличение на них финансовой нагрузки.

При этом предлагается рассмотреть возможность подобного, но иного по мотивационной сути механизма, а именно механизма выплаты в качестве компенсации (дотации) государством организациям розничной торговли небольшой фиксированной суммы за каждую реализованную упаковку ЖНВЛП низкой ценовой стоимости (границы и условия выплаты компенсаций (дотаций) должны быть определены в зависимости от конкретных задач, которые призвана решить программа компенсаций (дотаций)). Данный механизм государственного софинансирования предполагает упрощенные внедрение, администрирование и контроль, при этом позволяя стимулировать реализацию необходимой группы лекарственных препаратов, не увеличивая финансовой нагрузки на покупателей. Данные дотационные механизмы стимулирования реализации наиболее дешевых лекарственных препаратов в рамках аналогичных, в частности, можно рассмотреть при внедрении механизмов амбулаторного лекарственного обеспечения населения.

2. Зарубежный опыт, в частности Китая, показывает, что введение фиксированного процента в качестве ограничительной меры может привести к смещению ассортимента лекарств у организаций торговли в сторону более дорогостоящих лекарственных препаратов (т. е. к так называемому вымыванию дешевых лекарств), а также к увеличению цен при государственных закупках лекарственных препаратов для медицинских учреждений⁶.

Риск аналогичных тенденций существует и при действующей системе регулирования торговых надбавок в Российской Федерации, особенно в отношении среднего ценового сегмента ЖНВЛП (свыше 50 до 500 руб. включительно). Данный сегмент составляет более 54% в общем объеме продаж лекарственных препаратов (см. табл. 1 в следующем параграфе настоящей статьи), но при этом в отношении него в настоящее время

⁴ Доклад Департамента экономической и научной политики Европейского парламента по теме «Различия в ценообразовании на фармацевтическую продукцию и в лекарственном обеспечении в странах ЕС». [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/451481/IPOL-ENVI_ET\(2011\)451481_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/451481/IPOL-ENVI_ET(2011)451481_EN.pdf) (Дата обращения: 01.12.2019).

⁵ Приложение № 2 к докладу Всемирной организации здравоохранения «Цены и доступность лекарственных препаратов». <https://haiweb.org/wp-content/uploads/2015/07/Working-Paper-3-Regulation-of-Mark-ups.pdf> (Дата обращения: 01.12.2019).

⁶ Согласно выводам исследований, указанным Всемирной организацией здравоохранения в Рекомендациях по формированию национальных ценовых политик в сфере лекарственного обеспечения (2015). https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/153920/9789241549035_eng.pdf;jsessionid=F1C6C40CB334A0C6A75FCC87002D9FD6?sequence=1 (Дата обращения: 01.12.2019).

предусмотрена возможность установления только одной процентной ставки предельного уровня торговых надбавок, поэтому представляется целесообразным разделить его на две-три ценовые группы и установить для каждой из них свой размер предельной надбавки (по регрессивной шкале) в целях стимулирования реализации наиболее дешевых лекарственных препаратов и снижения цен на дорогостоящие препараты.

3. Проведенные в ходе исследований расчеты показывают, что система регрессивной шкалы предельных размеров надбавок на ЖНВЛП является наиболее подходящей для нашей страны.

Однако применяемая в настоящее время в России трехгрупповая ценовая шкала (до 50 руб. включительно, свыше 50 до 500 руб. включительно и свыше 500 руб.) представляется недостаточно эффективной.

Предлагаемые изменения дифференциации ценовых групп (сегментов)

Согласно п. 5.1 Методики в настоящее время дифференциация размеров средневзвешенной оптовой надбавки и средневзвешенной розничной надбавки осуществляется по следующим ценовым сегментам (ценовым группам):

- до 50 руб. включительно;
- свыше 50 до 500 руб. включительно;
- свыше 500 руб.

Данная дифференциация устарела и не соответствует современным требованиям к государственному регулированию предельных цен на лекарственные препараты.

За прошедшие с даты принятия действующей Методики годы средняя стоимость лекарственных препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП, увеличилась более чем в 2 раза. Так, по данным аналитического отчета DSM Group «Фармацевтический рынок России: итоги 2010 года»⁷, средневзвешенная цена на ЖНВЛС в 2010 г. составляла 73 руб. При этом средневзвешенная цена отечественного препарата составляла примерно 31 руб., а импортного — 126 руб.

Через восемь лет, по данным аналитического отчета DSM Group «Фармацевтический рынок России: итоги 2018 года»⁸, средневзвешенная цена на ЖНВЛП по итогам 2018 г. оказалась равной 157 руб. Цена одной упаковки отечественного препарата составила около 84 руб., а импортного — 241 руб.

Изменились также макропоказатели фармацевтического рынка. Так, в 2010 г. общий объем ЖНВЛП

в коммерческом сегменте рынка составлял 90 млрд руб., или 1 млрд упаковок. По итогам 2018 г. объем продаж ЖНВЛП в коммерческом сегменте превысил 354,7 млрд руб., соответственно, в натуральном выражении — более 2261 млн упаковок.

Существенно изменились доли ценовых групп в общем объеме коммерческих розничных продаж лекарственных препаратов в 2010 и в 2018 гг. (по данным указанных выше аналитических отчетов DSM Group).

Таблица 1. Сравнение доли ценовых групп в общем объеме коммерческих розничных продаж лекарственных препаратов в 2010 и в 2018 гг.

	Ценовая группа	Доля в общем объеме продаж в 2010 г., %	Доля в общем объеме продаж в 2018 г., %	Изменение доли ценовой группы, %
1	Менее 50 руб.	12	4,6	-61,67
2	50—150 руб.	28,6	11,3	-60,49
3	150—300 руб.	27	20,4	-24,45
4	300—500 руб.	15	22,4	+49,34
5	Более 500 руб.	17,4	41,3	+137,36

Доля ценового сегмента наиболее дешевых лекарственных препаратов (стоимостью до 50 руб. включительно) за период с 2010 по 2018 г. уменьшилась в 2,6 раза, а доля продаж наиболее дорогостоящих лекарственных препаратов увеличилась в 2,3 раза.

Изменилась также дифференцированная по ценовым группам средневзвешенная стоимость упаковки лекарственных препаратов в 2010 и в 2018 гг. (по данным указанных выше аналитических отчетов DSM Group).

Таблица 2. Сравнение средневзвешенной стоимости упаковки в розничных продажах лекарственных препаратов в 2010 и в 2018 гг.

	Ценовая группа	Средневзвешенная стоимость упаковки в 2010 г., руб.	Средневзвешенная стоимость упаковки в 2018 г., руб.	Увеличение средневзвешенной стоимости упаковки, %
1	Менее 50 руб.	13,4	21,8	62,69
2	50—150 руб.	90,9	93,4	2,75
3	150—300 руб.	199,7	218,4	9,36
4	300—500 руб.	378,7	380,7	0,52
5	Более 500 руб.	897,2	928,1	3,44

⁷ URL: https://dsm.ru/docs/analytics/farmrinok_roccii_itogi_2010.pdf (Дата обращения: 01.12.2019).

⁸ URL: https://dsm.ru/docs/analytics/Annual_report_2018_DSM.pdf (Дата обращения: 01.12.2019).

С учетом вышеизложенных факторов в целях стимулирования реализации наиболее дешевых лекарственных препаратов в рамках аналогичных и снижения цен на дорогостоящие препараты представляется целесообразным изменить установленную в настоящее время дифференциацию ценовых групп, применяемую при установлении предельных размеров оптовых и розничных надбавок к отпускным ценам, установленным производителями лекарственных препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП, в субъектах Российской Федерации.

Перерасчет необходимо произвести до уровней, обеспечивающих реализацию наиболее дешевых лекарственных препаратов в рамках аналогичных и способствующих снижению цен на дорогостоящие лекарственные препараты.

Согласно общим принципам ценообразования одним из основных вариантов стимулирования реализации наиболее дешевых товаров для организаций торговли является увеличение на них торговых надбавок. Однако, анализируя сектор наиболее дешевых лекарственных препаратов, необходимо учитывать высокую социальную значимость данного сектора лекарственного обеспечения. Поэтому увеличение установленных предельных размеров надбавок на наиболее дешевые ЖНВЛП (без соответствующих государственных и/или муниципальных программ дотаций или софинансирования) является нецелесообразным, так как повлечет существенное увеличение затрат на лекарства для большинства жителей.

Компромиссным вариантом может стать повышение уровня ценовой границы сегмента наиболее дешевых лекарственных препаратов при сохранении установленных в настоящее время уровней предельных надбавок для данной ценовой группы на прежнем уровне. При данном варианте сохраняются предельные размеры надбавок на самые дешевые лекарственные препараты, но стимулируется реализация иных лекарственных препаратов нижнего ценового сегмента.

На основании результатов комплексного анализа, в том числе учитывающего структуру современных продаж ЖНВЛП, а также изменений на рынке лекарственных препаратов, произошедших за годы с даты принятия Методики, предлагается повысить уровень ценовой границы ценовой группы наиболее дешевых лекарственных препаратов до показателя 100 руб. включительно.

Данные изменения позволят ослабить процессы уменьшения ассортиментного состава (т. н. вымывания) дешевых лекарственных препаратов.

Доля средней ценовой группы (в настоящее время свыше 50 до 500 руб. включительно) является наиболее емкой в общем объеме продаж ЖНВЛП. Соответственно, именно данная ценовая группа требует наибольшего внимания, в том числе по вопросам регламентации предельных размеров оптовых надбавок и предельных размеров розничных надбавок.

Однако, несмотря на это, в настоящее время для данного наиболее объемного ценового сегмента установлена плоская шкала предельных надбавок, которая не стимулирует реализацию наиболее дешевых лекарственных препаратов данного сегмента.

С учетом действующих в настоящее время ценовых границ средней ценовой группы (свыше 50 до 500 руб. включительно) теоретически возможна почти десятикратная разница в размере торговых надбавок. Таким образом, созданы предпосылки для уменьшения ассортимента (т. н. вымывания) наиболее дешевых лекарственных препаратов в ценовой группе и увеличения количества более дорогих (и, соответственно, более выгодных при продаже) лекарственных препаратов. Данные процессы не столь выражены на оптовом рынке лекарственных препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП, но требуют повышенного внимания для розничного потребительского рынка.

Для достижения цели стимулирования реализации наиболее дешевых лекарственных препаратов в рамках аналогичных при снижении цен на дорогостоящие лекарственные препараты представляется целесообразным разделить рассматриваемый ценовой сегмент на несколько ценовых групп, учитываемых при установлении предельных размеров оптовых надбавок и предельных размеров розничных надбавок.

Аналогичные доводы можно привести также в отношении сегмента наиболее дорогостоящих ЖНВЛП (более 500 руб.). Как указывалось выше, данный сегмент существенно вырос за период, прошедший с даты принятия Методики (см. данные табл. 1). Средневзвешенная стоимость упаковки ЖНВЛП в группе более 500 руб. составила 928,1 руб./уп. (табл. 2).

Изменения государственного регулирования предельных надбавок для данного ценового сегмента особенно актуальны для рынка дорогостоящих инновационных лекарственных препаратов, необходимых в первую очередь для лечения онкологических и сердечно-сосудистых заболеваний.

Таким образом, на основании проведенных исследований и комплексного анализа существующего уровня предельных отпускных цен производителей ЖНВЛП, коэффициентов дифференциации предельных оптовых надбавок в группах, коэффициентов дифференциации предельных розничных надбавок в группах предлагаем следующую дифференциацию ценовых групп лекарственных препаратов, включенных в перечень ЖНВЛП, для установления предельных размеров оптовых надбавок и предельных размеров розничных надбавок к фактическим отпускным ценам, установленным производителями ЖНВЛП:

- до 100 руб. включительно;
- свыше 100 до 200 руб. включительно;
- свыше 200 до 300 руб. включительно;

- свыше 300 до 500 руб. включительно;
- свыше 500 до 1000 руб. включительно;
- свыше 1000 до 2000 руб. включительно;
- свыше 2000 руб.

Применяемые при разработке новой дифференциации ценовых групп коэффициент дифференциации предельных оптовых надбавок в ценовой группе и коэффициент дифференциации предельных розничных надбавок в ценовой группе разработаны для исследования разброса цен в пределах рассматриваемых групп ЖНВЛП и оценки влияния анализируемых изменений ценовых групп, уровней их ценовых границ и т. п. на уменьшение дифференциации предельных надбавок.

Сравнительный анализ тестового применения новой предлагаемой дифференциации ценовых групп по сравнению с установленной в настоящее время системой показал снижение основных учетных параметров: коэффициентов предельной оптовой надбавки, коэффициентов розничной надбавки, средних по группе значений предельных оптовых надбавок, предельных розничных надбавок, предельных оптовых цен, предельных розничных цен и т. п.

При этом необходимо учитывать, что устанавливаемые размеры надбавок при новой дифференциации ценовых групп должны учитывать как минимум объемы и специфику соответствующих региональных рынков ЖНВЛП, размеры затрат организаций оптовой и розничной торговли, территориальные и иные особенности субъектов Российской Федерации и т. п. Недостаточный учет всех региональных факторов может привести к ухудшению ситуации с лекарственным обеспечением в субъектах Российской Федерации.

Альтернативный вариант смешанной шкалы процентных и фиксированных значений предельных надбавок

При рассмотренной выше дифференциации ценовых групп возможно и установление значений предельных надбавок в процентах (по аналогии с закрепленной в настоящее время в Методике системой), и более усовершенствованные варианты.

При введении первого варианта не потребуется никаких изменений действующего российского законодательства, кроме утверждения Федеральной антимонопольной службой новой Методики.

Установление же непроцентных (в том числе фиксированных) предельных значений надбавок в настоящее время не предусмотрено нормативными документами, указанными в первом параграфе настоящей статьи, но данные варианты заслуживают рассмотрения как альтернативные. Так, регрессивная шкала смешанных процентных и фиксированных значений предельных надбавок может дать преимущества в виде возможности

снижения цен на ЖНВЛП за счет не только фиксации надбавки на самые дорогостоящие лекарственные препараты, но также и гибкого применения этого механизма в среднем ценовом сегменте.

При этом упрощенным вариантом использования смешанной шкалы может быть не ее применение в отношении семигрупповой дифференциации, указанной в предыдущем параграфе настоящей статьи, а наложение ее на действующую в настоящее время дифференциацию ценовых групп, применяемую при установлении предельных размеров торговых надбавок на ЖНВЛП, с итоговым получением пяти ценовых групп.

Для этого сегмент наиболее дорогостоящих ЖНВЛП (более 500 руб.) предлагается разделить на две ценовые группы: свыше 500 до 2000 руб. включительно и более 2000 руб. (применяя зарубежные принципы дифференциации ценовых групп лекарственных препаратов, используемые, например, в Австралии). Для первой ценовой группы предлагается сохранить действующий в настоящее время порядок установления предельного размера надбавок (в процентах), а для второй ценовой группы ввести фиксированное значение предельного размера надбавок, которое может рассчитываться для каждого субъекта Российской Федерации индивидуально от расчетной базы в 2000 руб. по формуле:

$$\text{ПРН1} = 2000 \times \text{УПН} / 100, \quad (1)$$

где ПРН1 — предельный размер надбавки для ЖНВЛП дороже 2000 руб.;

УПН — установленный в субъекте Российской Федерации предельный размер надбавки для ценового сегмента свыше 500 до 2000 руб. включительно.

Аналогичный порядок предлагается установить для среднего ценового сегмента ЖНВЛП (свыше 50 до 500 руб. включительно). Данный ценовой сегмент также предлагается разделить на две ценовые группы: свыше 50 до 300 руб. включительно и свыше 300 до 500 руб. включительно. Для первой из указанных ценовых групп предлагается сохранить действующий в настоящее время порядок установления предельного размера надбавок (в процентах), а для второй — ввести фиксированное значение предельного размера надбавок, которое рассчитывается для каждого субъекта Российской Федерации индивидуально от расчетной базы 300 руб. по формуле:

$$\text{ПРН2} = 300 \times \text{УПН} / 100, \quad (2)$$

где ПРН2 — предельный размер надбавки для ЖНВЛП стоимостью от 300 до 500 руб. включительно;

УПН — установленный в субъекте Российской Федерации предельный размер надбавки для ценового сегмента свыше 50 до 300 руб. включительно.

Для ценового сегмента наиболее дешевых ЖНВЛП (до 50 руб. включительно) введение данных ограничений считаем нецелесообразным.

Рассмотрим для примера предлагаемую смешанную шкалу процентных и фиксированных значений размеров предельных надбавок для конкретного субъекта Российской Федерации.

Например, для Орловской области в настоящее время установлены следующие предельные размеры розничных надбавок:

Ценовая группа	Предельные размеры розничных надбавок, %
До 50 руб. включительно	20
Свыше 50 до 500 руб. включительно	15
Свыше 500 руб.	10

При введении рассматриваемой смешанной регрессивной шкалы процентных и фиксированных значений размеров предельных надбавок границы разрешенных значений для Орловской области могут принять следующий вид.

Ценовая группа	Предельные размеры розничных надбавок
До 50 руб. включительно	20%
Свыше 50 до 300 руб. включительно	15%
Свыше 300 до 500 руб. включительно	45 руб.
Свыше 500 до 2000 руб. включительно	10%
Свыше 2000 руб.	200 руб.

Как и для предыдущего варианта, необходимо оговориться, что указанные выше показатели условных размеров предельных надбавок являются только демонстрационными. Реальные устанавливаемые размеры надбавок должны учитывать как минимум объемы и специфику соответствующего регионального рынка ЖНВЛП, размеры планируемых затрат организаций торговли в предстоящем периоде регулирования, территориальные и иные особенности субъекта Российской Федерации и т. п. Недостаточный учет всех региональных факторов может привести к ухудшению ситуации с лекарственным обеспечением в субъектах Российской Федерации.

Выводы и предложения

Действующая в настоящее время в нашей стране система регулирования торговых надбавок к ценам на лекарственные препараты, включенные в перечень

ЖНВЛП, была установлена около десяти лет назад и требует совершенствования с учетом изменений, произошедших в российской экономике и в сфере лекарственного обеспечения. Комплексный анализ установленных в субъектах Российской Федерации размеров предельных оптовых и розничных надбавок на ЖНВЛП, а также зарубежного опыта регулирования торговых надбавок на лекарственные препараты показал целесообразность сохранения основных принципов регрессивной шкалы предельных размеров надбавок в Российской Федерации, но с изменением ценовых сегментов (групп). Вместо устаревшей трехсегментной шкалы ЖНВЛП предлагается рассмотреть семь ценовых групп, в соответствии с которыми устанавливаются торговые надбавки. При этом предлагается повысить ценовую границу группы наиболее дешевых лекарственных препаратов с 50 до 100 руб.

Кроме указанного выше варианта новой дифференциации ценовых групп, внедрение которой не потребует изменения действующих нормативных актов (только принятия Федеральной антимонопольной службой новой Методики), на основании анализа зарубежного опыта предлагается альтернативная пятигрупповая смешанная шкала, сочетающая процентные и фиксированные значения предельных торговых надбавок. В качестве преимущества данного механизма государственного регулирования торговых надбавок можно назвать возможность не только снижения цен на ЖНВЛП за счет фиксации надбавок на самые дорогостоящие лекарственные препараты, но также гибкого применения этого механизма в среднем ценовом сегменте. Но данный вариант потребует внесения ряда изменений в действующие нормативные акты, так как фиксированные значения надбавок на ЖНВЛП в настоящее время ими не предусмотрены.

Проведенные в ходе аналитических исследований расчеты показали, что каждый из описанных выше вариантов совершенствования существующей системы регулирования торговых надбавок позволяет ослабить процессы уменьшения ассортимента (т. н. вымывания) наиболее дешевых лекарственных препаратов за счет увеличения стимулирования их реализации, а также способствовать снижению цен на наиболее дорогостоящие лекарственные препараты. ■

Литература

1. Власов В. В., Плавинский С. Л. Варианты лекарственного обеспечения для России: уроки стран Европы и всего мира // Общество специалистов доказательной медицины. М., 2012.
2. Путило Н. В., Волкова Н. С., Цомартова Ф. В. и др. Право граждан на лекарственное обеспечение: Монография. Отв. ред. Н. В. Путило. М.: ИЗИСП, КОНТРАКТ. 2017. 216 с.

Совершенствование системы регулирования торговых надбавок к ценам на лекарственные препараты...

3. Зарипова М.Р. Государственное регулирование цены на лекарственные препараты, включенные в перечень ЖНВЛП // Аптеки: бухгалтерский учет и налогообложение. 2010. № 12.
4. Канавос П. (Panos Kanavos), Шурер В. (Willemien Schurer) и Фоглер С. (Sabine Vogler). Фармацевтические товарные цепочки в Европейский союз: структура и воздействие на цены на лекарства (Лондонская школа экономических и политических наук). С. 65—66. URL: <https://eprints.lse.ac.uk/51051> (Дата обращения: 01.12.2019).
5. Энемарк Ю. (Enemark U.), Албан А. (Alban A.), Vazquez ECS. Оборот лекарственных препаратов. Вопросы здравоохранения (Purchasing Pharmaceuticals. Health, Nutrition and Population (HNP) Discussion Paper), Всемирный банк, Вашингтон (Washington, World Bank). URL: <http://www.easeint.com/pow/Chap14Final.pdf> (Дата обращения: 01.12.2019).

Сведения об авторах

Старых Дарья Александровна: начальник отдела регулирования цен на лекарственные препараты Федеральной антимонопольной службы

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: +7 (495) 755-23-23

Латынцев Александр Викторович: кандидат юридических наук, директор Научно-исследовательского института правовых экспертиз и комплексных исследований

Контактная информация:

Адрес: 125480, г. Москва, ул. Героев Панфиловцев, д. 9, корп. 3

Тел.: +7 (499) 762-22-01

E-mail: info@niilex.ru

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2020

Обзор судебных дел, рассмотренных с участием антимонопольного органа

Вовкивская Л. В.,
Финансовый университет при
Правительстве РФ, ФАС России,
г. Москва

Савостина Е. В.,
ФАС России,
г. Москва

Аннотация

Обзор содержит анализ правовых позиций арбитражных судов по делам о нарушении антимонопольного законодательства в части рассмотрения следующих вопросов: предписание антимонопольного органа о перечислении в бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства; неоплата выполненных работ или полученных услуг в рамках договора как злоупотребление доминирующим положением; договор доверительного управления как условие допустимости антиконкурентного соглашения; иски антимонопольного органа о понуждении хозяйствующего субъекта к исполнению предписания данного органа.

Цель: формирование единообразных подходов в правоприменительной практике по делам о нарушении антимонопольного законодательства.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, предписание о перечислении в бюджет, злоупотребление доминирующим положением, антиконкурентные соглашения, договор доверительного управления, понуждение к исполнению предписания.

Analytical review of judicial cases considered with the participation of an antimonopoly body

Larisa V. Vovkivskaya,
Financial University under the
Government of the Russian
Federation, FAS Russia,
Moscow

Elena V. Savostina,
FAS Russia,
Moscow

Annotation

The review contains an analysis of the legal positions of the arbitration courts in cases of violation of the antimonopoly legislation regarding the consideration of the following issues: an order of the antimonopoly body on transferring to the budget the income received as a result of violation of the antimonopoly law; non-payment of services received under the contract as an abuse of a dominant position; trust agreement as a condition for the admissibility of an anti-competitive agreement; claims of the antimonopoly body on forcing an economic entity to comply with the instructions of this body.

Purpose: the formation of uniform approaches in law enforcement practice in cases of violation of antitrust laws.

Keywords: antitrust legislation, an order to be transferred to the budget, abuse of a dominant position, anticompetitive agreements, a trust deed, compulsion to enforce a precept.

1. Общество признано победителем электронного аукциона на право оказания предприятию услуг по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств как предложившее наибольшее снижение начальной цены контракта.

По мнению антимонопольного органа, расчет предложенной цены контракта был выполнен обществом без учета положений аукционной документации и Указания Банка России от 19.09.2014 № 3384-У «О предельных размерах базовых ставок страховых тарифов и коэффициентах страховых тарифов, а также порядке их применения страховщиками при определении страховой премии по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств»¹, в результате чего данное лицо получило необоснованное преимущество при участии в конкурсной процедуре перед иными участниками аукциона, не имевшими возможности принять участие в закупке на равных с обществом условиях.

Поскольку указанные действия общества привели к введению заказчика в заблуждение в отношении цены контракта и направлены на получение преимуществ перед другими участниками аукциона при осуществлении предпринимательской деятельности, орган пришел к выводу о наличии в действиях общества признаков недобросовестной конкуренции, запрещенной ст. 14.8 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции)², что послужило основанием для выдачи предупреждения, одним из условий которого являлась необходимость устранения последствий выявленного нарушения путем перечисления в бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, в размере суммы страховой премии, причитающейся обществу в соответствии с муниципальным контрактом, заключенным с предприятием по результатам аукциона.

Верховный Суд Российской Федерации, поддерживая выводы судов апелляционной и кассационной инстанций о незаконности оспариваемого предупреждения в данной части, указал, что применение меры государственного принуждения в виде перечисления хозяйствующим субъектом в федеральный бюджет дохода, полученного

в связи с нарушением антимонопольного законодательства, на стадии вынесения предупреждения является недопустимым.

Цель вынесения предупреждения состоит в предотвращении возможности хозяйствующему субъекту самостоятельно устранить допущенные им нарушения антимонопольного законодательства и их последствия, если таковые имели место в действительности, при согласии с этим хозяйствующего субъекта, а не в применении мер государственного принуждения.

Перечисление дохода в федеральный бюджет как особая мера государственного принуждения может быть применено только при условии, что в действиях хозяйствующего субъекта установлен факт нарушения антимонопольного законодательства и данный факт установлен в надлежащей правовой процедуре, регламентированной Законом о защите конкуренции, в рамках которой хозяйствующему субъекту гарантируется право на защиту.

Кроме того, Конституционный суд Российской Федерации признал, что ст. 51 Закона о защите конкуренции не предполагает выдачу предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного хозяйствующим субъектом вследствие нарушения антимонопольного законодательства, без установления его вины.

В силу положений ч. 2 ст. 39.1 Закона о защите конкуренции при выдаче предупреждения антимонопольный орган устанавливает лишь признаки нарушения антимонопольного законодательства, а не факт допущенного нарушения. Вопрос о виновности хозяйствующего субъекта в антимонопольном правонарушении при выдаче предупреждения также не исследуется³.

2. В рамках данного дела судами исследовался вопрос, при каких обстоятельствах неоплата хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, услуг, предоставленных по договору, будет являться злоупотреблением доминирующим положением.

Так, сетевая компания не выполняла обязательства перед другой сетевой компанией по оплате услуг по передаче электрической энергии.

Данный факт послужил основанием для обращения в антимонопольный орган, который не усмотрел признаков нарушения ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Судами был поддержан отказ в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, поскольку спор возник в отношении ненадлежащего исполнения обязательств по договору.

Вместе с тем такие нарушения в области расчетов за электрическую энергию не подпадают под признаки злоупотребления доминирующим положением,

¹ См.: Указания Банка России от 19.09.2014 № 3384-У «О предельных размерах базовых ставок страховых тарифов и коэффициентах страховых тарифов, а также порядке их применения страховщиками при определении страховой премии по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств». <http://www.consultant.ru> (Дата обращения: 03.03.2020).

² Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ, 31.07.2006. № 31 (ч. 1), ст. 3434.

³ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 17.01.2020 по делу № А76-17497/2018. <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 03.03.2020).

поскольку возникший по договору оказания услуг по передаче электрической энергии гражданско-правовой спор не свидетельствует о направленности действий сетевой компании на сохранение либо укрепление своего положения на товарном рынке с использованием запрещенных методов, негативно воздействующих на конкурентную среду и наносящих ущерб контрагентам.

Поскольку отсутствуют факт систематических злонамеренных (в отсутствие объективных причин) платежей по спорному договору и факты, указывающие на «выдавливание» кредитора с рынка передачи электрической энергии, антимонопольный орган пришел к правомерному выводу об отсутствии злоупотребления доминирующим положением⁴.

При этом необходимо принимать во внимание, что в случае установления таких фактов сетевая компания «котлодержатель» может быть признана нарушившей ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции⁵.

3. Суд кассационной инстанции поддержал решение ФАС России, которым два общества были признаны нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Полагая, что на них не распространяются запреты ст. 11 Закона о защите конкуренции, поскольку они образуют одну группу лиц в связи с наличием договора доверительного управления, общества оспорили решение антимонопольного органа в суде.

Требования хозяйствующих субъектов были оставлены без удовлетворения исходя из положений договора доверительного управления, согласно которым передача доли в доверительное управление не влечет перехода права собственности на долю к доверительному управлению.

Таким образом, собственником имущества продолжал оставаться владелец долей одного общества, и именно он вправе пользоваться всеми правами, предусмотренными ч. 2 ст. 209 ГК РФ⁶, поэтому права собственности у другого общества не возникло, что является обязательным условием для применения исключений для группы лиц.

Также судами было принято во внимание, что законодательством предусмотрено внесение в ЕГРЮЛ сведений о доверительном управляющем долей (долями)

общества, однако такие сведения хозяйствующими субъектами не были внесены.

Таким образом, признание позиции заявителей правомерной привело бы к ситуации, когда общества могли бы оформить договор доверительного управления «задним числом» с целью избежать ответственности.

С учетом этого суды пришли к выводу, что условия о допустимости антиконкурентных соглашений, установленные в ч. 7, 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции, на заявителей не распространяются и при осуществлении своей деятельности они должны были соблюдать требования п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции⁷.

4. Ростовским УФАС России установлен факт нарушения ПАО «Донавтовокзал» п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, выразившегося в навязывании экономически, технологически необоснованного и прямо не предусмотренного действующим законодательством комиссионного сбора (брони) в размере 40 рублей, 42 рубля, 50 рублей и 60 рублей за билет при предварительной продаже билетов на регулярные автобусные маршруты, в связи с чем обществу было выдано предписание об устранении нарушения.

Неисполнение предписания послужило основанием для обращения антимонопольного органа с иском о понуждении к исполнению предписания.

Судами апелляционной и кассационной инстанций требования были оставлены без удовлетворения с указанием на то, что Ростовским УФАС России не заявлено самостоятельное требование, связанное с неисполнением обществом предписания и направленное на прекращение взимания не предусмотренных действующим законодательством дополнительных платежей, а по сути, предъявлено требование о подтверждении законности своего решения и предписания.

С указанной позицией не согласился Верховный Суд Российской Федерации, разъяснив, что законодательство не только не исключает, но прямо предусматривает возможность обращения антимонопольного органа в арбитражный суд с требованиями, направленными на понуждение соответствующего лица к устранению нарушений антимонопольного законодательства, если эти нарушения не были устранены добровольно после принятия антимонопольным органом в установленном порядке решения и вынесения предписания.

Тот факт, что требования антимонопольного органа дословно повторяют формулировку ранее выданного им предписания, не может являться основанием для отказа в удовлетворении иска, поскольку в силу подп. «и» п. 6

⁴ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 24.01.2020 по делу № А68-3298/2019. <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 03.03.2020).

⁵ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 10.04.2019 по делу № А21-6286/2018. <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 03.03.2020).

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019). СЗ РФ. 05.12.1994. № 32, ст. 3301.

⁷ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.01.2020 по делу № А40-107482/19. <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 03.03.2020).

ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции обращение в суд антимонопольного органа обуславливается именно неисполнением вынесенного им решения (предписания), и заявленная антимонопольным органом формулировка требования соответствует характеру допущенного нарушения, направлено на прекращение нарушения со стороны хозяйствующего субъекта.

Позиция о недопустимости предъявления антимонопольными органами исков, направленных на подтверждение законности своего решения, и (или) о выдаче исполнительного листа, состоит в исключении ситуаций, когда обращение антимонопольного органа в суд имело бы место только по факту принятия названных правоприменительных актов — до того, как в поведении соответствующего лица обнаружится бездействие по устранению нарушений законодательства⁸. ■

Сведения об авторах

Вовкивская Лариса Валерьевна: старший преподаватель базовой кафедры Федеральной антимонопольной службы Финансового университета при Правительстве РФ, заместитель начальника Правового управления ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: +7 (499) 755-23-23

E-mail: vovkivskay@fas.gov.ru

Савостина Елена Викторовна: начальник отдела судебной работы Правового управления ФАС России

Контактная информация:

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11

Тел.: +7 (499) 755-23-23

E-mail: savostina@fas.gov.ru

⁸ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 17.10.2020 по делу № А53-18751/18. <http://kad.arbitr.ru> (Дата обращения: 03.03.2020).

Практика Апелляционной коллегии ФАС России

(научный обзор наиболее значимых дел, рассмотренных в IV квартале 2019 г.)

Уважаемые читатели «Российского конкурентного права и экономики»! Журнал продолжает публикацию ежеквартального обзора наиболее значимых решений коллегиального органа Федеральной антимонопольной службы (далее — Апелляционная коллегия ФАС России).

Вниманию читателей представлен обзор решений, вынесенных в IV квартале 2019 г. по результатам рассмотрения жалоб на решения территориальных органов ФАС России об установлении фактов заключения антиконкурентных соглашений.

Конопкина Е.Е.,

заместитель начальника
Управления по борьбе
с картелями ФАС России,
член Апелляционной коллегии
ФАС России,
г. Москва

Матяшевская М.И.,

заместитель начальника
Правового управления ФАС
России, член Апелляционной
коллегии ФАС России,
г. Москва

Аннотация

Доля обжалуемых Апелляционной коллегией ФАС России решений территориальных органов ФАС России, связанных с установлением фактов заключения ограничивающих конкуренцию соглашений, превышает доли иных обжалуемых решений о нарушениях антимонопольного законодательства.

В большинстве случаев это связано с вопросами доказывания заключения и реализации ограничивающих конкуренцию соглашений, поскольку не всегда те или иные обстоятельства могут однозначно свидетельствовать о факте заключения такого рода соглашения.

Наибольший интерес представляют собой дела о картелях на торгах, запрет на которые предусмотрен п. 2 ч. 1 ст.11 Федерального закона «О защите конкуренции»¹, поскольку для установления факта ограничивающего конкуренцию соглашения в каждом конкретном случае все собранные по делу о нарушении антимонопольного законодательства доказательства подлежат оценке, без которой невозможно принятие обоснованного решения по делу, и ответчики по делам, как правило, не согласны с использованием антимонопольным органом тех или иных доказательств в качестве подтверждения наличия антиконкурентного соглашения.

Ключевые слова: антимонопольное регулирование, апелляционное обжалование, антиконкурентные соглашения, ограничение конкуренции, квалификация нарушений, доказательственная база.

¹ Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26.07.2006 №135-ФЗ (ред. от 27.12.2019) // Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. №31 (1 ч.). Ст. 3434.

Practice of the Appeal Board of the Federal Antimonopoly Service (Russia)

(Scientific review of the most significant cases examined in the fourth quarter of 2019)

Ekaterina E. Konopkina

Deputy chief the Office for Combating Cartels of the FAS Russia,
Member of the Appeals Board of the FAS Russia,
Moscow

Maryana I. Matyashevskaya

Deputy chief the Legal Department of the FAS Russia,
Member of the Appeals Board of the FAS Russia,
Moscow

Annotation

Ratio of regional antimonopoly's decisions appealed under collegial body of the Federal antimonopoly service related to the establishment of the facts of the conclusion of prohibited competition-restricting agreements exceeds the part of the other decisions.

In most cases, this is related to the issues of proving the arrangement and implementation of competition-restricting agreement, because not always certain circumstances can clearly indicate the fact of conclusion of such agreement.

The most interesting are the cases of «bid rigging» cartels, which are prohibited by paragraph 2 of the part 1 of article 11 of the Federal law "On protection of competition" (hereinafter — the Law on protection of competition). Establishing that competition-restricting agreements in each case, all collected in the case on violation of Antimonopoly legislation of the evidence to be assessed, without which it is impossible to make an informed decision on the case, and defendants in cases usually do not agree with the competition authority of certain evidence as proof of anti-competitive agreements.

Keywords: *antitrust law, internal appeal, anti-competitive agreements, restriction of competition, qualification of violations, evidence base.*

Согласно Обзору по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденному Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16 марта 2016 г., факт заключения ограничивающего конкуренцию соглашения может быть установлен на основании как прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов².

Правоприменительная и судебная практика показывает, что при доказывании ограничивающих конкуренцию соглашений необходимо оценивать всю «полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности». Указанная позиция презюмируется, например, в Постановлении Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017 № Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016³.

В нижеприведенном решении ответчик по делу не согласился с решением антимонопольного органа, поскольку считал, что приведенные в нем косвенные доказательства не свидетельствуют о заключении антиконкурентного соглашения, которое привело к поддержанию цены на торгах, являвшегося предметом рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Указанное решение, в частности, интересно тем, что Апелляционная коллегия, установив отсут-

² Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 9, сентябрь.

³ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017 № Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016 // СПС Консультант+ (Дата обращения: 10.03.2020).

ствие достаточной совокупности доказательств заключения ограничивающего конкуренцию соглашения в отношении ряда торгов, по которым антимонопольным органом был установлен факт нарушения, приняла решение об изменении решения антимонопольного органа, исключив такие торги из предмета антиконкурентного соглашения.

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 28 октября 2019 г. по делу № 1-11-1974/77-18

Решением антимонопольного органа в действиях Общества-1 и Общества-2 установлено нарушение антимонопольного законодательства, запрет на которое установлен п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции: заключение устного ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), реализация которого могла привести к поддержанию цены на 42 аукционах, проведенных в электронной форме.

Антимонопольным органом были проведены анализ результатов 42 закупочных процедур на поставку лекарственных препаратов и оценка поведения обществ в ходе проведения данных торгов. В качестве доказательств заключения ответчиками картеля в решении антимонопольного органа указывались:

1. Незначительное снижение начальной максимальной цены контракта (далее — НМЦК), а именно: 0,5—3% в ходе каждого из рассматриваемых аукционов.
2. Подача заявок ответчиками с незначительной разницей во времени (применительно к части аукционов).
3. Использование совместной инфраструктуры при осуществлении юридически значимых действий (подача заявок, ценовых предложений, подписание контрактов по ряду аукционов).
4. Совпадение учетных записей создания и изменения файлов заявок, дат создания таких файлов, а также дат изменения файлов заявок в ходе 11 аукционов.
5. Наличие устойчивых хозяйственных взаимосвязей между Обществом-1 и Обществом-2.
6. Результаты проведения выездной внеплановой проверки, в ходе которой в офисе Общества-2 был обнаружен жесткий диск, содержащий документацию Общества-1, сертификат электронной цифровой подписи генерального директора Общества-1.
7. Факты настройки аукционных роботов на определенный (неконкурентный) процент снижения.

Исходя из совокупности косвенных доказательств антимонопольный орган признал Общество-1 и Общество-2 нарушившими требования п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции посредством заключения устного антиконкурентного соглашения (картеля), реализация которого могла привести к поддержанию цены на 42 аукционах.

Апелляционной коллегией по результатам рассмотрения жалобы, поданной одним из обществ — участником антиконкурентного соглашения, было отмечено следующее.

В соответствии с Разъяснением № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том

числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденным протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. № 3, факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен на основании как прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств. В качестве доказательств могут использоваться документы и материалы, полученные с соблюдением требований к порядку и оформлению их получения⁴.

Учитывая изложенное, Апелляционная коллегия, изучив всю имеющуюся совокупность доказательств по делу, пришла к выводу, что она является необходимой и достаточной для установления в действиях Общества-1 и Общества-2 нарушения п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции только в отношении 9 аукционов из 42.

Подробный анализ Апелляционной коллегией доказательственной базы, собранной антимонопольным органом в рамках рассмотрения дела, показал, что, несмотря на наличие признаков антиконкурентного соглашения по всем 42 аукционам, достаточная совокупность доказательств установлена только в отношении 9 торгов. При этом доказательства в отношении иных 33 аукционов являлись недостаточными и не могли свидетельствовать о заключении антиконкурентного соглашения.

По итогам рассмотрения жалобы Апелляционная коллегия ФАС России изменила решение антимонопольного органа.

В следующем решении Апелляционная коллегия ФАС России пришла к важному выводу о том, что факт наступления или возможности наступления в результате заключенного соглашения негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или создания преимущественных условий для каких-либо участников торгов входит в предмет доказывания при рассмотрении дел о нарушении п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Запрет на соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов не является безусловным, или, как такой запрет называют в мировой юридической науке, запретом *per se*. Из содержания п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции следует, что состав нарушения не является формальным, а под преимущественными условиями в данной статье понимаются такие условия, при которых хозяйствующий субъект поставлен в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или субъектами.

Следовательно, для установления факта заключения ограничивающего конкуренцию соглашения необходимо доказать, что заключение соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками привело или могло привести к ограничению конкуренции, установить причинно-след-

⁴ Разъяснение № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», утвержденное протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. № 3. <http://fas.gov.ru> по состоянию на 26.02.2016.

ственную связь между заключением соглашения и наступлением либо возможностью наступления негативных последствий.

Так, в целях установления хозяйствующих субъектов, в отношении которых произошло или могло произойти ограничение, недопущение или устранение конкуренции, при рассмотрении дел данной категории антимонопольному органу следует провести анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства в соответствии с ч. 5¹ ст. 45 Закона о защите конкуренции и Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке»⁵.

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 25 декабря 2019 г. по делу № 3-09/77-2018

Апелляционной коллегией была рассмотрена жалоба на решение антимонопольного органа, которым действия Учреждения и Общества-1 были признаны нарушившими п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, что выразилось в заключении устного соглашения между заказчиком и участником аукционов и участии в нем, что привело (могло привести) к ограничению конкуренции путем создания преимущественных условий для Общества-1.

Как было установлено антимонопольным органом в ходе рассмотрения дела, Общество-1 являлось участником и победителем по результатам проведения Учреждением аукционов на поставку лекарственных препаратов (проведено 10 электронных аукционов по трем лекарственным препаратам).

Территориальным антимонопольным органом были исследованы и в решении по делу отражены следующие доказательства заключения ограничивающего конкуренцию соглашения и участия в нем:

1. Материалы уголовного дела, по которому в отношении должностного лица аптеки Учреждения принято обвинительное заключение и судом вынесен обвинительный приговор.
2. Направление Учреждением запросов коммерческих предложений со своего электронного адреса в адрес Общества-1.
3. Направление с электронного адреса Общества-1 коммерческих предложений Общества-1, Общества-2, Общества-3 с незначительными различиями в цене препаратов, на основании которых Учреждение формировало НМЦК. При этом Общество-1, направляя коммерческие предложения от имени нескольких хозяйствующих субъектов, фактически само формировало цену аукционов.

4. Информирование со стороны Учреждения о планируемом проведении аукциона путем представления Обществу-1 соответствующей информации через должностное лицо Учреждения.

По результатам рассмотрения жалобы Общества-1 Апелляционной коллегией ФАС России указано, что для квалификации действий, совершенных в рамках закупочной деятельности, в целях установления нарушения п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, антимонопольному органу необходимо доказывать последствия нарушения (в том числе возможные) в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или создания преимущественных условий для каких-либо участников.

В решении территориального антимонопольного органа было указано, что ввоз одного из препаратов, производство которого осуществляет иностранная компания, на территорию Российской Федерации осуществляло только Общество-1. Иных обстоятельств наличия или отсутствия конкуренции на рынке лекарственного препарата в решении антимонопольного органа не содержится, равно как и не содержится доказательств негативного влияния действий ответчиков на конкуренцию на данном рынке.

В рамках рассмотрения жалобы территориальным антимонопольным органом также была представлена информация, свидетельствующая о том, что поставка препарата в других регионах осуществлялась иными хозяйствующими субъектами, в том числе Обществом-2 и Обществом-3, коммерческие предложения которых Общество-1 представляло для формирования начальной максимальной цены контракта, однако данные обстоятельства не получили должной оценки при рассмотрении дела и принятии решения антимонопольным органом.

Также Апелляционная коллегия отметила, что из содержания п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции следует, что установленные в ней запреты не являются безусловными. Факт наступления или возможности наступления в результате заключенного соглашения негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или создания преимущественных условий для каких-либо участников входит в предмет доказывания при рассмотрении дел о нарушении п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Коллегиальным органом было отмечено, что выявленное соглашение необходимо было соотнести с доказательствами негативного влияния или возможности такого влияния на конкуренцию.

Апелляционная коллегия указала, что действия хозяйствующих субъектов не могут быть квалифицированы по п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции в отсутствие совокупности доказательств, подтверждающих как заключение соглашения, так и его негативное влияние (возможность такого влияния) на конкуренцию.

Таким образом, Апелляционная коллегия пришла к выводу, что решение и предписание территориального антимонопольного органа подлежат отмене, поскольку они нарушают единообразие применения антимонопольного законодательства.

⁵ Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 (ред. от 20.07.2016) «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (зарегистрирован в Минюсте России 02.08.2010 № 18026) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 23.08.2010. № 34.

В решении, завершающем настоящий обзор, Апелляционной коллегией ФАС России фактически сформирован подход о том, что при квалификации действий субъектов, направленных на заключение и реализацию соглашений, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции по ч. 4 ст. 11 или ст. 16 Закона о защите конкуренции, следует установить принадлежность таких субъектов к субъектному составу одной из рассматриваемых статей путем определения выполняемых ими функций.

В частности, действия хозяйствующих субъектов, подведомственных органам власти, надлежит квалифицировать в зависимости от соотношения функций, установленных их учредительными документами, с функциями или полномочиями органа государственной власти, которому они подведомственны.

Таким образом, при рассмотрении дел об ограничивающих конкуренцию соглашениях, при условии, что участниками таких соглашений являются публичные субъекты, их действия надлежит квалифицировать по ст. 16 Закона о защите конкуренции, при условии, что участниками таких соглашений являются частные субъекты, такие действия надлежит квалифицировать по ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Также данное решение представляет собой пример практики, когда коллегиальный орган при пересмотре решения территориального органа принимает решение об изменении квалификации действий, являвшихся предметом рассмотрения дела антимонопольным органом.

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 8 октября 2019 г. по делу № 04-34/1-2019

В действиях Учреждения и ООО «Б» территориальным антимонопольным органом установлено нарушение ст. 16 Закона о защите конкуренции, выразившееся в заключении и реализации ограничивающего конкуренцию соглашения при проведении закупок Учреждением и заключении договоров по результатам их проведения с ООО «Б» как с единственным поставщиком.

Основанием для возбуждения дела послужило заявление физического лица, согласно которому в рассматриваемых закупках имелась вероятность наличия конфликта интересов заказчика и поставщика.

Проанализировав данные закупки, территориальный антимонопольный орган установил, что Положение о закупке товаров, работ, услуг Учреждения предусматривает обязательное требование к участникам закупки об отсутствии конфликта интересов, раскрывая возможные «конфликтные» связи руководителя заказчика, члена закупочной комиссии, руководителя контрактной службы заказчика, контрактного управляющего.

Предметом оценки наличия конфликта интересов выступил контрактный управляющий заказчика, который в то же время являлся соучредителем ООО «Б», что подтверждало факт «конфликтных» связей.

Территориальный антимонопольный орган, применив положения ч. 1 и 2 ст. 10 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»⁶, пришел к выводу, что Учреждение в данном случае было обязано отстранить ООО «Б» от участия в определении поставщика, так как личная заинтересованность контрактного управляющего, влияющая на принятие объективного (беспристрастного) решения по данным закупкам, очевидна.

Анализ состояния конкуренции, проведенный в рамках рассмотрения данного дела, показал, что на спорном товарном рынке осуществляют свою деятельность множество иных хозяйствующих субъектов, что в совокупности с иными обстоятельствами свидетельствует о наличии нарушения ст. 16 Закона о защите конкуренции.

Апелляционная коллегия ФАС России в целом согласилась с выводом территориального антимонопольного органа о наличии факта нарушения антимонопольного законодательства, однако квалификацию данных действий по ст. 16 Закона о защите конкуренции не поддержала, поскольку, по мнению коллегиального органа, необходимый состав нарушения не был доказан.

Так, в решении антимонопольного органа не было установлено, что Учреждение является органом государственной власти либо органом местного самоуправления или выполняет функции какого-либо органа государственной власти, публично-правовые функции, обладает властными полномочиями в областях и сферах государственной деятельности, в связи с чем требования ст. 16 Закона о защите конкуренции на такой хозяйствующий субъект не распространяются.

Более того, в арбитражном споре по делу № А10-4663/2018 суд также установил, что Учреждение не является органом государственной власти либо органом местного самоуправления, не выполняет функции какого-либо органа государственной власти, публично-правовые функции, не обладает властными полномочиями в областях и сферах государственной деятельности⁷.

При этом, учитывая доказанность состава нарушения, которое свидетельствует о наличии ограничивающего конкуренцию соглашения в целом, такие действия должны были быть квалифицированы по ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции, согласно которой запрещены иные ограничивающие конкуренцию соглашения.

В связи с изложенным Апелляционная коллегия пришла к выводу о необходимости изменения п. 1 резолютивной части решения антимонопольного органа в части квалификации действий Учреждения и ООО «Б» по ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции путем заключения соглашения о выполнении работ по четырем закупкам, проводимых ФГБУН «И», что приводит или может привести к ограничению конкуренции. ■

⁶ Федеральный закон «О противодействии коррупции» от 25.12.2008 № 273-ФЗ (редакция от 16.12.2019) // Собрание законодательства РФ. 29.12.2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

⁷ Решение Арбитражного суда Республики Бурятия от 22.02.2019 по делу № А10-4663/2018 // Собрание законодательства РФ. 29.12.2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

Инструкция для авторов

1. Общие требования к предъявлению статьи. Журнал «Российское конкурентное право и экономика» публикует актуальные материалы, посвященные вопросам антимонопольного регулирования и защиты конкуренции, результаты научных исследований в области конкурентного права и связанных с ним экономических вопросов. Особое внимание журнал уделяет практической применимости публикуемых материалов.

Представляемая в редакцию статья должна соответствовать тематике журнала, быть написана на русском языке (титulusный лист представляется на русском и английском языках), быть оригинальной, ранее не опубликованной и не представленной к публикации в другом издании.

Авторы несут ответственность за достоверность приведенных сведений, отсутствие данных, не подлежащих открытой публикации, и точность информации по цитируемой литературе.

Все представленные в редакцию журнала рукописи авторам не возвращаются.

2. Порядок представления рукописи. Первоначальное представление статьи в редакцию журнала осуществляется в электронном виде одним из следующих способов: с помощью электронной почты на e-mail: osipova@fas.gov.ru или journal@dex.ru; на CD-диске по почте; непосредственно в редакцию журнала на любом электронном носителе.

В наименовании электронного файла должны быть указаны: первый автор статьи, сокращенное название статьи, дата представления (например, «Иванов_Конкуренция на рынке_120111»).

На обложке CD-диска или в теме сообщения, посланного на электронный ящик редакции, должно быть указано наименование файла статьи.

Статья будет направлена на рецензирование одному или двум экспертам. Возможно, потребуются доработка или переработка статьи по результатам рецензирования до принятия решения о ее опубликовании.

После принятия решения об опубликовании статьи авторы должны представить в редакцию окончательный подписанный вариант рукописи, а также электронную версию статьи, приложив их к рукописи на CD-диске или передав на электронный почтовый ящик редакции (osipova@fas.gov.ru; journal@dex.ru). Редакция оставляет за собой право дальнейшей редакционной и корректорской правки статьи. Корректуре автору в обязательном порядке не высылаются, с ней можно ознакомиться в редакции.

Если статья не принимается к печати, автору высылаются отказ по электронной почте.

3. Лицензионный договор. Если принято решение об опубликовании статьи, в соответствии с требованиями Гражданского кодекса РФ между авторами и журналом заключается лицензионный договор с приложением к нему акта приема-передачи произведения. С лицензионным договором и актом приема-передачи произведения можно ознакомиться на сайте www.dex.ru в разделе «Инструкция для авторов». Данные документы, подписанные со стороны авторов, должны быть переданы в редакцию вместе с окончательным подписанным вариантом рукописи.

4. Общие требования к рукописи. Электронный файл рукописи должен быть сформирован с использованием стандартных пакетов редакторских программ (например, MS Word, WordPad).

Формат страниц: А4, рекомендуемые отступы от краев листа: сверху и снизу — 3 см, слева и справа — 2 см, рекомендуемый шрифт Times New Roman, 12 пт, межстрочный интервал — одинарный или полуторный. Страницы должны быть пронумерованы.

Файл со статьей должен содержать:

- 1) титульный лист (на русском и английском языках);
- 2) текст статьи (введение, структурированные разделы статьи, заключение);
- 3) литературу (последовательный перечень цитируемой литературы);
- 4) сведения об авторах.

5. Титульный лист. Представляется на русском и английском языках и должен включать: УДК; краткое информативно-смысловое название; инициалы, фамилию; краткое (по возможности) наименование организации (при указании организации не допускается приводить только аббревиатуру), располагается после фамилии автора; город; аннотацию: должна быть краткой (не более 200 слов), информативной и отражать основные положения и выводы представляемой к публикации статьи; — ключевые слова (не более 15) должны способствовать индексации и классификации.

6. Текст статьи. Основной текст статьи должен содержать: введение; структурированные разделы статьи; заключение; литературу.

Введение должно содержать четкое обозначение целей и задач работы. В нем могут даваться ссылки на ключевые работы в области

исследования, но введение не должно быть литературным или историческим обзором.

Структурированные разделы статьи должны содержать четкое и последовательное изложение материала работы. Заголовки разделов основной части могут иметь нумерацию (1, 2, 3 и т.д.). Допускается в каждом разделе создавать подзаголовки разделов.

Заключение должно включать основные выводы, обсуждение спорных моментов, значимость теоретических положений, их ограничения; место и роль в разрезе предыдущих исследований, возможностей практических приложений.

7. Требования к таблицам, рисункам и формулам. Таблицы и рисунки рекомендуются располагать внутри текста после первого указания на них. Размер таблиц и рисунков не должен выходить за рамки формата текста. Все таблицы и рисунки должны быть последовательно пронумерованы и иметь краткое название (название таблиц дается над таблицей, рисунков — под ними). Таблицы и рисунки должны быть понятными безотносительно к объяснению в тексте. Пояснения к таблицам и рисункам должны быть краткими. Пояснения к таблицам должны располагаться внизу таблицы и иметь указатели с использованием надстрочной буквенной или цифровой индексации (меньшего размера относительно текста). Пояснения к рисункам должны располагаться под названием рисунков с использованием шрифта меньшего размера относительно текста названия рисунков.

Таблицы представляются в стандартном редакторе MS Office, например MS Word или MS Excel.

Рисунки должны быть высокого качества. Графики должны представляться преимущественно в формате MS Excel. Схемы и карты предоставляются в векторных форматах eps, cdr. Фотографии и другие иллюстративные материалы, предоставляемые в виде растровых изображений, должны иметь разрешение 300 dpi (при размере на формат издания) и быть в форматах TIFF или JPEG (без сжатия). На растровых рисунках должны хорошо читаться текст и все значимые элементы.

Отдельно стоящие формулы должны быть набраны с использованием стандартных средств MathType или Equation.

Переменные величины и элементы формул, располагаемые внутри текста, набираются по возможности с использованием текстовых выделений (нижний, верхний регистры, курсив, греческие буквы и т.д.).

Формулы и буквенные обозначения должны быть тщательно выверены автором, который несет за них полную ответственность.

8. Литература. Библиографические ссылки в статье рекомендуются осуществлять как затекстовые ссылки и обозначать номерами в порядке цитирования в квадратных скобках, например [1] или [2—5], при необходимости с указанием страниц. Ссылки на неопубликованные работы недопустимы. Список литературы должен размещаться в конце статьи и составляться в соответствии с ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Библиографическая ссылка».

Порядок составления списка следующий: для книг: фамилия и инициалы автора (авторов), полное название, место и год издания, издательство, общее количество страниц; для глав в книгах и статей в сборниках: фамилия и инициалы автора (авторов), полное название статьи, полное название книги, фамилия и инициалы редактора (редакторов), место и год издания, издательство, номера первой и последней страниц; для журнальных статей: фамилия и инициалы автора (авторов), полное название статьи, название журнала, том издания, номер, номера первой и последней страниц. Если число авторов больше трех, вначале пишется название статьи, затем все авторы и далее название журнала, том издания, номер, номера первой и последней страниц; для диссертаций: фамилия и инициалы автора, докторская или кандидатская, полное название работы, год и место издания.

Ссылки на литературу в статьях, представленных для публикации зарубежными авторами, могут производиться с использованием международного стандарта.

Авторы самостоятельно несут ответственность за точность информации по цитируемой литературе.

9. Сведения об авторах. Сведения об авторах должны включать: фамилию, имя и отчество (полностью); степень, звание и занимаемую должность, полное и краткое наименование организации; число публикаций, в том числе монографий, учебных изданий; область научных интересов; контактную информацию: почтовый адрес (рабочий), телефон, факс, e-mail, моб. телефон (для связи с редакцией).

10. Заключение лицензионного договора. В соответствии с требованиями Гражданского кодекса РФ между авторами и журналом должен быть заключен лицензионный договор с приложением к нему акта приема-передачи произведения. Эти документы редакция направляет авторам статьи для подписи по эл. почте или по факсу с последующей отправкой оригиналов документов по почте.

Научно-практический журнал

Российское конкурентное право и экономика

Учредители:

- Федеральное государственное автономное учреждение «Учебно-методический центр» Федеральной антимонопольной службы» (г. Казань)
- Акционерное общество «Финансовый издательский дом «Деловой экспресс»

Журнал включен в перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России (ВАК) для опубликования основных научных результатов диссертаций на соискание ученых степеней доктора и кандидата наук

Плата за публикацию рукописей не взимается

При перепечатке и цитировании ссылка на журнал «Российское конкурентное право и экономика» обязательна

Присланные в редакцию материалы рецензируются и не возвращаются

Статьи, не оформленные в соответствии с Инструкцией для авторов, к рассмотрению не принимаются

Ответственность за достоверность фактов, изложенных в материалах номера, несут их авторы

Мнение членов редколлегии и редсовета может не совпадать с точкой зрения авторов

Редакция не имеет возможности вести переписку с читателями (не считая ответов в виде журнальных публикаций)

Журнал издается с 2011 года

Периодичность: ежеквартально

© Российское конкурентное право и экономика, 2020

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
ПИ № ФС77-66313 от 01.07.2016

Формат 60 × 84 1/8. Объем 10 печ. л. Печать офсетная

Тираж 3000 экз.

Подписано в печать 19.03.2020

Редакция:

Главный редактор

Максимов Сергей Васильевич
E-mail: osipova@fas.gov.ru, journal@dex.ru

Ответственный секретарь

Виноградова Лилия Владимировна
E-mail: journal@dex.ru

Отдел подписки

Тел.: +7 (495) 787-52-26
E-mail: journal@dex.ru

Верстка:

Луговой Александр Вячеславович,
Столбова Марина Сергеевна,
Королева Светлана Ивановна

Корректур:

Легостаева Инна Леонидовна,
Синаюк Рива Моисеевна,
Шольчева Янина Геннадьевна

Адрес редакции:

125167, г. Москва, ул. Восьмого Марта 4-я, д. 6А
АО ФИД «Деловой экспресс»
Тел.: +7 (495) 787-52-26

Издание, распространение и реклама —

АО ФИД «Деловой экспресс»,
125167, г. Москва, ул. Восьмого Марта 4-я, д. 6А
Тел.: +7 (495) 787-52-26
E-mail: journal@dex.ru
<http://www.dex.ru>

Альтернативная подписка

«Пресса России», индекс 43225