



Федеральная
Антимонопольная
Служба

15 ЛЕТ
ФАС РОССИИ

Российское конкурентное право и экономика

Научно-практический журнал

№ 3 (19) 2019
ISSN: 2542-0259

Выпуск подготовлен
при участии Ассоциации
антимонопольных экспертов



№ 3 (19) 2019
№3 (19) 2019

ISSN: 2542-0259

Научно-практический журнал

Российское конкурентное право и экономика*

Scientific and Practical Journal

Russian competition law and economy

Выпуск подготовлен при участии
Ассоциации антимонопольных экспертов



Учебно-методический центр
ФАС России



АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ

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 ИГИМО 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 ИПРАН 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

Блажиев Виктор Владимирович

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

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 ИПиНБ РАНХиГС при Президенте РФ

Тосунян Гарегин Ашотович

член-корр. РАН, д.ю.н., проф., зав. сектором банковского и финансового права ИГП РАН

Федоров Александр Вячеславович

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

Миндели Леван Элизбарович (руководитель экономической секции)

член-корр. РАН, д.э.н., проф., научный руководитель ИПРАН РАН

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

Глинкина Светлана Павловна

д.э.н., проф., руководитель научного направления «Международные экономические и политические исследования» ИЭ РАН

Голобокова Галина Михайловна

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

Джужич Петар

проф. технологическо-металлургического факультета Университета в Белграде, Республика Сербия

Кашеваров Андрей Борисович

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

Клеева Людмила Петровна

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

Колесников Сергей Иванович

академик РАН, д.м.н., проф., засл. деятель науки РФ, зам. главного ученого секретаря Президиума РАН

Князева Ирина Владимировна

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

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

Караганчу Анатолий Владимирович

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

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., засл. деятель науки РФ, директор ЦИПБ РАН, зам. председателя Президиума ВАК при Минобрнауки России

Содержание

Обращение к читателям

- 4 О пользе кодификации правил экономического поведения и цифровом конкурентном кодексе
С. В. Максимов

Теория конкурентного права

- 6 Мнимая конкуренция должна быть прямо запрещена законом
К. Н. Алешин, ФАС России, г. Москва
- 10 Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке: проблемы административной ответственности
И. В. Баилаков-Николаев, Российский экономический университет им. Г. В. Плеханова, Ассоциация антимонопольных экспертов, г. Москва

Проблемы совершенствования антимонопольного и проконкурентного законодательства

- 16 Проблема доступа антимонопольных органов к тайне связи
А. В. Рего, Ассоциация антимонопольных экспертов, г. Москва
А. Ю. Мацкевич, ПАО «МТС», г. Москва
- 20 Комментарий к статье «Проблема доступа антимонопольных органов к тайне связи»
К. Н. Алешин, ФАС России, г. Москва
- 22 Российские «интеллектуальные иммунитеты» в условиях Евразийского экономического союза
Е. А. Кузнецова, М. Ю. Кот, Юридическая фирма «Инфралекс», г. Москва
- 28 Комментарий к статье «Российские “интеллектуальные иммунитеты” в условиях Евразийского экономического союза»
А. В. Молчанов, ФАС России, г. Москва
- 30 Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики
И. В. Акимова, Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации, Адвокатское бюро BGP Litigation, г. Москва
К. Б. Симакова, Адвокатское бюро BGP Litigation, г. Москва
- 36 Общая математическая модель «дорожной карты» борьбы с картелями
Ю. Г. Васин, Институт актуального образования «ЮрИнфоР», г. Москва
Т. Ю. Рудая, Ростовский юридический институт МВД России, г. Ростов-на-Дону

Проблемы антимонопольной правоприменительной практики

- 42 Проблемы внедрения системы антимонопольного комплаенса в компании
А. Н. Астанин, Банк ВТБ (ПАО), Ассоциация антимонопольных экспертов, г. Москва
- 46 Изменение условий государственного контракта как вид нарушения антимонопольного законодательства
М. А. Максимова, Коллегия адвокатов «АртЛекс», Институт права Башкирского государственного университета, член Ассоциации антимонопольных экспертов, г. Уфа
- 54 Нарушение конкуренции онлайн-платформами в сфере туризма (в части требований о паритете цен): опыт зарубежных стран
О. В. Мильчакова, ФАС России, Московский государственный юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва

Экономический анализ для целей антимонопольного регулирования

- 60 Анализ допустимости сделок экономической концентрации: анализ лучших практик
В. Пружанский, партнер RBB Economics, г. Брюссель
- 68 Цены на бензин в России — осознанное движение вверх?
С. Г. Беляев, И. А. Капитонов, Высшая школа тарифного регулирования РЭУ им. Г. В. Плеханова, г. Москва

Проблемы совершенствования функций антимонопольного регулятора

- 78 Ведомственная апелляция ФАС России: роль правовых позиций в формировании единообразия правоприменительной практики
О. А. Москвитин, Институт конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», Ассоциация антимонопольных экспертов, г. Москва
И. П. Бочинин, Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва
- 84 Практика Апелляционной коллегии ФАС России (научный обзор наиболее значимых дел, рассмотренных во II квартале 2019 г.)
А. В. Молчанов, ФАС России, г. Москва

О пользе кодификации правил экономического поведения и цифровом конкурентном кодексе

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право и экономика, 2019

On the benefits of codifying rules of economic behavior and digital competition code

С. В. Максимов,
главный редактор журнала «Российское конкурентное право и экономика», помощник руководителя ФАС России, доктор юридических наук, профессор

Sergey V. Maksimov,
Editor in Chief «Russian Competition Law and Economics» journal, Assistant to the Head of the FAS Russia, Doctor of Law, Professor

Тема редакционной статьи третьего номера «Российского конкурентного права и экономики» за 2019 г. навеяна анализом публикуемых материалов. Несмотря на многообразие затрагиваемых нашими авторами проблем (от государственного реагирования на мнимую конкуренцию (К. Н. Алешин) до пределов применения российских «иммунитетов» на антимонопольное регулирование в сфере оборота объектов интеллектуальной собственности в условиях ЕАЭС (Е. А. Кузнецова и М. Ю. Кот) и особенностей экономического анализа в сделках экономической концентрации (В. Пружанский), все публикации объединены общим выводом о несовершенстве правового регулирования экономического поведения, в том числе поведения, связанного с соблюдением правил конкуренции. Вопреки титаническим масштабам и высоким темпам реформирования экономического законодательства, уровень его противоречивости не снижается, а растет. Вместе с ним растет и объективная потребность в систематизации «облачного» экономического регулирования.

Саму идею кодификации многочисленных правил экономического поведения граждан, организаций и государств, а также их объединений¹ нельзя назвать новой.

Значительная часть этих правил давно кодифицирована в форме отраслевых и межотраслевых законов. Большую часть действующих в России кодексов составляют кодифицированные акты, регулирующие собственно экономическое поведение (гражданский, налоговый, таможенный, земельный, бюджетный и др.)². При этом ни про один из них нельзя сказать, что он регулирует только экономическое поведение.

Также неправильным будет утверждение, что «неэкономические» кодексы не регулируют экономические отношения. Вопреки устоявшимся, например, в теории уголовного права представлениям о предмете регулирования уголовного законодательства³

¹ К правилам экономического поведения относятся не только собственно закрепленные в нормативных правовых актах и международных договорах правила производства, обмена, распределения и потребления товаров (в том числе работ и услуг) и многочисленные правила, обеспечивающие развитие соответствующих экономических отношений в нужных для конкретного государства или цивилизации в целом направлениях, но и этические правила, не облеченные в форму нормативного правового акта. — *Прим. авт.*

² По данным Минюста России, на 20 сентября 2019 г. в нашей стране действовали 25 федеральных кодексов, а также Таможенный кодекс Евразийского экономического союза, вступивший в силу 1 января 2018 г. Последним из федеральных кодексов был принят Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. См.: Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 09.01.2018.

³ См., например: Гаухман Л. Д. Задачи и функции уголовного права (§ 2 гл. II) // Уголовное право. Общая часть: Учебник. 2-е изд. доп. и перераб. М.: Эксмо, 2005. С. 14.

действующий УК РФ не только охраняет (ст. 2) общественные экономические отношения, понимаемые как социальные ценности, но и косвенно регулирует экономические отношения, понимаемые как правоотношения, возникающие между их субъектами.

В экономическом смысле вид, размер и вероятность наказания за нарушение правил экономического поведения объективно являются рисками, определяющими рентабельность любого вида предпринимательства и целесообразность любой экономической деятельности. Возможно, по этой причине законодатель так часто прибегает к уголовному закону как к инструменту увеличения рисков, связанных с отклонением от разрешенного экономического поведения.

Эти рассуждения составляют ничтожную часть аргументов, подтверждающих универсальную природу экономического поведения как единого механизма. Правовое регулирование этого механизма по своей сути столь же универсально, как и сам механизм. В связи с этим в нем заложено объективное стремление к единой системе, первым проявлением которой служит кодификация как начальный этап осмысления внутреннего единства той или иной совокупности правил поведения.

Если бы экономическое поведение было механическим («бездушным»), а не «живым», каковым оно является благодаря своему материальному первосубъекту — человеку (юридическое лицо всегда было и останется правовой фикцией, производной от действительного субъекта экономического поведения), то вопрос составления единого свода правил такого поведения давно был бы решен.

Невозможность регулирования экономических отношений без воздействия на человека, его духовное начало, разум и эмоции делает задачу полной систематизации такого регулирования чрезвычайно сложной, несмотря на наличие объективных предпосылок.

Хотя на сегодня официально кодифицирована меньшая часть из более чем 9 млн нормативных правовых актов страны, неофициальная («латентная») систематизация охватывает подавляющее их большинство. На деле мы уже имеем не только неофициальный электронный («цифровой») свод законов и иных нормативных правовых актов в виде разделов автоматизированных баз правовых данных («КонсультантПлюс», «Кодекс», «Гарант» и др.), но и неофициальные своды фактических судебных и досудебных прецедентов правоприменения, а также корреспондирующие им своды доктринальных толкований.

Любой правопользователь имеет возможность убедиться в этом при попытке найти с помощью такой базы ответ на тот или иной запрос. Автоматическая идентификация совокупности нормативных правовых актов, отвечающих на запрос, и есть не что иное, как форма систематизации взаимосвязанных правовых норм. Разуме-

ется, идентифицируемая таким образом система правовых норм не может подменить собой кодекс, в котором общие и специальные нормы четко разделены и упорядочены.

Наличие неофициальных «цифровых» сводов нормативных правовых актов, фактических прецедентов правоприменения и доктринальных толкований создает хорошие предпосылки для разработки математической модели кодификации правил конкурентного поведения хозяйствующих субъектов, которые составляют важную часть правил экономического поведения.

К иным предпосылкам разработки *конкурентного кодекса* на основе математической модели следует отнести: 1) взаимную заинтересованность государства, предпринимательского сообщества и граждан в сбалансированном регулировании отношений развития и защиты конкуренции на основе общих целей, задач и принципов; 2) быстрое разрастание системы нормативных правовых актов о конкуренции (на 1 сентября 2019 г. их число превышало 400); 3) начавшееся обособление внутри отрасли конкурентного права четырех его подотраслей: материального проконкурентного и материального антимонопольного; процессуального проконкурентного и процессуального антимонопольного; 4) наличие значительного теоретического опыта кодификации конкурентного законодательства⁴; 5) успешный опыт использования математических моделей в целях повышения эффективности реализации контрольно-надзорных функций; 6) опыт развития единого регулятора в сфере конкуренции — Федеральной антимонопольной службы⁵.

Особое значение для перспектив реализации этой идеи будет иметь опыт использования Федеральной антимонопольной службой «большого «цифрового» кота» как частично автоматизированной технологии выявления и пресечения картелей. Помимо прочего данная технология позволит более точно оценивать эффективность применяемых мер административной и уголовной ответственности за картели.

Пожалуй, впервые в истории цивилизации заинтересованный законодатель получил реальную возможность использовать математическое моделирование механизма воздействия правовых норм на экономическое поведение для уменьшения негативных последствий правовых экспериментов на «живой» экономике и создания системы объективного мониторинга эффективности такого регулирования. ■

⁴ См.: Государственная конкурентная политика и стимулирование конкуренции в Российской Федерации: Монография. В 2 томах. М.: Научный эксперт, 2009. Т. 2. С. 157—337.

⁵ См.: Уроки 15-летия Федеральной антимонопольной службы (редакционная статья) // Российское конкурентное право и экономика. 2019. № 1. С. 5.

Мнимая конкуренция должна быть прямо запрещена законом

К. Н. Алешин,

ФАС России,

г. Москва

Аннотация

В статье раскрывается содержание понятия мнимой конкуренции и ее негативное влияние на реальную конкуренцию.

Подвергается критике нормативистский подход к толкованию конституционного запрета на монополизацию и монополистическую деятельность.

Обоснована необходимость законодательного закрепления запрета (запретов) на мнимую конкуренцию как форму (формы) монополистической деятельности.

Ключевые слова: мнимая конкуренция, антимонопольный орган, товарный рынок, торги, антимонопольное законодательство, монополизация, монополистическая деятельность.

Imaginary competition must be expressly prohibited by law

K. N. Aleshin,

FAS of Russia,

Moscow

Annotation

The article reveals the content of the concept of imaginary competition and its negative impact on real competition.

The formal normative approach to the interpretation of the constitutional ban on monopolization and monopolistic activity is criticized.

The necessity of legislative consolidation of prohibition (prohibitions) on imaginary competition form (forms) of monopolistic activity is substantiated.

Keywords: perceived competition, the competition authority, the commodity market, auctions, anti-trust, monopolization, monopoly activities.

*In fraudem legis facit,
qui salvis verbis legis,
sententiam juscircum venit¹*

Значительное внимание проблемам борьбы с мнимой конкуренцией сегодня уделяется не только в научной литературе [1—3], но и в практике антимонопольного регулирования [4].

Статья 1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»² (далее — Закон о защите конкуренции) относит к предмету регулирования соответствующего Закона организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, а также недопущения, ограничения, устранения конкуренции.

В своей практике антимонопольные органы неоднократно сталкивались с явлением мнимой конкуренции. Несмотря на антиконкурентную природу таких действий, их квалификация как нарушения антимонопольного законодательства либо затруднительна

¹ Тот обходит закон, кто, соблюдая его букву, действует не в духе закона (перевод с лат.).

² Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Мнимая конкуренция должна быть прямо запрещена законом

(и такое решение сопряжено с высоким риском отмены в связи с отсутствием всех элементов состава соответствующего правонарушения), либо вообще невозможна (поскольку в ряде случаев такое поведение будет считаться допустимым с точки зрения Закона о защите конкуренции).

Действия, охватываемые категорией мнимой конкуренции, не подпадают под определение понятия монополистической деятельности, поскольку формально направлены не на ограничение конкуренции, а на создание видимости конкуренции, ее имитацию. В связи с этим такие действия заслуживают отдельного рассмотрения именно как формы антиконкурентного поведения. Предлагаем далее использовать для обозначения данного явления понятие «мнимая конкуренция», не беря его в кавычки.

Понятие мнимости в юридической науке практически тождественно общепринятому смыслу этого слова. Например, мнимая оборона в теории уголовного права — это оборона против воображаемого, а не действительного посягательства. Мнимая сделка в гражданском праве — это сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия (п. 1 ст. 170 ГК РФ)³.

Очевидно, что в состоянии мнимой конкуренции находятся хозяйствующие субъекты, только один из которых будет действительным участником товарного рынка или торгов, а остальные фактически не реализуют товар на этом рынке, не принимают участия в конкурентной борьбе на торгах и не претендуют на победу в них. Их заявка на участие в торгах или информация о присутствии на товарном рынке не имеют цели реализовать или приобрести какой-либо товар (услугу), их действия не направлены на получение собственной прибыли, а осуществляются «формально», в интересах организатора этой «схемы» и только для того, чтобы у любого заинтересованного лица создавалось впечатление о наличии конкуренции на рынке или торгах, либо с целью создать искаженное представление контролирующих органов о степени концентрации данного рынка.

Итак, в соответствии с буквой Закона о защите конкуренции мнимая конкуренция не является формой монополистической деятельности. Согласно п. 10 ст. 4 указанного Закона, формами монополистической деятельности являются злоупотребление доминирующим положением, соглашение или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью.

Существует мнение, что не все ограничивающие конкуренцию действия являются запрещенной формой поведения, а лишь те из них, которые прямо поименованы в законодательстве (федеральном законе) как монополистическая деятельность. Такой вывод основан на суждении, согласно которому Конституция Российской Федерации запрещает формы монополизации и недобросовестной конкуренции (ч. 2 ст. 34), исчерпывающим образом перечисленные в Законе о защите конкуренции. Представляется, что это не так. Соотношение понятий «монополистическая деятельность» и «монополизация» является дискуссионным в конкурентном праве. Так, С. А. Парацук считает, что термин «монополизация», понимаемый как запрещенное поведение, является более широким по сравнению с термином «монополистическая деятельность». Монополизация будет включать монополистическую деятельность хозяйствующих субъектов, антимонопольные нарушения при осуществлении экономической концентрации, антиконкурентные действия при проведении торгов, антиконкурентные действия и соглашения органов власти и др. [5]. Поэтому (исходя из смысла ч. 2 ст. 34 Конституции РФ) в целях правового регулирования необходимо разграничивать правомерное осуществление монополии от противоправного [5].

Законодательство не отождествляет понятия «монополизация» и «монополистическая деятельность». И если Закон о защите конкуренции дает легальное определение понятия монополистической деятельности, то, что такое «монополизация», ни одним нормативным правовым актом не определено. Можно предположить, что монополизация — это процесс, осуществление действий, направленных на ограничение конкуренции с целью получения субъектом монополизации, в итоге, доминирующего или монопольного положения на товарном рынке.

То есть Конституция РФ защищает конкуренцию от любых форм ограничения, а не только от тех, которые являются монополистической деятельностью и включают деяния, перечисленные в п. 10 ст. 4 Закона о защите конкуренции. То есть свобода экономической деятельности, гарантированная ч. 1 ст. 8 Конституции РФ: («В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности»), ограничена свободой конкуренции. Как только экономическая деятельность начинает ограничивать конкуренцию одним из запрещенных законом способов, она становится монополистической деятельностью, то есть правонарушением.

В отличие от монополистической деятельности, монополизация может осуществляться не только хозяйствующими субъектами, участниками какого-либо товарного рынка или торгов, но и, например, органами власти, организаторами торгов, государственными заказчиками и т. д. И это отличие однажды было закреплено законодателем.

³ Большой юридический словарь // Интернет-издание / https://petroleks.ru/dictionaries/dict_big_law13.php. Дата обращения: 26.08.2019.

В первом российском законодательном акте, охраняющем конкуренцию, Законе РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (ч. 9 ст. 4) монополистическая деятельность определялась как противоречащее антимонопольному законодательству действия (бездействие) хозяйствующих субъектов или федеральных органов исполнительной власти, органов власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, направленные на недопущение, ограничение или устранение конкуренции⁴. Указанным Законом монополистическая деятельность субъектов предпринимательства и неправомерная деятельность органов и организаций публичной власти были разделены, поскольку правонарушения указанных органов, направленные на ограничение конкуренции, по своей правовой природе не являются монополистической деятельностью [5]. То есть деятельность органов власти по ограничению конкуренции является не монополистической деятельностью, а запрещенной формой монополизации.

С этой точки зрения создание мнимой конкуренции также будет запрещенной формой монополизации, если будет доказано, что сама по себе мнимая конкуренция (а не антиконкурентные действия субъектов, находящихся в условиях мнимой конкуренции) является ограничивающим конкуренцию фактором.

Попробуем разобраться с этим вопросом. Итак, законодатель говорит нам, что негативное влияние на конкуренцию можно оказать путем ее устранения, недопущения или ограничения. Именно эти виды негативных последствий для конкуренции поименованы в ст. 11—17 Закона о защите конкуренции как условие противоправности тех действий, которые могут к этим последствиям привести. Может ли мнимая конкуренция привести хотя бы к одному из этих последствий?

Представляется, что может. Поскольку мнимая конкуренция подразумевает скоординированные действия как минимум двух участников рынка, один из которых будет только имитировать свое участие в данном товарном рынке или торгах, то и их мнимая рыночная сила, которую определяют для себя потенциальные конкуренты, желающие войти на этот рынок, будет восприниматься заинтересованными лицами как большая в сравнении с рыночной силой одного участника рынка. Таким образом, сам факт создания видимости присутствия на рынке дополнительного конкурента создает у потенциальных участников рынка ложное представление как о структуре рынка, так и о величине барьеров входа, которые этому потенциальному участнику предстоит преодолеть. Таким образом, мнимая конкуренция, даже если она не сопровождается антиконкурентным соглашением или иной формой «тра-

диционной» монополистической деятельности, уже является ограничивающим конкуренцию фактором, так как может удерживать потенциальных реальных конкурентов от входа на рынок, на котором она имеет место.

Далее, если речь идет о мнимой конкуренции на монопольном или олигопольном рынке, то она может являться фактором, устраняющим потенциальную конкуренцию монополиста с хозяйствующими субъектами, претендующими на участие на таком рынке, так как создает для монополиста возможности иметь дополнительные доходы сверх размера цены, который сложился бы на его товар в ситуации «обычной», не завуалированной монополии.

И наконец, мнимая конкуренция может ограничивать конкуренцию путем получения «псевдоконкурентами» возможности совершать антиконкурентные действия, формально не нарушая антимонопольное законодательство (например, «обходя» нормы о контроле экономической концентрации или запреты на заключение антиконкурентных соглашений — как в случае с псевдоконкуренцией участников подконтрольной одному лицу группы лиц на торгах с целью манипулирования поведением реальных конкурентов).

Однако в приведенных примерах ограничение конкуренции осуществляется путем ее имитации по инициативе участника рынка или торгов, то есть хозяйствующего субъекта, реализующего свой товар.

Ограничивают ли конкуренцию действия заказчика, покупателя, организатора торгов, если он является инициатором создания условий мнимой конкуренции?

Представляется, что ограничивают, поскольку такие его действия сами по себе могут приводить к последствиям, например, установленным ст. 17 Закона о защите конкуренции.

Например, имитируя проведение конкурентной процедуры отбора поставщика, дабы не наделять заранее определенного победителя торгов статусом единственного поставщика (это может повлечь ограничения при ценообразовании), то есть, выражаясь проще, чтобы купить подороже то, что без торгов можно было купить дешевле, и избежать контроля соблюдения порядка ценообразования, заказчик может инициировать приглашение на торги «псевдоконкурентов», которые на самом деле поставкой закупаемой продукции никогда не занимались и не планируют заниматься.

Тем самым заказчик не только придаст реализации антиконкурентного соглашения на торгах вид законной процедуры, но и затруднит антимонопольному органу доказывание факта нарушения ст. 17 Закона о защите конкуренции. Поскольку нарушение запрета, предусмотренного указанной статьей, имеет место только в случае, если в результате таких действий была или могла быть ограничена конкуренция, то наличие нескольких допущенных до торгов заявок «псевдоконкурентов» крайне затруднит доказывание такого ограничения.

⁴ См.: Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 16. Ст. 49.

Мнимая конкуренция должна быть прямо запрещена законом

Если антимонопольный орган не сможет доказать негативное влияние на конкуренцию в результате односторонних действий заказчика, при отсутствии антиконкурентного соглашения с участником торгов (например, при создании преимущественных условий одному из участников торгов), действия «псевдоконкурентов» по созданию мнимой конкуренции на этих торгах не могут быть квалифицированы как нарушение какой-либо нормы Закона о защите конкуренции.

Вывод

Запреты на различные формы мнимой конкуренции должны быть прямо закреплены в отдельной статье (статьях) Закона о защите конкуренции и Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. ■

Литература

1. Степанова Е. Е. Контрактная система в сфере закупок: опыт цивилистического исследования: Монография. СПб.: Гамма, 2018. 228 с.
2. Куракин А. В., Сухаренко А. Н. К вопросу о декриминализации преступлений в системе государственно-

го оборонного заказа // Российская юстиция. 2018. № 10. С. 29—31.

3. Алешин К. Н. Мнимая конкуренция на торгах: проблемы квалификации // Российское конкурентное право и экономика. 2017. № 1. С. 28—31.
4. Доклад о состоянии конкуренции в России за 2017 год. М.: ФАС России, 2018. С. 23—24.
5. Паращук С. А. Монополия и монополизация: регламентация в российском праве: Сборник избранных статей по конкурентному праву. М.: МГУ им. М. В. Ломоносова, 2018. С. 76, 90, 91.

Сведения об авторе

Алешин Константин Николаевич: кандидат юридических наук, профессор кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, доцент кафедры правовой защиты экономической конкуренции СПбГУ, заместитель начальника Правового управления Федеральной антимонопольной службы

Контактная информация

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

Тел.: +7 (499) 755-23-23

E-mail: k.aleshin@fas.gov.ru

Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке: проблемы административной ответственности

И. В. Башлаков-Николаев,

Российский экономический университет им. Г.В. Плеханова, Ассоциация антимонопольных экспертов, г. Москва

Аннотация

В статье рассматриваются основание и условия применения мер административной ответственности за злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке — статья 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ).

Сделан вывод о том, что при установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке антимонопольный орган должен устанавливать выполнение всех необходимых условий, указанных непосредственно в Законе о защите конкуренции, а не только условий, определяемых на основании Приказа ФАС России от 28.04.2010 № 220.

Обоснована допустимость квалификации по ст. 14.31 КоАП РФ действий (бездействия) хозяйствующего субъекта только после получения им извещения антимонопольного органа о доминировании.

Предложены и обоснованы меры по расширению превентивной направленности антимонопольного регулирования на все виды злоупотребления хозяйствующими субъектами доминирующим положением, включая закрепление в антимонопольном законодательстве института запроса о должном поведении хозяйствующего субъекта.

Ключевые слова: административная ответственность, доминирующее положение, предупреждение о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства, запрос о должном поведении хозяйствующего субъекта.

Abuse of dominant position in the commodity market: problems of administrative responsibility

I. V. Bashlakov-Nikolaev,

Russian University of Economics n.a. G. V. Plekhanov, Association of Antimonopoly Experts, Moscow

Annotation

The article deals with the basis and conditions of administrative liability for abuse of a dominant position in the commodity market, provided for in article 14.31 of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation (CAO RF).

It is concluded that in establishing the dominant position of an economic entity in the commodity market, the Antimonopoly authority must establish the fulfillment of all the necessary conditions specified directly in the Federal Law on protection of competition (2006), and not only the conditions determined on the basis of the Order of the FAS of Russia dated 28.04.2010 № 220.

The admissibility of qualification under art. 14.31 CAO RF of actions (inaction) of an economic entity only after receiving notification of the Antimonopoly authority of dominance is proved.

Proposed and substantiated measures for increasing preventive orientation of antitrust regulation to all kinds of abuse by economic entities dominant position including fixing in antitrust Institute request on the proper behavior of the entity.

Keywords: administrative responsibility, a dominant position, warning about the inadmissibility of violation of the antimonopoly legislation, the request of the proper conduct of the business entity.

Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке...

Проблемам совершенствования мер юридической (в том числе административной) ответственности за злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке посвящено значительное число прикладных и фундаментальных исследований как в России [1, с. 154—221; 2, с. 58—89], так и за рубежом [3, с. 499—504].

В соответствии с ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ¹ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В соответствии с п. 16 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (далее — Постановление № 10) в силу ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ юридическое лицо привлекается к ответственности за совершение административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению². При этом согласно абзацу второму данного пункта выяснение виновности лица в совершении административного правонарушения осуществляется на основании данных, зафиксированных в протоколе об административном правонарушении, объяснений лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, в том числе об отсутствии возможности для соблюдения соответствующих правил и норм, о принятии всех зависящих от него мер по их соблюдению, а также на основании иных доказательств, предусмотренных ч. 2 ст. 26.2 КоАП РФ.

В пункте 16.1 Постановления № 10 указывается, что при рассмотрении дел об административных правонарушениях арбитражным судам следует учитывать, что понятие вины юридических лиц раскрывается в ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ. При этом в отличие от физических лиц в отношении юридических лиц формы вины КоАП РФ (ст. 2.2) не выделяет, и, следовательно, и в тех случаях, когда в соответствующих статьях Особенной части КоАП

РФ возможность привлечения к административной ответственности за административное правонарушение ставится в зависимость от формы вины, в отношении юридических лиц требуется лишь установление того, что у соответствующего лица имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но ими не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению (ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ). Обстоятельства, указанные в ч. 1 или ч. 2 ст. 2.2 КоАП РФ, применительно к юридическим лицам установлению не подлежат.

В Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за I квартал 2013 г.³ (Определение № 18-КГ12-62) отмечается, что в соответствии со ст. 2.1 КоАП РФ административным правонарушением признается противоправное, виновное действие (бездействие) физического или юридического лица, за которое в том числе законами субъекта РФ об административных правонарушениях установлена административная ответственность, и воспроизводится содержание п. 16 Постановления № 10. Одновременно указано, что назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

Из этого следует, что материальное основание административной ответственности за правонарушение (в том числе предусмотренное ст. 14.31 КоАП РФ) *должно быть конкретизировано* непосредственно в самом законе об административных правонарушениях, а не в ином акте органа государственной власти. Неопределенность содержания законодательного регулирования ведет к нарушению закрепленного в ч. 1 ст. 1.4 КоАП РФ *принципа равенства лиц, совершивших административные правонарушения, перед законом*.

Судебной практикой⁴ выработана правовая позиция, в соответствии с которой согласно ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ

¹ См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 02.08.2019) // СЗ РФ. 07.01.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

² Вестник ВАС РФ. 2004. № 8.

³ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за I квартал 2013 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 10.

⁴ См., например: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.08.2017 № Ф05-11251/2017 по делу № А41-1817/2017; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.11.2015 № Ф05-16266/2015 по делу № А40-57629/15 // СПС КонсультантПлюс (<http://www.consultant.ru>). Дата обращения: 31.07.2019.

предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. И при решении вопроса о виновности юридического лица в совершении административного правонарушения именно на него возлагается обязанность по доказыванию принятия всех зависящих от него мер по соблюдению правил и норм.

В пункте 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона “О рекламе”»⁵ выработана правовая позиция, в соответствии с которой вопрос о привлечении к административной ответственности ставится в зависимости от проявления лицом, привлекаемым к административной ответственности, должной осмотрительности и осторожности (кроме проверки предоставленных ему сведений на предмет соответствия фактическим обстоятельствам).

Данная позиция применена арбитражным судом кассационной инстанции на основании нормы ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ, в соответствии с которой юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. В частности, суд указал, что согласно данной формулировке вины субъекты административного производства не лишены возможности доказывать, что нарушение обязательных правил и норм вызвано чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами и другими непредвиденными, непреодолимыми для соответствующих отношений препятствиями, находящимися вне их контроля, притом что они действовали с той степенью заботливости и осмотрительности, какая требовалась в целях надлежащего исполнения законодательно установленных правил (норм), и что с их стороны к этому были приняты все меры. Следовательно, сделать выводы о невиновности лица возможно только при наличии объективно непредотвратимых обстоятельств либо непредвиденных препятствий, находящихся вне контроля данного лица.

Арбитражный суд кассационной инстанции⁶ выработал правовую позицию, в соответствии с которой *сделать выводы о невиновности лица возможно только при наличии объективно непредотвратимых обстоя-*

тельств либо непредвиденных препятствий, находящихся вне контроля данного лица.

Судебная практика выработала подход, в соответствии с которым при решении вопроса о виновности юридического лица в совершении административного правонарушения именно на него возлагается обязанность по доказыванию принятия всех зависящих от него мер по соблюдению правил и норм⁷.

Высшей судебной инстанцией также выработана позиция⁸, в соответствии с которой административный характер правоотношений, в которых находятся государственный орган и лицо, привлекаемое к административной ответственности, не допускает расширительного толкования норм об административной ответственности. Административная ответственность, предусмотренная в ч. 1 ст. 14.31 КоАП РФ, наступает лишь за те действия, которые прямо предусмотрены в диспозиции соответствующей нормы.

Анализ норм о вине юридических лиц, закрепленных в КоАП РФ, и судебной практики их применения позволяет заключить, что на отсутствие вины юридического лица указывают:

- 1) отсутствие установления и (или) конкретизации непосредственно в самом законе об административных правонарушениях материального основания административной ответственности;
- 2) наличие объективно непредотвратимых обстоятельств;
- 3) принятие всех зависящих мер по соблюдению правил и норм;
- 4) проявление должной осмотрительности и осторожности.

Некоторые авторы полагают, что согласно КоАП РФ вина юридического лица наступает и тогда, когда у юридического лица *не имелось возможности для соблюдения правил и норм*, за нарушение которых установлена административная ответственность, и тогда, когда *такая возможность была* и юридическое лицо приняло все зависящие от него меры для их соблюдения, но этих мер оказалось недостаточно [4].

Б. В. Россинский указывает на противоречивый характер положений КоАП РФ, устанавливающих виновность юридического лица в административном правонарушении, и на имеющееся, по сути, объективное вменение

⁵ См.: Вестник ВАС РФ. 2012. № 12; Экономика и жизнь (бухгалтерское приложение). 16.11.2012. № 45.

⁶ См.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 28.09.2016 № Ф03-3014/2016 по делу № А51-2808/2016 // СПС КонсультантПлюс (<http://www.consultant.ru>). Дата обращения: 31.07.2019.

⁷ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19 ноября 2015 г. по делу № А40-57629/15 // СПС КонсультантПлюс (<http://www.consultant.ru>). Дата обращения: 31.07.2018.

⁸ См.: Определение Верховного Суда РФ от 22.11.2017 № 307-АД17-8737 по делу № А56-23725/2014 // СПС КонсультантПлюс (<http://www.consultant.ru>). Дата обращения: 31.07.2018.

Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке...

юридическому лицу совершения административного правонарушения [5].

Для случая злоупотребления доминирующим положением рассмотрим вопрос о том, можно ли считать достаточно определенными правила и нормы, нарушение которых запрещено антимонопольным законодательством и влечет ответственность по ст. 14.31 КоАП РФ.

Необходимо также определить, есть ли в сфере защиты конкуренции у хозяйствующих субъектов объективная возможность установить факт доминирования на товарном рынке и есть ли такая обязанность у хозяйствующего субъекта.

Мы будем использовать это для того, чтобы понять, можно ли обязанность доказывания юридическим лицом невозможности соблюдения соответствующих правил считать основанием для установления своего доминирующего положения на рынке.

Установление правил и норм, нарушение которых влечет административную ответственность за злоупотребление доминирующим положением

В соответствии с ч. 1 ст. 14.31 КоАП РФ административной ответственности подлежит хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на товарном рынке (за исключением субъекта естественной монополии), совершивший действия, признаваемые злоупотреблением доминирующим положением и недопустимые в соответствии с антимонопольным законодательством РФ, если такие действия приводят или могут привести к ущемлению интересов других лиц и при этом результатом таких действий не является и не может являться недопущение, ограничение или устранение конкуренции, за исключением случаев, предусмотренных ст. 9.21 КоАП РФ.

Запрет, предусмотренный ст. 14.31 КоАП РФ, является бланкетным, поскольку основное содержание соответствующей нормы закреплено в антимонопольном законодательстве РФ.

В соответствии с ч. 1 ст. 2 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁹ (далее — Закон о защите конкуренции) антимонопольное законодательство РФ основывается на Конституции Российской Федерации, Гражданском кодексе Российской Федерации (ГК РФ) и состоит из Закона о защите конкуренции, иных федеральных законов, регулирующих отношения, указанные в ст. 3 Закона о защите конкуренции. Данные отношения, в соответствии с ч. 2 ст. 2 За-

кона о защите конкуренции, могут регулироваться постановлениями Правительства РФ, нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством. Часть 3 ст. 2 Закона о защите конкуренции закрепляет приоритет норм международных договоров над нормами Закона о защите конкуренции.

Из части 3 ст. 2 Закона о защите конкуренции следует, что, если международным договором РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены Законом о защите конкуренции, применяются правила международного договора РФ. При этом необходимо отметить, что если в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ установлен *приоритет* норм международного договора над законом вообще, то в ч. 3 ст. 2 Закона о защите конкуренции установлен *приоритет* норм международных договоров *над нормами собственно Закона о защите конкуренции*. Исходя из изложенного выше, правильнее было бы закрепить в ч. 3 ст. 2 Закона о защите конкуренции приоритет международного договора над антимонопольным законодательством в целом.

Необходимо также отметить, что из системного анализа наименования ст. 2 и содержания ч. 1 и 2 данной статьи Закона о защите конкуренции следует, что антимонопольное законодательство состоит *только из законов*, а иные нормативные акты — Правительства РФ и антимонопольного органа, издаваемые в соответствии с антимонопольным законодательством (законами), не относятся буквально к антимонопольному законодательству.

Из этого следует заключить, что признаки состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 14.31 КоАП РФ, могут определяться только Законом о защите конкуренции и иными законами, отнесенными к антимонопольному законодательству, но не иными нормативными правовыми актами.

Согласно ст. 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность *оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам*.

В части 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции установлены дополнительные основания для многосубъектного или коллективного доминирования.

Согласно ч. 8 ст. 5 Закона о защите конкуренции при проведении предусмотренного п. 3 ч. 2 ст. 23 того же Закона анализа состояния конкуренции антимонопольный

⁹ См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 18.07.2019) «О защите конкуренции» (с изм. и доп., вступ. в силу с 29.07.2019) // СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

орган дает оценку обстоятельствам, влияющим на состояние конкуренции, в том числе условиям доступа на товарный рынок, долям хозяйствующих субъектов на рынках определенного товара, соотношению долей покупателей и продавцов товара, периоду существования возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке утвержден Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее — Порядок 220)¹⁰.

Согласно п. 12.1 Порядка 220 доминирующее положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке определяется на основании ст. 5 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с п. 12.2 Порядка 220 доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара превышает 50%, если не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, такой хозяйствующий субъект не обладает возможностью 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.

На наш взгляд, данное определение понятия доминирующего положения *не соответствует* положениям ст. 5 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которым «доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам».

Причина, по которой в соответствии с Порядком 220 приоритетное значение для определения доминирующего положения приобрел количественный показатель рыночной доли, а не содержание данного понятия, вытекающее из ч. 1 и п. 2 и 3 ч. 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции, неясна.

При этом п. 12.3 Порядка № 220 устанавливает, что положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 50%, признается доминирующим, если это установлено исходя

из: 1) неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке (п. 6.6 Порядка 220); 2) относительного размера долей на товарном рынке, принадлежащих конкурентам хозяйствующего субъекта; 3) возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов (раздел VIII Порядка 220); 4) иных критериев, характеризующих товарный рынок.

При этом содержание данного пункта Порядка 220 полностью соответствует содержанию п. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которым доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 50%, если доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта установлено антимонопольным органом исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок.

В результате антимонопольные органы (вольно или невольно) упрощают процесс установления доминирующего положения, сводя его к определению рыночной доли.

Выводы

1. Поскольку Порядок 220 в соответствии с нормами ст. 2 Закона о защите конкуренции *не относится к собственно антимонопольному законодательству* (в том числе применительно к бланкетному содержанию запрета, закрепленного в ст. 14.31 КоАП РФ), то содержащаяся в нем интерпретация законодательной дефиниции доминирующего положения не может, на наш взгляд, рассматриваться в качестве равносильной аутентическому толкованию данной нормы-дефиниции самим законодателем.

2. Следуя букве закона (ч. 1 ст. 5 и ст. 10 Закона о защите конкуренции), при установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке антимонопольный орган *должен устанавливать выполнение всех необходимых условий, указанных непосредственно в Законе о защите конкуренции, а также отсутствие исключений из правил признания хозяйствующего субъекта занимающим доминирующее положение*.

3. При коллективном (многосубъектном) доминировании дополнительно должно устанавливаться соблюдение хозяйствующим субъектом условий, предусмотренных ч. 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции [6]. ■

¹⁰ См.: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 23.08.2010. № 34.

Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке...

Литература

1. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции». 2-е изд. / Отв. ред. И. Ю. Артемьев. М.: Статут, 2016. 1024 с.
2. Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства: проблемы теории и практики: монография / Отв. ред. С. В. Максимов, С. А. Пузыревский. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2016. 144 с.
3. Irinescu, L. Promoting competitiveness by fighting against abuses of a dominant market position // CES Working Papers. 2015. Vol. VII. Issue 2A. P. 499—504.
4. Бондарь Е. О., Фадеева И. В. Проблемы определения вины юридического лица по законодательству об административных правонарушениях // Современное право. 2016. № 2. С. 105—109.
5. Россинский Б. В. Размышления о вине юридического лица после нового прочтения работы В. Д. Сорокина «Комментарий избранных мест Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // Административное право и процесс. 2014. № 3. С. 22—27.
6. Башлаков-Николаев И. В. О некоторых проблемах регулирования и применения норм о «коллективном» (многосубъектном) доминировании // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 4. С. 71—78.

Сведения об авторе

Башлаков-Николаев Игорь Васильевич: кандидат экономических наук, старший научный сотрудник Российского экономического университета им. Г. В. Плеханова, почетный работник антимонопольных органов России, член Научного совета РАН по проблемам защиты и развития конкуренции, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация

Адрес: 117997, г. Москва, Стремянный пер., д. 36

Тел.: +7 (499) 237-84-87

E-mail: bniv@list.ru

УДК: 342.738

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Проблема доступа антимонопольных органов к тайне связи

А. В. Рего,

Ассоциация антимонопольных
экспертов,
г. Москва

А. Ю. Мацкевич,

ПАО «МТС»,
г. Москва

Аннотация

В статье рассматриваются вопросы законодательного определения и толкования правоприменителями понятия «тайна связи».

Авторы критикуют расширительный подход к толкованию понятия «тайна связи». Обоснована необходимость внесения в ст. 25 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» изменений, которыми антимонопольному органу будет предоставлено право на получение сведений о соединениях между абонентами и (или) пользователями услугами связи, а также дополнения указанного закона новой статьей, регулирующей порядок представления оператором связи таких сведений антимонопольному органу.

По мнению авторов, получение антимонопольным органом сведений о соединениях должно осуществляться только на основании судебного решения по результатам рассмотрения мотивированного ходатайства такого органа.

Ключевые слова: конкуренция, тайна связи, тайна телефонных переговоров, оператор связи.

The problem of access of antitrust authorities to secrecy of communication

A. V. Rego,

Association of Antitrust Experts,
Moscow

A. Yu. Matskevich,

MTS PJSC,
Moscow

Annotation

The article discusses the issues of legislative definition and interpretation of the concept of “secret communications” by law enforcement.

The authors criticize the broad approach to the interpretation of the concept of “secret communications”.

The necessity of introducing into article 25 of the Federal Law of July 26, 2006 No. 135-ФЗ “On Protection of Competition” amended by which the antimonopoly authority will be granted the right to receive information about connections between subscribers and (or) users of communication services, as well as to supplement the new law with a new law an article governing the procedure for the communication operator to submit such information to the antimonopoly authority.

According to the authors the receipt by the antimonopoly authority of information on compounds should be carried out only on the basis of a judicial decision based on the results of consideration of a motivated application of such an authority.

Keywords: competition, secret of communication, secret of telephone conversations, telecom operator.

Проблема доступа антимонопольных органов к тайне связи

Статья 23 Конституции Российской Федерации предусматривает, что каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Иными словами, согласно Конституции РФ переписка, телефонные переговоры, почтовые, телеграфные и иные сообщения являются тайной связи.

Пунктом 1 ст. 63 Федерального закона «О связи» от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ¹ (далее — Закон «О связи») предусмотрено, что на территории Российской Федерации гарантируется тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. В Законе «О связи» отсутствуют понятие «тайна связи», а также перечень относимых к ней сведений или нормативно закрепленные критерии такого отнесения. В этом отношении положения Закона, по мнению авторов, сформулированы недостаточно конкретно.

Как сложился существующий подход, предусматривающий расширительное толкование тайны связи?

Одним из ранних судебных актов по этому вопросу является Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 02.10.2003 № 345-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Липецка о проверке конституционности части четвертой статьи 32 Федерального закона от 16 февраля 1995 года «О связи»»². В этом документе суд пришел к выводу, что информацией, составляющей охраняемую Конституцией РФ и действующими на территории Российской Федерации законами тайну телефонных переговоров, считаются любые сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью телефонной аппаратуры, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонных аппаратов конкретных пользователей связи; для доступа к указанным сведениям органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, необходимо получение судебного решения.

Таким образом, Конституционный Суд РФ к тайне телефонных переговоров отнес содержание телефонного разговора, информацию о продолжительности такого разговора, а также иные сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью аппаратуры связи.

В буквальном понимании к тайне связи должно относиться содержание телефонных переговоров или передаваемых сообщений. По мнению А. Е. Чечетина, Конституционный Суд исходит из расширительного толкования понятия тайны телефонных переговоров, и такой подход нарушает баланс интересов государства и личности в сторону последнего [1]. А. В. Юшкевич под тайной связи понимает юридически охраняемые сведения, передаваемые по сетям электросвязи и сетям почтовой связи от одного пользователя к другому опосредованно через исполнителя любым способом передачи информации:

телефонные сообщения, почтовые, телеграфные и иные сообщения, входящие в сферу деятельности оператора связи [2]. Как мы видим, в теории нет однозначного понимания объема тайны связи.

Неточность определения информации, относящейся к тайне связи, приводит к сложностям в правоприменении. В рамках исполнения абонентского договора оператор связи обрабатывает и накапливает широкий массив информации. К ней относятся сведения об адресах посещенных сайтов в сети Интернет, а также IMEI³ оборудования, IMSI⁴, IP-адресах⁵ и геолокация пользовательского оборудования. Они могут обрабатываться для повышения потребительской ценности услуг связи для абонентов, а также в установленном порядке предоставляться органам государственной власти.

Насколько оправданным с точки зрения духа закона является отнесение к тайне связи, например, технических идентификаторов пользовательского оборудования⁶?

Очевидно, что указанные сведения не имеют такой же значимости для абонента в сравнении с содержанием передаваемых сообщений. Однако на практике в отношении них требуется соблюдение всех процедур, предусмотренных для доступа к тайне связи.

Как было отмечено ранее, согласно ст. 63 Закона «О связи» на территории Российской Федерации гарантируется тайна переписки, телефонных переговоров и иных передаваемых сообщений. Данные гарантии определяются рядом требований, в том числе допущением ограничения права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи, только в случаях, предусмотренных федеральными законами.

³ IMEI (International mobile equipment identity — международный идентификатор мобильного оборудования) — это уникальный идентификационный номер для каждого телефона или смартфона. — *Прим. авт.*

⁴ IMSI (International mobile subscriber identity) — международный идентификатор абонента мобильной сети. Служит для идентификации абонента сотовой связи в пределах всего мира. — *Прим. авт.*

⁵ IP-адрес (Internet protocol address) — уникальный сетевой адрес узла в компьютерной сети. — *Прим. авт.*

⁶ В судебной практике есть примеры отнесения таких сведений к тайне сведений. Например, признано незаконным постановление Банка России по делу об административном правонарушении за непредоставление Банку России сведений о динамическом IP-адресе. См.: Решение Арбитражного суда города Москвы от 3 июня 2014 г. № А40-40871/2014 // <https://sudact.ru/arbitral/doc/2uxrHYaypQL3/> Получение информации об IMEI, а также сведений о геолокации пользовательского оборудования возможно только по судебному решению. См.: Кассационное определение Московского городского суда от 22 октября 2012 г. по делу № 22-14126 // <https://sudact.ru/regular/doc/UI5xxH9JdVdw/>; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ», утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27 июня 2012 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 10.

¹ СЗ РФ. 14.07.2003. № 28. Ст. 2895.

² См.: Российская газета, 10.12.2003, № 250.

Таким образом, законодатель определил, что перечень конкретных обстоятельств и событий, наступление которых является поводом к ограничению тайны связи, определяется законом. При этом основанием для применения таких ограничений может быть только судебное решение.

В зависимости от того, относится ли орган государственной власти к органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, различается порядок получения им информации, составляющей тайну связи.

Статья 13 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»⁷ (далее — Закон об ОРД) закрепляет исчерпывающий перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. К ним относятся оперативные подразделения органов внутренних дел, Федеральной службы безопасности, Федеральной службы охраны, таможенных органов, Службы внешней разведки, Службы исполнения наказаний.

В статье 8 Закона об ОРД предусмотрена обязательность получения судебного решения для ограничения конституционного права человека на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений по сетям электрической и почтовой связи в рамках оперативно-розыскных мероприятий. Предусмотрены исключения из данного правила для случаев, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

Согласно п. 1 ст. 186¹ Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ)⁸ при наличии достаточных оснований полагать, что информация о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами имеет значение для уголовного дела, получение следователем указанной информации допускается только на основании судебного решения.

Наряду с запросами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, к операторам связи поступают обращения иных федеральных органов исполнительной власти с требованием предоставить сведения, относящиеся к тайне связи. Зачастую у операторов связи запрашивается детализация счета абонента, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения, сведения об адресах посещенных сайтов в сети Интернет, IP-адресе, геолокации пользовательского оборудования.

Возникает вопрос: достаточно ли для принятия оператором связи решения о предоставлении запрашиваемых сведений органу, осуществляющему оперативно-розыскную деятельность, тех норм специальных федеральных законов (например, Налогового кодекса Российской Фе-

дерации), которые закрепляют право соответствующего органа получать необходимую информацию?

Положительный ответ на данный вопрос противоречил бы ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, которая допускает ограничение тайны связи только на основании судебного решения, и создавал бы дисбаланс правового регулирования, связанного с ограничением тайны связи.

Вместе с тем законодательством предусмотрен случай, когда орган власти, не являющийся органом, имеющим право осуществлять ОРД, *получил право запрашивать тайну связи без судебного решения*.

Так, Федеральным законом от 3 августа 2018 г. № 310-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁹ Банку России предоставлено право получать доступ к тайне связи в части информации о почтовых переводах денежных средств без решения суда.

Следует отметить, что в первоначальной редакции законопроекта предлагалось наделить Банк России полномочием получать доступ к любой информации, относящейся к тайне связи, без судебного решения¹⁰. Однако в результате доработки законопроекта Банк России получил право доступа только к информации о почтовых переводах денежных средств без решения суда, то есть о совершении конкретных финансовых операций, осуществляемых с использованием средств почтовой связи. Такое изъятие имеет ограниченный характер и не касается информации о других услугах связи.

Антимонопольные органы также заинтересованы в получении от операторов сведений о соединениях, а также IMEI оборудования, IMSI, IP-адресах, геолокации пользовательского оборудования. Эта информация необходима при выявлении и рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства.

По мнению начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России А. П. Тенишева, цифровая экономика ставит новые задачи при выявлении сговоров на торгах, которые трудно решить в рамках действующего регулирования тайны связи. По его мнению, существует проблема консервативного понимания тайны связи [3].

На практике в попытках решить указанную проблему антимонопольное ведомство пытается привлекать к административной ответственности операторов связи за отказ в предоставлении сведений о соединениях. Вместе с тем в суде такой подход не поддерживается по причине отсутствия у антимонопольных органов правовых оснований для истребования запрашиваемой

⁷ СЗ РФ. 14.08.1995. № 33. Ст. 3349.

⁸ СЗ РФ. 17.06.1996. № 25. Ст. 2954.

⁹ См.: СЗ РФ. 06.08.2018. № 32 (ч. I). Ст. 5103.

¹⁰ См.: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/925980-6>. Дата обращения: 30.07.2019.

Проблема доступа антимонопольных органов к тайне связи

информации, поскольку она относится к тайне связи. Такие органы не являются органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, для которых предусмотрен специальный порядок получения такой информации без судебного решения¹¹.

Системное толкование норм законодательства о связи, определения Конституционного Суда Российской Федерации от 02.10.2003 № 345-О и правоприменительной практики позволяет сделать вывод, что для решения указанной проблемы требуется доработка законодательства о защите конкуренции в целях создания механизма получения такого доступа ФАС России.

В настоящее время предпринимаются попытки по либерализации режима тайны связи в отношении отдельных сведений. В рамках исполнения поручения Президента Российской Федерации В. В. Путина № Пр-1650 от 23 августа 2017 г. о подготовке предложений по обеспечению поиска пропавших людей с помощью геолокационных данных их мобильных устройств в Государственную Думу внесен законопроект № 546865-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹². В настоящее время правоприменительная практика относит данные о геолокации пользовательского оборудования к тайне связи. Вместе с тем указанный вопрос не урегулирован на уровне закона, что создает объективные трудности для определения правового статуса данных о местоположении пользовательского оборудования. Законопроектом вносится ясность и предлагается отнести данные о геолокации пользовательского оборудования к группе сведений об оказанных абоненту услугах, не являющихся тайной связи.

¹¹ УФАС России по Курганской области направило одному из операторов связи запрос о предоставлении информации о принадлежности IP-адресов, а также отчет по объему потребленного трафика сети Интернет с указанных IP-адресов в определенные временные интервалы, а также позже потребовало: указать, кому принадлежит IP-адрес, адрес места нахождения устройств, с которых осуществляется выход в сеть Интернет с указанного IP-адреса; договор, заключенный на предоставление услуг доступа в сеть Интернет; определить, какому абоненту был выделен указанный адрес для доступа в сеть Интернет в определенные (указанные) промежутки времени; предоставить отчет по объему потребленного трафика сети Интернет с IP-адреса с указанием сайтов посещенных ресурсов в определенное время. См.: Постановление Курганского областного суда от 28 августа 2015 г. по делу № 4А-194/2015 // <https://sudact.ru/regular/doc/BD6tPYhT2ww/>. Дата обращения: 26.08.2019.

¹² См.: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/546865-7> Дата обращения: 26.08.2019. Законопроект является комплексным решением проблемы поиска пропавших людей с помощью геолокационных данных их мобильных устройств и включает в себя изменения в Закон «О связи» и Закон «Об оперативно-розыскной деятельности». Предлагается геолокационные данные отнести к сведениям об оказанных абоненту услугах и предусмотреть право правоохранительных органов на получение указанной информации без судебного решения в случае пропажи человека, вводится обязанность оператора связи предоставлять геолокационные данные правоохранительным органам. — *Прим. авт.*

Вывод

Поскольку при рассмотрении дел о защите конкуренции востребована информация о том, кто, кому и когда совершал голосовой вызов или направлял сообщение по сетям электросвязи, о динамическом IP-адресе пользовательского оборудования, но без содержания переговоров, может быть предложен следующий подход.

Необходимо в ст. 25 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹³ внести изменения, которыми антимонопольному органу будет предоставлено право на получение сведений о соединениях между абонентами и (или) пользователями услугами связи.

Кроме того, целесообразно указанный закон дополнить новой статьей, регулирующей порядок предоставления оператором связи таких сведений антимонопольному органу.

Получение антимонопольным органом сведений о соединениях должно осуществляться только на основании судебного решения по результатам рассмотрения мотивированного ходатайства. В случае принятия судом решения о даче согласия на получение сведений, составляющих тайну связи, антимонопольный орган направляет такое решение оператору связи. ■

Литература

1. Чечетин А. Ограничение тайны связи // Законность. 2005. № 7. С. 38—40.
2. Юшкевич А. В. Правовые вопросы связи // Правовые вопросы связи. 2008. № 1. С. 26—28.
3. Тенишев А. П. Об антимонопольных киберпреступлениях, доступе к тайнам и цифровом спецподразделении // Конкуренция и право. 2018. № 5. С. 14—20.

Сведения об авторах

Рего Андрей Викторович: кандидат юридических наук, председатель Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация

Адрес: 109147, г. Москва, Марксистская ул., д. 4

Тел.: +7 (916) 640-35-30

E-mail: reav@mts.ru

Мацкевич Александр Юзефович: кандидат юридических наук, руководитель направления Департамента управления регуляторными рисками ПАО «МТС»

Контактная информация

Адрес: 109147, г. Москва, Марксистская ул., д. 4

Тел.: +7 (916) 753-78-43

E-mail: aymatske@mts.ru

¹³ СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

Комментарий к статье «Проблема доступа антимонопольных органов к тайне связи»

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

К. Н. Алешин,

заместитель начальника Правового управления ФАС России,
профессор кафедры экономического и антимонопольного
регулирования МГИМО МИД России, кандидат юридических наук

Тема правовой регламентации доступа антимонопольных и иных контрольно-надзорных органов к сведениям, составляющим тайну связи, активно обсуждается в современной юридической литературе¹.

Статья А. В. Рего и А. Ю. Мацкевича «Проблема доступа антимонопольных органов к тайне связи» посвящена анализу соотношения конституционных норм о защите тайны связи и отраслевых (межотраслевых) правовых норм, в том числе норм конкурентного права, закрепленных в антимонопольном законодательстве, позволяющих ФАС России получать сведения, относящиеся к аппаратным соединениям по каналам связи в ходе проведения антимонопольных расследований.

Актуальность рассматриваемой статьи сегодня во многом определяется той дискуссией, которая развернулась вокруг основных положений проекта федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации»² в части включения в него норм, расширяющих полномочия антимонопольных органов в ходе проведения проверок соблюдения антимонопольного законодательства и рассмотрения дел о заключении антиконкурентных соглашений (картелей), в том числе в части доступа к информации юридических и должностных лиц.

Поддерживая в целом стремление авторов найти оптимальное решение правовых проблем доступа антимонопольных органов к сведениям, составляющим тайну связи, трудно согласиться с некоторыми ключевыми позициями авторов публикации.

Прежде всего, представляется, что авторы не вполне корректно интерпретируют конституционные нормы об охране тайны переписки, телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи (ч. 2 ст. 23 гл. 2

«Права и свободы человека и гражданина» Конституции Российской Федерации) применительно к регулированию антимонопольного расследования.

Поскольку предметом проверок антимонопольного органа, а затем и предметом рассмотрения в рамках дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольным органом выступает, как правило, поведение хозяйствующего субъекта (как правило, юридического лица и лишь в редких случаях индивидуального предпринимателя), права граждан на тайну связи этой деятельностью антимонопольных органов, на наш взгляд, прямо не ограничиваются.

Попытка распространить действие конституционных норм, защищающих права гражданина, на публичных юридических лиц противоречит нормам федерального законодательства, устанавливающим для хозяйствующих субъектов иной правовой режим обращения с их перепиской и прочими формами связи.

Кроме того, в современных условиях хозяйствования наибольший интерес для антимонопольных органов представляет информация, передаваемая по каналам электронной почты и иным каналам в сети Интернет. Такая информация также имеет особый правовой режим, регулируемый специальным законодательством, и не относящийся к предмету регулирования ст. 23 Конституции РФ.

Отсутствие в статье анализа предмета и пределов действия конституционных норм о тайне связи с указанной точки зрения, на наш взгляд, не позволило авторам предложить оптимальное решение проблемы совершенствования регламентации доступа антимонопольных и иных контрольно-надзорных органов к сведениям, составляющим тайну связи.

Однако без споров, как известно, истина не рождается. ■

¹ См.: Иванов И. Действовать в интересах абонента // ЭЖ-Юрист. 2013. № 36; Бирюков А. Выездные антимонопольные проверки // Корпоративный юрист. 2012. № 6. (Приложение).

² См.: <https://regulation.gov.ru/p/74502>, ID проекта 02/04/10-17/00074502. Дата обращения 18.09.2019 г.

Антимонопольное регулирование в России

XI ежегодная конференция



Российские «интеллектуальные иммунитеты» в условиях Евразийского экономического союза

**Е. А. Кузнецова,
М. Ю. Кот,**
Юридическая фирма
«Инфралекс»,
г. Москва

Аннотация

Проблема отмены «интеллектуальных иммунитетов» многие годы сохраняет актуальность. По мнению ФАС России, отсутствие возможности антимонопольного контроля действий по распоряжению исключительными правами делает российский рынок уязвимым перед иностранными правообладателями. В действительности регулятор вправе применять антимонопольные запреты в отношении исключительных прав. Это полномочие прямо следует из международного договора России о Евразийском экономическом союзе, который, однако, сохраняет «интеллектуальные иммунитеты» для иностранных правообладателей. Поэтому исключение указанных изъятий из закона является необходимым шагом совершенствования антимонопольного регулирования, которое должно сопровождаться системными изменениями антимонопольного законодательства, в первую очередь расширением инструментария оценки состояния конкуренции в сферах интеллектуальной собственности и проведением границ антимонопольного контроля, сохраняющих предоставленный правообладателю круг правомочий.

Ключевые слова: *исключительные права, антимонопольные органы, ФАС России, интеллектуальные иммунитеты, антимонопольное законодательство, общие правила конкуренции, Договор о ЕАЭС.*

Russian intellectual immunities under the Eurasian Economic Union

**E. A. Kuznetsova,
M. Yu. Kot,**
Infralex law firm,
Moscow

Annotation

The problem of the abolishment of “intellectual immunities” has remained relevant for many years. According to Russia’s Federal Antimonopoly Service, the lack of antitrust control over the disposal of exclusive rights makes the Russian market vulnerable before foreign holders of intellectual rights. In fact, the regulator is entitled to impose antitrust restrictions on exclusive rights. This power is expressly stipulated by the Treaty on the Eurasian Economic Union, which still provides for “intellectual immunities” for foreign holders of intellectual rights. Therefore, the removal of these immunities from the law is a prerequisite for improvement of the antitrust regulation, which must be followed by systemic modification of the antitrust laws, in the first place, by expansion of competition assessment techniques in the field of intellectual property and by setting boundaries in respect of antitrust control, preserving the powers conferred on holders of intellectual rights.

Keywords: *exclusive rights, antitrust authorities, FAS Russia, intellectual immunities, antitrust laws, general competition rules, Treaty on the Eurasian Economic Union.*

Введение

Проблемы отмены «интеллектуальных иммунитетов» в сфере антимонопольного регулирования длительное время находятся в центре внимания не только правоприменителей, но и научного сообщества [1, с. 50–60; 2, с. 22–25; 3, с. 36–39; 4, с. 72–112; 5, с. 18–34]. Уже более семи лет антимонопольный орган России (Федеральная антимонопольная служба) инициирует принятие закона об отмене «интеллектуальных иммунитетов». Под «интеллектуальными иммунитетами» принято понимать исключения¹ из запретов злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений, которые применяются к действиям и соглашениям правообладателей по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (далее — РИД). Данные исключения применяются в отношении всех хозяйствующих субъектов вне зависимости от государства их регистрации (Российская Федерация или иностранное государство).

В условиях активно развивающейся цифровой экономики и роста числа цифровых рынков инициативу ФАС России об отмене «интеллектуальных иммунитетов» связывают с необходимостью защиты российских компаний от антиконкурентных действий транснациональных корпораций (Google, Apple, Microsoft)², которым принадлежит программное обеспечение, в том числе операционные системы. По заявлениям регулятора, положения ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о конкуренции) являются главным и единственным ограничением его возможности воздействовать на участников так называемых цифровых рынков.

В обоснование отмены «интеллектуальных иммунитетов» ФАС России указывает, что «на практике товар, произведенный на предприятии без использования интеллектуальных прав, подвергается антимонопольным ограничениям, а товар, произведенный на предприятии на основе патента (интеллектуальная составляющая), может реализовываться без учета антимонопольных требований. В итоге собственник товара, произведенного с использованием исключительных прав, получает необоснованные преимущества и в нарушение положений ст. 34 Конституции Российской Федерации мо-

жет монополизировать товарный рынок». По мнению регулятора, предлагаемые изменения позволят применить антимонопольное законодательство на «недискриминационной» основе к собственникам, обладающим «материальными» производственными средствами, и правообладателям исключительных прав³. Хотя предлагаемые законодательные изменения ФАС России мотивирует необходимостью регулирования цифровых рынков, в случае отмены «интеллектуальных иммунитетов» положения ст. 10 и 11 Закона о конкуренции будут применяться к действиям и соглашениям по осуществлению исключительных прав в отношении любых товаров, а не только цифровых продуктов⁴.

Проблема отмены «интеллектуальных иммунитетов» неоднократно являлась темой выступлений и научных публикаций, предметом жарких дискуссий между представителями антимонопольного ведомства и бизнес-сообщества. В данной статье авторы предлагают посмотреть на проблему под новым углом и разобраться в вопросе о том, действительно ли в действующем правовом поле ФАС России не может применять запреты злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений к действиям и соглашениям по распоряжению исключительными правами.

Правовое регулирование в условиях ЕАЭС

С 1 января 2015 г. Россия является участницей Договора о Евразийском экономическом союзе (далее соответственно — Договор; ЕАЭС)⁵. Договором создано экономико-правовое пространство, включающее территории Республики Армения, Республики Беларусь, Республики Казахстан, Российской Федерации и Кыргызской Республики (далее — государства-члены), на котором функционируют сходные и однотипные механизмы регулирования экономики, основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных и унифицированных правовых норм⁶.

³ Там же.

⁴ См.: Проект нормативного правового акта «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”». URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=74529> (Дата обращения: 10.07.2019).

⁵ См.: Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в г. Астане 29.05.2014 (ред. от 15.03.2018).

⁶ См.: Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в г. Астане 29.05.2014 (ред. от 15.03.2018), Договор о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. (подписан в г. Минске 10.10.2014) (ред. от 11.04.2017), Договор о присоединении Кыргызской Республики к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. Подписан в г. Москве 23.12.2014 (ред. от 14.05.2018).

¹ См. ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

² См.: Сводный отчет о проведении оценки регулирующего воздействия проекта акта с высокой степенью регулирующего воздействия в отношении проекта нормативного правового акта «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”». URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=74529> (Дата обращения: 10.07.2019).

В пункте 2 ст. 90 Договора, посвященного правовому режиму РИД, установлено, что государства-члены могут предусматривать в своем законодательстве нормы, которые обеспечивают больший уровень охраны и защиты прав на РИД, чем это предусматривается в международных правовых актах, применимых к государствам-членам, а также в международных договорах и актах, составляющих право ЕАЭС.

В статье 76 Договора установлены общие правила конкуренции, в том числе запреты злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений, которые применяются к хозяйствующим субъектам — резидентам государств-членов. Исчерпывающий перечень изъятий из установленных ст. 76 Договора запретов содержится в пп. 5 и 6 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (являющегося приложением № 19 к Договору). Договор не содержит оговорок о неприменении запретов ст. 76 к действиям по осуществлению исключительных прав. Согласно Договору, запрет антиконкурентных соглашений не может быть применен только к договорам коммерческой концессии (франчайзинга)⁷.

Пунктом 3 ст. 74 Договора предусмотрено право государств-членов устанавливать в своем законодательстве дополнительные запреты, а также дополнительные требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных ст. 76 Договора. В целях определения свободы усмотрения национального законодателя Большая коллегия Суда Евразийского экономического союза (далее — Суд) пришла к выводу, что данное право наделяет государства-члены компетенцией устанавливать нормы-запреты, а не нормы-дозволения⁸.

Согласно позиции, сформированной Судом, общие правила конкуренции обладают прямым действием и должны непосредственно применяться государствами-членами как нормы, закрепленные в международном договоре. В свою очередь, национальное законодательство может содержать дополнительные требования, ограничения и запреты по отношению к установленным общим подходам⁹.

Также Суд указал, что по вопросам, переданным на наднациональный уровень регулирования, государства-члены обязаны воздерживаться от принятия

национальных правовых актов, противоречащих нормам права Союза¹⁰. При этом любые действия уполномоченных органов государств-членов в сфере конкуренции, в том числе по принятию национальных нормативных правовых актов, должны быть совместимы с правом Союза, а противоречия между положениями права Союза и национальными нормами в сфере конкуренции разрешаются с учетом приоритета права Союза¹¹. Данный вывод Суда корреспондирует положениям Конституции Российской Федерации¹², которыми установлено, что международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, и если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

По мнению авторов, с учетом однозначного вывода Суда о правах национального законодателя в сфере антимонопольного регулирования положения ст. 90 Договора не могут рассматриваться как дозволение вводить ограничения в действие антимонопольных правил в качестве меры охраны (защиты) прав на РИД.

Положения ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Закона о конкуренции являются по своей сути нормами-дозволениями, которые исключают применение антимонопольных запретов к отдельным действиям и соглашениям. С учетом того, что Договор не содержит положений, позволяющих государствам-членам установить в национальном законодательстве дополнительные исключения из общих правил конкуренции о запретах злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений, возможно сделать вывод о том, что положения Закона о конкуренции об «интеллектуальных иммунитетах» не соответствуют международному договору.

Важно учитывать, что Договор не содержит антимонопольных правил в отношении хозяйствующих субъектов третьих стран, т.е. зарегистрированных за пределами ЕАЭС. О данной проблеме заявляют в Евразийской экономической комиссии, «наднациональном» антимонопольном органе, уполномоченном государствами-членами на осуществление контроля за соблюдением

⁷ См. подп. 1 п. 6 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору).

⁸ См. п. 3 раздела IV Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2017 № СЕ-2-1/1-17-БК «О разъяснении положений статей 74, 75, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014».

⁹ См. п. 2 раздела IV Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2017 № СЕ-2-1/1-17-БК «О разъяснении положений статей 74, 75, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014».

¹⁰ См. п. 5 Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 10.07.2018 «По заявлению Республики Беларусь о разъяснении положений Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014».

¹¹ Пункт 1 раздела III Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 18.06.2019 № СЕ-2-1/2-19-БК «По заявлению Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» о разъяснении положений статей 74, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 и пунктов 2 и 5 Критериев отнесения рынка к трансграничному, утв. Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 № 29».

¹² См. ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации.

Российские «интеллектуальные иммунитеты» в условиях Евразийского экономического союза

общих правил конкуренции на трансграничных рынках. В частности, проблему невозможности применения общих правил конкуренции к действиям иностранных компаний, зарегистрированных за пределами ЕАЭС, выступая на международном совещании — круглом столе по конкуренции и антимонопольному регулированию, поднял Серик Жумангарин — член Коллегии (министр) по конкуренции и антимонопольному регулированию Евразийской экономической комиссии [6].

Таким образом, положения Закона о конкуренции об «интеллектуальных иммунитетах» не соответствуют международному договору только в части регулирования отношений, в которых участвуют российские хозяйствующие субъекты и резиденты других государств-членов.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что российские «интеллектуальные иммунитеты» в отношении хозяйствующих субъектов государств-членов не подлежат применению с момента учреждения ЕАЭС, то есть с 1 января 2015 г., а ФАС России уже более четырех лет имеет правовые основания применять запреты ст. 10 и 11 Закона о конкуренции к их действиям и соглашениям (за исключением договоров франчайзинга¹³) в полном объеме.

То есть в действительности «интеллектуальные иммунитеты» существуют только в отношении иностранных хозяйствующих субъектов, в том числе транснациональных корпораций, регуляторный контроль над действиями которых ФАС России и планирует получить путем исключения из Закона о конкуренции ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11. Поэтому заявленная ведомством цель изменений — защита российского рынка от антиконкурентных действий иностранных компаний — представляется справедливой и обоснованной.

Проблемы правоприменения

По словам заместителя руководителя ФАС России С. А. Пузыревского, изъятие иммунитетов для интеллектуальной собственности из антимонопольного законодательства позволит восстановить нарушенный действующим законодательством баланс между защитой прав интеллектуальной собственности и защитой конкуренции как конституционно значимыми ценностями [5, с. 19].

При этом, по мнению авторов, существует куда более значимая проблема дисбаланса правового регулирования. Так, если тема о равновесии прав собственников, обладающих «материальными» производственными средствами, и правообладателей исключительных прав

является дискуссионной, то существующее в настоящее время дискриминационное правовое регулирование в отношении отечественных и иностранных компаний очевидно. Усугубляет данную проблему отсутствие эффективных инструментов анализа рынков исключительных прав, а также отсутствие взаимосвязи норм антимонопольного законодательства с нормами других нормативных правовых актов.

Определение положения правообладателя на рынке

В Определении от 22.04.2004 № 171-О Конституционный Суд Российской Федерации указал, что исключительное право является легальной монополией правообладателя в отношении принадлежащего ему объекта интеллектуальных прав¹⁴. Возможно предположить, что антимонопольный орган будет исходить из того, что исключительное право гарантирует его правообладателю наличие доминирующего положения в сфере соответствующего РИД.

При этом признание факта доминирования, исходя только из наличия у хозяйствующего субъекта исключительных прав на РИД, необоснованно и будет противоречить Закону о конкуренции. Согласно действующим антимонопольным правилам для установления доминирующего положения ФАС России обязана провести анализ товарного рынка, в том числе определить его продуктовые и географические границы, а также оценить рыночную силу соответствующего хозяйствующего субъекта¹⁵. Существует класс объектов, в отношении которых разделение РИД и связанных с ними прав, с одной стороны, и товара, произведенного с помощью РИД, — с другой, сложно, а в некоторых случаях в принципе невозможно. Примером таких товаров являются программное обеспечение, программы ЭВМ, базы данных и т. д. Необходимо констатировать, что действующие правила анализа товарных рынков не учитывают подобные особенности, а имеющийся у антимонопольного органа инструментарий недостаточен для полной и объективной оценки состояния конкуренции на рынках исключительных прав на РИД.

¹³ Данное исключение предусмотрено также ч. 1 ст. 12 Закона о конкуренции.

¹⁴ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 22.04.2004 № 71-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб общества с ограниченной ответственностью «К-2» и гражданки Бузулуцкой Виктории Викторовны на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 4 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»».

¹⁵ См.: 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.

Оценка действий и соглашений правообладателей

Исходя из специфики института исключительных прав базовым активом являются исключительные права на РИД, а основным механизмом взаимодействия правообладателей и приобретателей прав на РИД является лицензионный договор.

Поэтому неизбежным последствием применения запретов ст. 10 Закона о конкуренции к действиям «легальных монополистов» может быть антимонопольная оценка таких практик, как отказ в заключении лицензионного договора с некоторыми покупателями в отсутствие экономических и (или) технологических причин; установление монопольно высокой цены на предоставление права использовать товарный знак правообладателя; установление различных сумм вознаграждения за использование РИД при прочих равных условиях; предоставление права на использование РИД в совокупности с другими объектами (например, «пакетное» лицензирование) и другие.

Также соглашения правообладателей смогут быть проверены на предмет наличия в них таких ограничивающих конкуренцию положений, как¹⁶ установление цены перепродажи РИД (в случае, если правообладатель предоставит приобретателю право заключать сублицензионные договоры), предоставление права на один РИД с условием приобретения права на другой (что является обычной практикой т.н. «связывающих» соглашений, «пакетных» лицензионных договоров), и других положений, реализация которых приведет или может привести к последствиям, определенным в п. 17 ст. 4 Закона о конкуренции.

Вместе с тем запреты на картель¹⁷, а также на «вертикальные» соглашения, содержащие требования не продавать товары конкурента¹⁸, к соглашениям правообладателей применены быть не могут, так как «легальная монополия» правообладателей исключает наличие у них конкурентов.

Таким образом, под пристальным контролем ФАС России в первую очередь оказываются различные ограничительные условия лицензионных договоров, а исходя из содержания запретов монополистической деятельности антимонопольный орган сможет применять противоречащий правовой природе исключительных прав принцип «если лицензия выдана одному, то должна быть предоставлена и другому». ФАС России уже предпринимает подобные попытки, и примером тому является дело № 1-10-74/00-18-18 о нарушении антимоно-

польного законодательства, возбужденное в отношении Федерального государственного бюджетного научного учреждения «Федеральный институт педагогических измерений». Ведомство посчитало дискриминационным отказ учреждения от заключения лицензионных договоров о предоставлении права использования товарного знака со всеми обратившимися к нему издательствами [7].

Выводы

1. Существующая модель исключительного права в российском законодательстве предполагает предоставление правообладателю максимально широкого круга правомочий. Безусловное «вмешательство» антимонопольного законодательства в сферу интеллектуальной собственности, по нашему мнению, будет противоречить основам ее охраны, установленным Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ), и может привести к существенному обесцениванию исключительных прав. В свою очередь, это снизит стимулы к коммерциализации инноваций посредством лицензионных договоров и тем самым ухудшит эффективность всех сфер обращения РИД.

2. В отсутствие каких-либо четких границ применения мер антимонопольного регулирования антимонопольный орган имеет неограниченные полномочия по контролю действий и соглашений правообладателей. При этом с учетом действующего нормативного правового регулирования под ударом оказываются российские компании.

С учетом изложенного представляется, что вопрос о применении ст. 10 и 11 Закона о конкуренции к действиям и соглашениям по осуществлению исключительных прав на РИД должен рассматриваться только с учетом норм гражданского законодательства. При этом должна быть исключена возможность применения антимонопольных запретов к условиям, которые прямо предусмотрены в ГК РФ в качестве необходимых и (или) возможных к включению в соответствующий договор. Существующий пробел в нормативном регулировании может быть восполнен разъяснениями Президиума ФАС России, которые должны стать первым шагом к урегулированию вопроса о пределах антимонопольного контроля в сфере исключительных прав.

3. Следующим важным шагом должны стать системные изменения действующего антимонопольного законодательства (в том числе нормативных правовых актов самого ведомства), направленные на устранение существующего дисбаланса между правами отечественных и иностранных правообладателей в сфере антимонопольного регулирования, а также внедрение современных правил и инструментов анализа товарных рынков, учитывающих особенности РИД.

4. Результатом поступательного урегулирования вопроса антимонопольного контроля в сфере

¹⁶ См. п. 1 ч. 2, ч. 4 ст. 11 Закона о конкуренции.

¹⁷ См. ч. 1 ст. 11 Закона о конкуренции.

¹⁸ См. п. 2 ч. 2 ст. 11 Закона о конкуренции.

Российские «интеллектуальные иммунитеты» в условиях Евразийского экономического союза

исключительных прав, с одной стороны, станет снижение рисков необоснованного вмешательства в экономическую деятельность правообладателей и соблюдение баланса прав всех участников гражданского оборота, а с другой — рост доверия к ФАС России. ■

Литература

1. Павлова Е., Калятин В., Суспицына М. Гражданско-правовое и антимонопольное регулирование исключительных прав: инструмент на выбор? // Конкуренция и право. 2013. № 4. С. 50—60.
2. Петрова А. С. Особенности антимонопольного регулирования отношений в сфере интеллектуальных прав // Конкурентное право. 2016. № 2. С. 22—25.
3. Акифьева А. Отмена «антимонопольных иммунитетов» для интеллектуальной собственности: за и против // Конкуренция и право. 2016. № 4. С. 36—39.
4. Ворожевич А. С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 1. С. 72—112.
5. Пузыревский С., Гаджиев Г., Калятин В. и др. Антитраст в сфере интеллектуальной собственности: в поисках разумного баланса // Закон. 2018. № 2. С. 18—34.
6. В ЕАЭС обозначили главные направления развития конкуренции // www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/19-06-2019-4.aspx. Дата обращения: 10.07.2019.
7. ФАС России выдала предупреждение Федеральному институту педагогических измерений. 02.02.2018 // <https://fas.gov.ru/news/23724>. Дата обращения: 10.07.2019.

Сведения об авторах

Кузнецова Елена Анатольевна: руководитель практики антимонопольного права юридической фирмы «Инфралекс»

Контактная информация

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., д. 8, стр. 1, Башня Город Столиц
Тел.: +7 (495) 653-82-99
E-mail: elena.kuznetsova@infralex.ru

Кот Мария Юрьевна: старший юрист практики антимонопольного права юридической фирмы «Инфралекс»

Контактная информация

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., д. 8, стр. 1, Башня Город Столиц
Тел.: +7 (495) 653-82-99
E-mail: maria.kot@infralex.ru

Комментарий к статье «Российские “интеллектуальные иммунитеты” в условиях Евразийского экономического союза»

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право и экономика, 2019

А. В. Молчанов,

начальник Правового управления Федеральной антимонопольной службы, г. Москва

Представленная авторами точка зрения относительно необходимости совершенствования законодательства в части распространения антимонопольных требований к действиям и соглашениям по осуществлению или предоставлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности последовательно доказывается ФАС России, в том числе в обосновывающих материалах к законопроекту, направленному на исключение «интеллектуальных иммунитетов».

Вместе с тем представляется неверным утверждение о том, что уже в настоящее время антимонопольный орган в России вправе применять антимонопольные запреты в отношении исключительных прав.

Позиция авторов аргументируется положениями Договора о Евразийском экономическом союзе, которому придается большая юридическая сила, нежели Закону о защите конкуренции, и фактически основана на прямом действии Договора.

Необходимо отметить, что ч. 1 ст. 76 Договора о Евразийском экономическом союзе действительно запрещает действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц. При этом оговорки о неприменении данного запрета к действиям по осуществлению исключительного права, а также о возможности установления иного национального законодательством в Договоре отсутствуют.

Вместе с тем такое положение следует расценивать как основание и условие для внесения изменений в Закон о защите конкуренции, а не как условие, нивелирующее особенность национального законодательства.

Представленная авторами позиция, в целом указывающая на необходимость применения антимонопольного регулирования к сфере отношений по осуществлению исключительных прав, сводится к отсутствию препятствий применению антимонопольных запретов к таким отношениям даже в условиях наличия прямых иммунитетов в национальном законодательстве.

Вместе с тем, как следует из ч. 1 ст. 74 Договора, предметом Договора является установление общих принципов и правил конкуренции, обеспечивающих выявление и пресечение антиконкурентных действий на территориях государств-членов, и действий, оказывающих негативное влия-

ние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух и более государств-членов.

То есть действие Договора распространяется на трансграничные рынки.

В отношении же национальных рынков в Договоре говорится о проведении государствами-членами согласованной конкурентной политики.

При этом, исходя из определения, содержащегося в ст. 2 Договора, «согласованная политика» — политика, осуществляемая государствами-членами в различных сферах, предполагающая гармонизацию правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза, в такой степени, которая необходима для достижения целей Союза, предусмотренных настоящим Договором.

Таким образом, внесение изменений в Закон о защите конкуренции в части исключения «интеллектуальных иммунитетов» необходимо для реализации задач по гармонизации правового регулирования в сфере реализации конкурентной политики, но тезис о том, что российские «интеллектуальные иммунитеты» в отношении хозяйствующих субъектов государств-членов не подлежат применению с момента учреждения ЕАЭС, не обоснован.

Нельзя также согласиться с выводом авторов о том, что в отсутствие каких-либо четких границ применения мер антимонопольного регулирования антимонопольный орган имеет неограниченные полномочия по контролю действий и соглашений правообладателей.

Такой вывод следует, скорее всего, из ложного предположения о неопределенности требований антимонопольного законодательства. Вместе с тем положения антимонопольного законодательства неоднократно были предметом исследования высших судебных инстанций, в том числе Конституционного Суда Российской Федерации. Конституционным Судом РФ, например, были сделаны выводы о должной степени определенности положений ст. 10 Закона о защите конкуренции, предусматривающей запреты на злоупотребление доминирующим положением¹.

Выводы авторов в этой части не подтверждаются примерами из практики. ■

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 29.01.2015 № 185-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Запрягаева Александра Борисовича на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 10 Федерального закона “О защите конкуренции” и положениями ст. 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях».

Первая российская
премия в области
интеллектуальной
собственности
28 ноября 2019

IP RUSSIA AWARDS

Серебряный партнер:

GORODISSKY

Компания Infor-media запустила новый проект – конкурс для лучших IP проектов, специалистов и команд из бизнеса. Наша задача: повысить статус IP- профессионалов в обществе и подчеркнуть общественную значимость их интеллектуальной работы.

Работы будут оценивать 20 экспертов Жюри – признанных профессионалов в области интеллектуальной собственности.

Члены жюри



Иван БЛИЗНЕЦ
РГАИС



Антон Друшиц
PepsiCo



Виталий Лапченко
ОАК



Валерий Медведев
«Городисский и партнеры»



Валентина Орлова
«Пепеляев групп»



Андрей Попцов
Росатом

Полный состав жюри представлен на официальном сайте мероприятия.

Заявки принимаются до 1 октября 2019 года.
Церемония награждения состоится 28 ноября 2019 года
в Особняке на Волхонке.

Полная информация на сайте: infor-media.ru/events/58/1335/
по тел.: +7 495 995-80-04, доб. 1272 или по e-mail: e.pronenko@infor-media.ru

УДК: 346.7, 346.546.7

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций в стратегические отрасли экономики

И. В. Акимова,

Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации,
Адвокатское бюро BGP Litigation,
г. Москва

К. Б. Симакова,

Адвокатское бюро BGP Litigation,
г. Москва

Аннотация

В статье исследован новый правовой механизм, который распространяет полномочия Федеральной антимонопольной службы по контролю за осуществлением иностранных инвестиций не только на хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение, но и на любые другие российские хозяйственные общества, которые, по оценке антимонопольного органа, имеют ключевое значение для российской экономики.

Выявлены проблемы правовой неопределенности в вопросах обязательности предварительного согласования с антимонопольным регулятором сделки с участием иностранного инвестора разграничения правовых последствий за нарушение положений специального законодательства в зависимости от фактического наличия угрозы обороне и безопасности Российской Федерации.

Сделан вывод о необходимости и целесообразности отнесения к числу стратегических хозяйственного общества в силу осуществления им вида деятельности, являющегося смежным по отношению к стратегическому (входящему в состав технологического процесса стратегического вида деятельности как его неотъемлемая часть).

Ключевые слова: *иностранные инвестиции, стратегические общества, сделки.*

Novels in the field of control over foreign investments in strategic sectors of the economy

I. V. Akimova,

Financial university under the Government of the Russian Federation,
BGP Litigation Law Office,
Moscow

K. B. Simakova,

BGP Litigation Law Office,
Moscow

Annotation

The article explores a new legal mechanism that extends the authority of the Federal Antimonopoly Service to control the implementation of foreign investments not only to business entities of strategic importance, but also to any other Russian business entities that, according to the antitrust authority, are of key importance to the Russian economics.

The problems of legal uncertainty regarding the mandatory prior coordination with the antimonopoly regulator of a transaction involving a foreign investor have been identified to differentiate legal consequences for violation of the provisions of special legislation depending on the actual presence of a threat to the defense and security of the Russian Federation.

It is concluded that it is necessary and advisable to classify it as a business entity by virtue of its implementation of a type of activity that is adjacent to a strategic one (which is part of the technological process of a strategic type of activity as an integral part of it).

Keywords: *foreign investment, strategic companies, transactions.*

Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций...

Инвестиционная деятельность, связанная с вложением капитала инвесторами в различные отрасли экономики, всегда была неотъемлемой частью рыночных отношений. Основную нишу при осуществлении указанной деятельности занимают инвестиции в форме приобретения акций (долей), составляющих уставные капиталы российских хозяйственных обществ, предоставляющие инвесторам право не только на получение дивидендов, но и на управление таким обществом путем осуществления права голоса на общих собраниях акционеров (участников).

При этом в ряде государств мира осуществление инвестиций лицами, которые зарегистрированы на территории иностранных государств или имеют отличное от принимающей стороны гражданство, находится под контролем государственных органов. Указанные меры направлены на предупреждение и предотвращение негативных последствий от действий недобросовестных иностранных инвесторов, которые могут повлечь существенный ущерб для «чувствительных» отраслей экономики принимающего государства.

В связи с этим проблемы контроля за осуществлением иностранных инвестиций на протяжении длительного времени являются предметом многочисленных исследований как за рубежом [1, 2], так и в России [3—5].

Законодательство России не является исключением из этого правила, предусматривая специфический организационно-правовой механизм контроля за осуществлением инвестиций иностранными физическими лицами и различного рода организациями. При этом нельзя не отметить, что правовое регулирование доступа иностранных инвесторов к российской экономике в данный момент находится в стадии развития и модернизации.

Механизм контроля за осуществлением иностранными инвесторами «любых» сделок с российскими хозяйственными обществами

Действующим законодательством Российской Федерации об иностранных инвестициях установлено, что в отдельных случаях иностранные инвесторы обязаны согласовывать сделки, совершаемые в отношении российских хозяйственных обществ.

Необходимо отметить, что ранее предварительному согласованию в соответствии с Федеральным законом от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»¹ (далее —

Закон № 57-ФЗ) подлежали исключительно сделки, иные действия, осуществляемые иностранными инвесторами в отношении хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также сделки в отношении российских хозяйственных обществ, совершаемые иностранными государствами, международными организациями или находящимися под их контролем организациями.

В настоящее же время с введением 30 июля 2017 г.² в действие ч. 5 ст. 6 Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»³ (далее — Закон № 160-ФЗ) по решению председателя Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (далее — председатель Правительственной комиссии) в целях обеспечения обороны страны и безопасности государства сделки, совершаемые иностранными инвесторами в отношении российских хозяйственных обществ, подлежат предварительному согласованию в порядке, предусмотренном Законом № 57-ФЗ.

Иными словами, любая сделка, осуществляемая иностранным инвестором в отношении любого хозяйственного общества, может подлежать предварительному согласованию с Правительственной комиссией по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (далее — Правительственная комиссия) даже несмотря на то, что общество, являющееся предметом сделки, не осуществляет стратегических видов деятельности.

В развитие указанной нормы Правительством Российской Федерации были внесены изменения⁴ в Положение о Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации, утвержденное постановлением

¹ См.: Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ (ред. от 31.05.2018) «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ, 05.05.2008, № 18, ст. 1940.

² См.: Федеральный закон от 18.07.2017 № 165-ФЗ «О внесении изменений в статью 6 Федерального закона “Об иностранных инвестициях в Российской Федерации” и Федеральный закон “О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства”» // СЗ РФ, 24.07.2017, № 30, ст. 4445.

³ См.: Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ (ред. от 31.05.2018) «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // СЗ РФ, 12.07.1999, № 28, ст. 3493.

⁴ Постановление Правительства Российской Федерации от 09.04.2018 № 430 «О внесении изменений в Положение о Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации» // СЗ РФ, 16.04.2018, № 16 (ч. II), ст. 2384; Постановление Правительства Российской Федерации от 03.06.2019 № 711 «О внесении изменений в пункт 4 (1) Положения о Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации» // СЗ РФ, 17.06.2019, № 24, ст. 3081.

Правительства Российской Федерации от 6 июля 2008 г. № 510⁵.

Исходя из указанного положения, процедура по принятию решения о необходимости согласования иностранными инвесторами сделок с российскими хозяйственными обществами либо отсутствию такой необходимости выглядит следующим образом.

Антимонопольный орган, являющийся федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на выполнение функций по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации, в течение пяти рабочих дней со дня, когда ему стало известно о сделке, направляет запрос о необходимости информирования председателя Правительственной комиссии о сделке или об отсутствии такой необходимости:

- в федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по реализации государственной политики и нормативному правовому регулированию в сфере, к которой относится деятельность российского хозяйственного общества, в отношении которого совершается сделка;
- в федеральные органы исполнительной власти, уполномоченные на осуществление лицензионного контроля за деятельностью указанного хозяйственного общества, подлежащей лицензированию (в случае осуществления таким хозяйственным обществом лицензируемого вида деятельности);
- в иные федеральные органы исполнительной власти (например, такие государственные органы, как Министерство обороны Российской Федерации и Федеральная служба безопасности).

Указанные выше органы должны представить соответствующую информацию в течение пятнадцати рабочих дней.

При этом одновременно антимонопольный орган уведомляет иностранного инвестора о необходимости приостановления им совершения сделки до получения информации о принятии решения об отсутствии необходимости информирования председателя Правительственной комиссии о сделке либо о принятии председателем Правительственной комиссии решения об отсутствии необходимости предварительного согласования сделки.

В свою очередь решение о необходимости либо отсутствии необходимости предварительного согласования сделки принимает председатель Правительственной комиссии исключительно после предоставления информации антимонопольным органом о таких сделках.

Однако в настоящее время нормативно не закреплено, в какие сроки такое решение может быть принято

председателем Правительственной комиссии. Ввиду того, что данный срок никак не ограничен, сделка, которая была приостановлена на основании уведомления антимонопольного органа, может находиться в подобном состоянии неопределенное время.

Кроме того, следует обратить внимание, что действующим законодательством Российской Федерации не предусмотрены минимальные критерии для сделок, которые по решению председателя Правительственной комиссии могут быть вынесены на рассмотрение Правительственной комиссии.

Таким образом, в настоящее время потенциально любая сделка вне зависимости от приобретаемого количества акций (долей) либо доли, которая уже принадлежит иностранному инвестору в российском хозяйственном обществе, а также отрасли экономики, в которой такое общество осуществляет свою деятельность, может быть приостановлена антимонопольным органом и в последующем вынесена на согласование с Правительственной комиссией.

При этом, как в случае с любым государственным регулированием, Законом № 160-ФЗ предусмотрена ответственность за совершение сделки с российским хозяйственным обществом без соблюдения решения председателя Комиссии о необходимости согласования данной сделки в порядке, предусмотренном Законом № 57-ФЗ. В частности, согласно ст. 15 Закона № 57-ФЗ одним из последствий совершения сделок с нарушением требований указанного закона является их ничтожность.

Однако стоит отметить, что подобная санкция не предусмотрена за отказ иностранного инвестора от приостановления совершения сделки на основании уведомления антимонопольного органа до получения информации о принятом председателем Правительственной комиссии решении по данной сделке.

Таким образом, в случае совершения сделки после получения иностранным инвестором от антимонопольного органа информации о том, что данная сделка подлежит предварительному согласованию в соответствии с ч. 5 ст. 6 Закона № 160-ФЗ, совершение данной сделки повлечет правовые последствия, закрепленные в ст. 15 Закона № 57-ФЗ, вплоть до признания ее ничтожной и применения судом последствий недействительности ничтожной сделки.

Однако в случае совершения иностранным инвестором сделки после получения уведомления от антимонопольного органа о необходимости приостановления совершения данной сделки, но до получения решения председателя Правительственной комиссии о необходимости предварительного согласования данной сделки, совершение сделки, по мнению авторов и исходя из дословного толкования норм права, не может повлечь за собой применение правовых последствий несоблюдения требований Закона № 57-ФЗ, закрепленных в ст. 15 указанного закона.

⁵ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 06.07.2008 № 510 (ред. от 03.06.2019) «О Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации» // СЗ РФ, 14.07.2008, № 28, ст. 3382.

Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций...

Применение ограничений в отношении иностранных инвесторов в связи с осуществлением инвестиций в российские общества, осуществляющие виды деятельности, смежные со стратегическими

Законом № 57-ФЗ предусмотрен перечень видов деятельности, которые законодателем были отнесены к имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (далее — стратегический вид деятельности).

Так, согласно ст. 6 Закона № 57-ФЗ в настоящее время существует 47 стратегических видов деятельности. Исходя из конструкции абзаца первого указанной статьи данный перечень является закрытым.

При этом в правоприменительной практике антимонопольного органа в настоящее время можно наблюдать тенденции по отнесению к стратегическим видов деятельности, не включенных в указанный перечень, но которые являются смежными по отношению к стратегическим.

Для анализа указанного выше подхода обратимся к примеру из судебной практики.

В апреле 2019 г. Девятый арбитражный апелляционный суд, оставляя в силе решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-72889/18, подтвердил позицию суда первой инстанции о признании законным постановления антимонопольного органа⁶ о привлечении иностранного инвестора к административной ответственности по ч. 1 ст. 19.8.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях⁷, согласно которому данный иностранный инвестор был признан нарушившим положения Закона № 57-ФЗ⁸.

По мнению антимонопольного органа, нарушение выразилось в незаконном установлении контроля над российским хозяйственным обществом, осуществляющим деятельность по техническому обслуживанию, ремонту и спуску обсадных колонн, без предварительного согласования сделки с Правительственной комиссией.

В обоснование своей позиции антимонопольный орган, ссылаясь на нормативные правовые акты Прави-

тельства Российской Федерации и ведомственные акты, отметил, что деятельность по техническому обслуживанию, ремонту и спуску обсадных колонн относится к комплексной деятельности по бурению и осуществляется в целях геологического изучения недр и (или) разведки и добычи полезных ископаемых. При этом данный вид деятельности является неотъемлемой частью процесса добычи нефти и в связи с этим в соответствии с п. 39 ст. 6 Закона № 57-ФЗ является стратегическим видом деятельности.

Антимонопольным органом в своем постановлении было также указано и судами подтверждено, что отсутствие у российского хозяйственного общества лицензии на осуществление вида деятельности, имеющего стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, указанного в ст. 6 Закона № 57-ФЗ, не влияет на отнесение или неотнесение такого хозяйственного общества к стратегическим.

Таким образом, мы видим, что на практике антимонопольный орган и суды, анализируя вид деятельности, который осуществляет то или иное российское хозяйственное общество, исходят из следующего:

- осуществляется ли данный вид деятельности в целях выполнения стратегического вида деятельности;
- является ли данный вид деятельности неотъемлемым технологическим процессом стратегического вида деятельности.

Вместе с тем, по мнению авторов, указанный подход несет в себе риски необоснованного расширительного применения норм законодательства об иностранных инвестициях, что может быть проиллюстрировано на следующем примере.

В соответствии с п. 40 ст. 6 Закона № 57-ФЗ к стратегическим видам деятельности относится добыча (вылов) водных биологических ресурсов. При этом в настоящее время определение понятия «добыча (вылов) водных биологических ресурсов» содержится в Федеральном законе от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов»⁹, в соответствии с которым под выловом (добычей) водных биологических ресурсов понимается изъятие водных биоресурсов из среды их обитания, а под рыболовством в том числе понимается деятельность по добыче (вылову) водных биоресурсов.

В свою очередь, рыболовство может осуществляться, кроме прочего, на судах рыбопромыслового флота, принадлежащих лицу, имеющему право на вылов (добычу) водных биологических ресурсов, на праве собственности или используемых им на основании договора финансовой аренды (договора лизинга) или на основании

⁶ См.: Постановление о наложении штрафа по делу об административном правонарушении № 4-00-150/00-20-18 Российской Федерации // <https://fas.gov.ru/documents/622063>. Дата обращения: 12.07.2019.

⁷ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 03.07.2019) // СЗ РФ, 07.01.2002, № 1 (ч. 1), ст. 1.

⁸ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.04.2019 № 09АП-65504/2018 по делу № А40-72889/18 // [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/2d1f2008-1b92-42b4-b101-f26751391563/adddd9aa-11ac-4646-b1e4-376cd3d23702/A40-72889-2018_20190417_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. Дата обращения: 12.07.2019.

⁹ См.: Федеральный закон от 20.12.2004 № 166-ФЗ (ред. от 01.05.2019) «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» // СЗ РФ, 27.12.2004, № 52 (ч. 1), ст. 5270.

договора фрахтования (бербоут-чартера или тайм-чартера) судов рыбопромыслового флота.

Необходимо отметить, что, исходя из буквального толкования указанной нормы, у лица, осуществляющего рыболовство, нет обязанности иметь принадлежащие ему на праве собственности рыбопромысловые суда. Такое судно может использоваться рыбодобывающими компаниями, например, на основании договора фрахтования. Вместе с тем наличие такого судна является неотъемлемой частью процесса вылова (добычи) водных биоресурсов. Таким образом, авторам представляется, что российское хозяйственное общество, осуществляющее деятельность по предоставлению рыбодобывающим компаниям судов на основании договора фрахтования, также может быть рассмотрено как осуществляющее стратегическую деятельность.

Аналогичный подход к отнесению того или иного вида деятельности к стратегическому, проиллюстрированный на примере вида деятельности по вылову (добыче) водных биологических ресурсов, по мнению авторов, может быть применен и к иным видам деятельности.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что подобный подход со стороны антимонопольного органа может коснуться не только сферы недропользования, но и иных сфер предпринимательской деятельности, являющихся предметом контроля со стороны Закона № 57-ФЗ.

Выводы

Рассмотренный организационно-правовой механизм контроля за осуществлением иностранными инвесторами «любых» сделок с российскими хозяйственными обществами и подходы к отнесению различных видов деятельности к стратегическим, по мнению авторов, несовершенен. В частности, неясно, действительно ли вызвана такая правоприменительная практика объективной необходимостью? Возможно ли использовать описанные в статье новые подходы к отнесению различных видов деятельности к стратегическим в рамках применения механизма контроля за осуществлением иностранными инвесторами «любых» сделок с российскими хозяйственными обществами?

Наш анализ выявил ряд новых проблем, с которыми могут столкнуться иностранные инвесторы в настоящее время, несмотря на то, что законодательство о контроле за иностранными инвестициями в Российской Федерации существует уже более десяти лет.

В частности, к ним следует отнести отсутствие правовой определенности в вопросах:

- 1) обязательности предварительного согласования с антимонопольным регулятором сделки с участием иностранного инвестора;
- 2) разграничения правовых последствий за нарушение положений Законов № 57-ФЗ и № 160-ФЗ, в зависи-

мости от фактического наличия угрозы обороне и безопасности Российской Федерации.

С одной стороны, новые подходы к определению стратегических видов деятельности можно считать адаптационным механизмом, используемым антимонопольным органом в рамках современных экономических условий (таких как введение экономических санкций против Российской Федерации США, странами Евросоюза и некоторыми другими странами, политика Российской Федерации по деофшоризации).

Однако уже на протяжении многих лет Правительство Российской Федерации указывает на необходимость создания благоприятных условий для привлечения инвестиций в российскую экономику¹⁰. Представляется, что для реализации указанной задачи необходим такой механизм государственного регулирования, который был бы основан на нормах и принципах международного права и национального законодательства, четко организован, обеспечивал баланс интересов государства и иностранных инвесторов и устанавливал «прозрачные» правила для инвестирования, формируя ясный и единообразный подход к применению нормативных положений как Закона № 57-ФЗ¹¹, так и Закона № 160-ФЗ [6].

Вместе с тем необходимо констатировать, что описанная правоприменительная практика антимонопольного органа не создает положительных предпосылок для повышения привлекательности российских хозяйственных обществ для потенциальных иностранных инвесторов.

По мнению авторов, в рамках существующего регулирования, для создания более четких и понятных иностранным инвесторам методов регулирования, целесообразно имплементировать подход антимонопольного органа к отнесению различных видов деятельности к стратегическим в существующий механизм предварительного согласования сделок, предусмотренный Законом № 160-ФЗ. Например, предусмотреть оговорку, которая позволит использовать виды деятельности, осуществляемые в целях выполнения стратегического вида деятельности либо являющиеся неотъемлемым технологическим процессом стратегического вида деятельности, в качестве критериев, по которым сделка с российским хозяйственным обществом может быть вынесена

¹⁰ См.: п. 1 Постановления Правительства Российской Федерации от 29.09.1994 № 1108 (ред. от 18.09.2004) «Об активизации работы по привлечению иностранных инвестиций в экономику Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 10.10.1994, № 24, ст. 2637; Заседание Правительства Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: <http://government.ru/news/33237/>. Дата обращения: 12.07.2019.

¹¹ Степанченко А. В. Иностранные инвестиции в стратегические отрасли экономики: некоторые проблемы применения Закона о стратегических иностранных инвестициях [Электронный ресурс]. URL: http://bmpravo.ru/show_stat.php?stat=929. Дата обращения: 12.07.2019.

Новеллы в сфере контроля за осуществлением иностранных инвестиций...

на рассмотрение Правительственной комиссии в соответствии с положениями Закона № 160-ФЗ.

Подобный подход позволит:

- избежать расширительного применения требований законодательства в отношении отдельных видов стратегической деятельности;
- создаст более четкое представление о случаях необходимости применения механизма контроля за осуществлением иностранными инвесторами «любых» сделок с российскими хозяйственными обществами;
- минимизирует затраты и издержки в рамках судебных тяжб, которые неминуемо несут как антимонопольный орган, так и иностранные инвесторы.

Как указывает М. Г. Дораев, введение процедуры допуска иностранных инвесторов в стратегические отрасли экономики, как и любое усиление роли государства, требует установления четких и понятных инвесторам правил игры, позволяющих обеспечить развитие стратегических отраслей без ущерба принципам рыночной экономики [7].

В связи с этим, по мнению авторов, чем понятнее для иностранных инвесторов процедуры допуска в различные отрасли экономики, чем четче установлены правила, позволяющие обеспечить развитие различных отраслей, а также чем прозрачнее условия привлечения инвестиций в Российскую Федерацию, тем более привлекательной выглядит сама возможность инвестирования. ■

Литература

1. Larson A. P., Marchik D. M. Foreign Investment and National Security: Getting the Balance Right // Council Special Report. 2006. July. № 18. 38 pp.
2. Mody A., Wheeler D. International Investment Location Decision // Journal of International Economics. 1992. Vol. 33. P. 57—76.
3. Вознесенская Н. Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (сравнительно-правовой комментарий). М.: Контракт; ИНФРА-М, 2001. 220 с.
4. Алексеенко А. П. Существенное ограничение правомочий иностранного инвестора как критерий определения косвенной экспроприации прямых иностранных инвестиций: практика международных инвестиционных арбитражей // Международное публичное и частное право. 2014. № 6. С. 17—19.
5. Клеандров М. И. Суд для иностранного стратегического инвестора // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 31—39.
6. Степанченко А. В. Иностранные инвестиции в стратегические отрасли экономики: некоторые проблемы применения Закона о стратегических иностранных инвестициях // Бизнес, Менеджмент и Право. 2013. № 1. С. 78—84.
7. Дораев М. Г. Допуск иностранных инвесторов в стратегические отрасли экономики (правовые основы). М.: Инфотропик Медиа, 2012. 224 с.

Сведения об авторах

Акимова Ирина Владимировна: доцент Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, Партнер Адвокатского бюро BGP Litigation, руководитель антимонопольной практики, адвокат, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., 6, стр. 2, ДЦ «Империя»

Тел.: +7 (495) 777-28-20

E-mail: Irina.Akimova@bgplaw.com

Симакова Ксения Борисовна: юрист антимонопольной практики Адвокатского бюро BGP Litigation, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., 6, стр. 2, ДЦ «Империя»

Тел.: +7 (495) 777-28-20

E-mail: Kseniya.Simakova@bgplaw.com

Общая математическая модель «дорожной карты» борьбы с картелями

Ю. Г. Васин,

Институт актуального
образования «ЮриИнфоР»,
г. Москва

Т. Ю. Рудая,

Ростовский юридический
институт МВД России,
г. Ростов-на-Дону

Аннотация

В статье предложено описание общего алгоритма формирования математической (стохастической) модели противодействия картелям как массовидному негативно-му социально-правовому явлению.

Указанная модель позволяет реализовать (вычислять) функцию прогноза и является необходимым элементом государственных программ («дорожных карт») противодействия противоправным проявлениям. Формированию математической модели должен предшествовать этап теоретического моделирования, устанавливающий составные элементы и связи предмета изучения. Обосновано, что прогностическая модель социально-правового явления должна основываться на положениях теории вероятностей. Предложена конкретная методика вычисления системы стохастических показателей (математического ожидания и среднего квадратического отклонения) соответствующей модели на единой методологической основе. Выдвинуты предложения по методам прогнозирования в отношении количественных вероятностных моделей борьбы с картелями. Обоснована важность постоянной (периодической) верификации исходных статистических данных и корректной интерпретации результатов вычислений прогноза. Предложены направления практического использования предлагаемых моделей для целей создания системы сравнительного мониторинга картелизации товарных рынков ЕАЭС.

Ключевые слова: *картель, цифровая экономика, антимонопольное регулирование, математическая модель, вероятность, надежность, верификация, мониторинг, международное сотрудничество.*

General mathematical model of the roadmap fight against cartels

Yu. G. Vasin,

Institute of Actual Education
“JurInfoR”, Moscow

T. Yu. Rudaya,

Rostov Law Institute of the
Ministry of Internal Affairs of
Russia, Rostov-on/D

Annotation

The article offers a description of the general algorithm for the formation of a mathematical (stochastic) model of countering cartels as a massive negative social and legal phenomenon.

The specified model allows to realize (calculate) the forecast function is a necessary element of state programs (“road maps”) to counter illegal manifestations. The formation of a mathematical model should be preceded by a stage of theoretical modeling, which establishes the constituent elements and relationships of the subject of study. It is proved that the prognostic model of the social-legal phenomenon should be based on the provisions of probability theory. A specific technique is proposed for calculating a system of stochastic indicators (mathematical expectation and standard deviation) of the corresponding model on a single methodological basis. Proposals were made for forecasting methods in relation to quantitative probabilistic models of fighting cartels. The importance of the constant (periodic) verification of the initial statistical data and the correct interpretation of the results of prediction calculations is substantiated. The directions of the practical use of the proposed model for the creation of a comparative monitoring system for the cartelization of the EAEU product markets are proposed.

Keywords: *cartel, digital economy, antitrust regulation, mathematical model, probability, reliability, verification, monitoring, international cooperation.*

Общая математическая модель «дорожной карты» борьбы с картелями

Стратегия экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 г. (пп. 7 п. 16) впервые в новейшей истории включила в число задач обеспечения экономической безопасности страны предотвращение картелей¹. Тем самым, на наш взгляд, было признано, что картели стали рассматриваться в качестве непосредственной угрозы экономической безопасности страны.

По оценкам ФАС России, суммарный ущерб от всех картелей составляет 1,5—2% валового внутреннего продукта [1, с. 17], что в 2018 г. могло достигать 1,5—2,0 трлн руб. с учетом того, что ВВП страны составил 103,6 трлн руб. [2]. Значительная часть картелей заключается на торгах и сопряжена не только с имитацией конкурентной борьбы (мнимой конкуренцией), но и с организованной преступной деятельностью (в частности, с созданием и участием в преступных сообществах (преступных организациях), ответственность за которые предусмотрена ст. 210 УК РФ), также с коррупцией — «беловоротничковой» и «синеворотничковой».

По данным ФАС России, количество дел о картельных соглашениях с участием должностных лиц и государственных служащих, не являющихся должностными лицами, в 2018 г. достигло 300 (+47% по сравнению с аналогичным показателем за 2017 г.), а общее число дел о картелях за тот период выросло на 13% (до 768).

Наиболее «зараженными» картелями оказались фармацевтика и строительная отрасль (в том числе дорожное строительство) — 45% от общего числа дел о картелях.

При этом ФАС России было зафиксировано начало масштабного перехода картельных соглашений в сферу цифровой реальности, в том числе облачных технологий [3].

Несмотря на активные усилия государства (начиная с 2004 г. принято четыре пакета антимонопольного законодательства, предусматривавших усиление мер административной и уголовной ответственности за картели, и в настоящее время подготовлен пятый антимонопольный пакет, ориентированный на усиление борьбы с недобросовестной конкуренцией в сфере интеллектуальной собственности, «цифровых» рынков), системных успехов в борьбе с картелями, т. е. незаконными соглашениями, (сговорами) между хозяйствующими субъектами-конкурентами, в частности, о цене на товары (услуги, работы) или разделе рынков конкретных товаров (ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции»)², достигнуть не удалось.

Несмотря на значительное число дел об административно наказуемых картелях, которое ежегодно рассматривается ФАС России и сопровождается, как правило, назначением внушительных штрафов, борьба с криминальными картелями не ведется должным образом.

Это, в частности, подтверждается анализом данных Судебного департамента при Верховном Суде РФ, согласно которым в 2015—2018 гг. *за участие в картелях не было осуждено ни одного лица* [4].

Современные картели в значительной степени утратили форму «классических» сговоров конкурентов, позволяющих антимонопольным и правоохранительным органам обнаруживать и приобщать к делам письменные антиконкурентные соглашения, протоколы общих собраний представителей компаний и т. п. В настоящее время картельные соглашения все чаще заключаются и реализуются с помощью IT-технологий. В частности, антимонопольными органами ряда субъектов РФ в 2018 г. был выявлен новый способ картельного сговора на торгах с использованием аукционных роботов, для которых программировались лимиты снижения в диапазоне от 0,5 до 1% от начальной (максимальной) цены контракта, в зависимости от того, кто из них должен выиграть тот или иной аукцион, т. е. цифровые картели стали реальностью [5].

Как показывает анализ, к числу ключевых факторов неэффективности существующего подхода противодействия картелям в современных условиях относятся:

1) игнорирование при принятии решений о формах и пределах государственного реагирования на феномен гиперлатентности картелей, когда зарегистрированная их часть, отражающая предел государственного реагирования, на несколько порядков превышает незарегистрированную. Сегодня государство реагирует на картели как на общественно вредное и общественно опасное явление крайне избирательно;

2) переоценка значимости репрессивных (прежде всего уголовно-правовых) мер борьбы с картелями;

3) недооценка значимости системного государственного планирования противодействия картелям с использованием математических моделей, эффективности принимаемых и реализуемых управленческих решений, позволяющих обеспечить качественно более эффективное, чем сегодня, решение управленческих задач [6].

Разработке программы, плана («дорожной карты») и законопроекта в сфере борьбы с картелями должно предшествовать теоретико-математическое моделирование [7], позволяющее конкретизировать составные элементы явления [8] и определить его количественные параметры. Разработка теоретической математической модели позволяет перейти к созданию эмпирической модели, позволяющей определить совокупность и соотношение количественных показателей

¹ См.: Указ Президента РФ от 13.05.2017 № 208 «О Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года» // СЗ РФ. 15.05.2017. № 20. Ст. 2902.

² См.: СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

рассматриваемого явления или процесса. Основные методологические подходы к проблемам математического моделирования социально-правовых явлений в настоящий момент уже разработаны [9—12].

Неотъемлемой частью любой социально-правовой модели является ее прогноз, позволяющий не только определить будущие показатели состояния, тенденций и закономерностей объекта изучения (поисковый прогноз), но и сформулировать определенные требования, предъявляемые к планируемым мерам воздействия, применение которых должно позволить достичь определенных желательных параметров изучаемого явления или процесса в будущем (нормативный прогноз) [13, с. 9].

С учетом того, что результаты прогнозирования всегда представляют собой вероятностное суждение, при интерпретации прогноза данный момент должен отражаться в том, что помимо непосредственно количественного показателя, характеризующего будущее состояние объекта, следует обязательно принимать во внимание саму вероятность наступления данного события. Поскольку для практической реализации любой «дорожной карты» борьбы с картелями важно обеспечить нормативное прогнозирование, то в процессе практического исполнения плановых мероприятий необходимо с учетом получаемых промежуточных результатов постоянно проводить верификацию используемых при прогнозировании в качестве исходных данных количественных показателей.

Это позволит перейти от оценочных суждений об успешности (или неуспешности) борьбы с картелями к измерению эффективности такой борьбы.

Таким образом, после принятия решения о разработке комплексной «дорожной карты» борьбы с картелями необходимо:

Первое. На основе оценки имеющихся и потенциально возможных сил, средств, состояния разработанности правовой базы и имеющихся исходных данных определить количественные показатели, которые должны быть достигнуты в результате исполнения плановых мероприятий.

Второе. Сформулировать теоретическую и эмпирическую модели предмета воздействия. В состав эмпирической модели должны входить в числе прочих показатели, достижение которых является задачей «дорожной карты».

Третье. Составить прогнозную модель предмета воздействия и определить правила и параметры верификации исходных и промежуточных данных, а также интерпретации полученных результатов. Разработать алгоритм прогнозирования и правил фиксации полученных результатов для реализации процедур промежуточной верификации.

Четвертое. Произвести сверку положений «дорожной карты» и уточнить сроки и механизмы проме-

жуточного контроля, а также правила внесения корректирующих изменений (данных промежуточной верификации).

Отдельно следует остановиться на вопросе, связанном с правилами построения количественных прогнозов показателей, характеризующих результаты противодействия картелям.

С учетом того, что математика — это универсальный инструмент, правила использования которого весьма существенно различаются в зависимости от природы изучаемого явления, важное значение имеют правила корректного применения, которые и обеспечивают значительную долю вероятности получения достоверных и надежных итоговых значений.

Поскольку мы имеем дело с массовидным (статистически значимым) явлением, вероятностный характер которого можно считать доказанным, то весьма уместной будет постановка вопроса о целесообразности использования в рассматриваемых случаях весьма хорошо разработанного математического аппарата теории вероятностей.

Однако перед началом выполнения соответствующих вычислений результатов прогнозирования, для которых рекомендуется использовать метод наименьших квадратов (в связи с его научной проработанностью, отсутствием первоначальной направленности на решение узкоспециализированного круга задач и достаточной простотой в обращении), следует проводить обязательную проверку на случайный (вероятностный) характер используемых в качестве исходного материала статистических совокупностей.

Такой подход основан на нескольких основных моментах. Во-первых, следует обеспечить необходимый по объему массив статистических данных, что позволяет гарантировать научную достоверность полученных итоговых данных. Во-вторых, целесообразно исключать влияние на проводимые вычисления такого факта, как целенаправленное формирование статистических совокупностей. И, в-третьих, данная проверка выступает одним из гарантирующих достоверность результатов механизмов, основанных на методах точных наук (что целесообразно чаще применять в социально-правовых исследованиях, имеющих социологическое измерение).

Такого рода проверку на случайный характер, которую мы можем считать основанием надежности формируемых эмпирических моделей, следует проводить путем сравнения таких вероятностных показателей исследуемых статистических совокупностей, как математическое ожидание и среднее квадратическое отклонение с параметрами теоретических законов распределения плотности вероятностей случайных величин, которые заранее рассчитаны и табулированы [14, с. 461—466].

Общая математическая модель «дорожной карты» борьбы с картелями

Для практических расчетов предлагается использовать следующие формулы.

$$M_k = \sum_{i=1}^n k_i p(k_i); \quad (1)$$

$$D = S^2 = \sum_{i=1}^n (k_i - M_k)^2 p(k_i), \quad (2)$$

где M_k — математическое ожидание исследуемого статистического показателя противодействия недобросовестной конкуренции (лучше всего использовать коэффициенты, позволяющие нормировать количество правонарушений по числу хозяйствующих субъектов в рассматриваемой отрасли);

S — среднее квадратическое отклонение данного показателя;

D — дисперсия указанного показателя;

k_i — практическое значение исследуемого показателя на определенной территории (например, субъект Российской Федерации) за определенный промежуток времени (например, за год) в конкретной сфере деловой активности (например, оборот лекарственных препаратов, фармацевтических субстанций и медицинских изделий). При проведении практических расчетов используется шкалированное значение данного показателя. Шаг шкалирования выбирается исследователем исходя из критерия однородности;

$p(k_i)$ — вероятность того, что будет зарегистрировано k_i -е значение указанного показателя (точнее, его шкалированного значения) в некотором количестве регионов (субъектов РФ). Определяется в виде соотношения регионов, в которых данные показатели «входят» в рассматриваемый определенный интервал шкалы, к общему количеству регионов изучаемой территории (например, Российской Федерации);

n — количество административно обособленных территорий, на совокупности которых изучается соответствующий показатель (например, число субъектов РФ, по которым исследуется данный показатель).

В качестве критерия сравнения рекомендуется использовать критерий соответствия Карла Пирсона, который вычисляется при проверке гипотезы о типе модели закона распределения плотности вероятностей по формулам, определенным теорией вероятностей [14, с. 76; 15, с. 95; 16, с. 119—122, 274—275].

Далее вычисляем показатель надежности формируемой модели по следующей формуле:

$$\chi^2 = \sum_{i=1}^m \frac{(C_i - C'_i)^2}{C'_i}, \quad (3)$$

где χ^2 — надежность (критерий Пирсона) модели противодействия рассматриваемому явлению на территории рассматриваемых субъектов Российской Федерации;

C_i — эмпирическое (определяемое по практическим гистограммам) значение количества регионов с одина-

ковым k_i -м коэффициентом (точнее, его шкалированным значением);

C'_i — теоретическое значение плотности вероятностей нормированного нормального распределения исследуемой величины. Определяется по табулированным теорией вероятностей значениям;

m — количество шкалированных значений используемого коэффициента (определяется по практическим гистограммам в величинах, различающихся не менее чем на один шаг шкалы).

Представляется, что для рассматриваемого социально-правового феномена наиболее подходящим теоретическим законом будет являться закон нормального распределения (Гаусса) [17, с. 482].

В случае, когда вероятностный характер исходной статистической совокупности доказан (вычисленное значение критерия Пирсона меньше его соответствующего табулированного значения), то мы имеем возможность использовать разработанные теорией вероятностей методики для прогнозирования и интерпретации интересующих нас количественных показателей. Прогнозируемыми показателями будут указанные ранее значения математического ожидания и среднего квадратического отклонения (или их соотношение) выбранных количественных показателей, характеризующих результаты противодействия рассматриваемому явлению (процессу).

В том случае, если значение критерия Пирсона не позволяет сделать вывод о случайном характере рассматриваемой статистической совокупности, рекомендуется расширять объем совокупности (например, за счет добавления аналогичных показателей, характеризующих соседние территории). Возможно проводить и иные группировки и сводки статистической информации (с учетом требований о репрезентативности, несмещенности и однородности) до момента «вхождения» эмпирических показателей исследуемых явлений (процессов) в конкретный теоретический закон распределения плотности вероятностей случайных величин.

Если же предлагаемые варианты не позволяют добиться указанного «вхождения» реальных данных в теоретический закон, целесообразно попытаться использовать иные виды теоретических законов. Например, несимметричные распределения (биномиальный закон или закон Пуассона и т. п.).

Использование предлагаемого подхода к моделированию при организации противодействия картелям позволит:

1. Перейти от репрессивной модели противодействия картелям к профилактической. Появляется возможность «вычислить» научно обоснованную количественную оценку картелизации экономики, соответствующую состоянию имеющихся ресурсов, которые могут быть направлены на предупреждение, выявление и пресечение

образования картелей. Поэтому организация правоохранительной деятельности в рассматриваемой сфере может реагировать не на совершенные уже противоправные деяния и ограничиваться в той или иной мере запоздалой реакцией на данные факты, а реализовываться в нейтрализации или ограничении негативных факторов и быть направленной на снижение возможного уровня противоправной деятельности.

2. Такой подход закладывает возможности повышения эффективности реализации управленческих решений и исключения (ограничения) фактов расходования сил и средств без получения необходимого результата. В этом заключается переход от преимущественного экстенсивного пути, основанного на постоянном увеличении объема задействованных сил и расширении спектра различного рода запретов и ограничений, к интенсивному, позволяющему определять наиболее критичные аспекты исследуемого негативного явления, нуждающиеся в оперативном государственном точечном воздействии.

3. Расширить возможности трансграничного сотрудничества (прежде всего в ЕАЭС), поскольку предлагаемые алгоритмы позволяют абстрагироваться от различий в нормативно-правовом регулировании и делать акцент на содержательных аспектах социальных процессов. Поэтому определение представляющих совместный интерес количественных показателей не требует предварительного проведения длительных и дорогостоящих процедур по параллельному толкованию законодательных установлений.

4. Сформулировать обоснованные суждения о латентных составляющих негативных явлений, не попавших в поле зрения официальной статистики. При выполнении расчетов возможно использование не только официально зарегистрированных фактов, но и неучтенных составляющих социальных явлений, «вычисление» оценок которых целесообразно проводить с применением конфигурации и параметров соответствующего теоретического закона распределения.

5. На основе цифровизации принимаемых решений и результатов их исполнения применить высокотехнологичный и инновационный подход к реализации очередного шага в направлении цифрового антимонопольного регулирования. При этом формирование математических (вероятностных) моделей для системы мониторинга картелей не только не будет иметь критической зависимости от возможных манипуляций со статистической отчетностью, но и будет препятствовать формированию фиктивной отчетности, поскольку возможные целенаправленные действия в отношении элементов статистических совокупностей будут отражаться на показателях формируемых моделей в режиме реального времени.

6. Использовать предлагаемые стохастические показатели для страновых сравнительных исследований картелизации. ■

Литература

1. Максимов С. В., Утаров К. А. Картели: проблемы уголовной политики, евразийский опыт, перспективы. М.: Норма, 2020. 96 с.
2. Росстат оценил рост ВВП РФ в 2018 году в 2,3% // <https://www.interfax.ru/business/649097>. Дата обращения: 01.08.2019.
3. Число картельных дел со сговором с чиновниками, возбужденных ФАС, в 2018 году выросло на 47% // <https://fas.gov.ru/publications/17484>. Дата обращения: 01.08.2019.
4. Отчеты о числе осужденных по всем составам преступлений Уголовного кодекса Российской Федерации 2015—2018 гг. Форма № 10-а // <http://www.cdep.ru>. Дата обращения: 01.08.2019.
5. Тенишев А. П. Час работы и... — картель как на ладони! // <https://fas.gov.ru/publications/18577>. Дата обращения: 01.08.2019.
6. Новиков Д. А. Теория управления организационными системами. 3-е изд. М.: Изд-во физико-математической литературы, 2012. 604 с.
7. Васин Ю. Г. Борьба с организованной преступностью: опыт теоретического моделирования: Монография. М.: ИГП РАН, 2015. 292 с.
8. Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / Отв. ред. С. Г. Келина, В. Н. Кудрявцев. М.: Наука, 1987. 276 с.
9. Вицин С. Е. Моделирование в криминологии. М., 1973. 104 с.
10. Блувштейн Ю. Д. Криминология и математика. М.: Юридическая литература, 1974. 176 с.
11. Гаврилов О. А. Математические методы и модели в социально-правовом исследовании. М.: Наука, 1980. 184 с.
12. Леванский В. А. Моделирование в социально-правовых исследованиях. М.: Наука, 1986. 158 с.
13. Прогностика. Терминология / Под ред. В. И. Сифорова. М.: Наука. АН СССР. 1990. Вып. 109. С. 9.
14. Гмурман В. Е. Теория вероятностей и математическая статистика. М.: Высшая школа, 1998. С. 76.
15. Гнеденко Б. В., Хинчин А. Я. Элементарное введение в теорию вероятностей. М.: Наука, 1982. С. 95.
16. Лунеев В. В. Юридическая статистика. М.: Юрист, 1999. С. 119—122, 274—275.
17. Максимов С. В., Васин Ю. Г., Утаров К. А. Цифровая криминология как инструмент борьбы с организованной преступностью // Всероссийский криминологический журнал. 2018. Т. 12, № 4. С. 482.

Общая математическая модель «дорожной карты» борьбы с картелями

Сведения об авторах

Васин Юрий Геннадьевич: кандидат юридических наук, профессор Института актуального образования «ЮрИнфоР»

Контактная информация

Адрес: 119435, г. Москва, ул. Малая Пироговская, д. 5

Тел.: +7 (495) 778-87-26

E-mail: vasin65@mail.ru

Рудая Татьяна Юрьевна: кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права и криминологии Ростовского юридического института МВД России

Контактная информация

Адрес: 344011, г. Ростов-на-Дону, ул. Варфоломеева, д. 18

Тел.: +7 (928) 279-52-44

E-mail: rydau@rambler.ru

УДК: 346.546.1

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Проблемы внедрения системы антимонопольного комплаенса в компании

А. Н. Астанин,

Банк ВТБ (ПАО),
Ассоциация антимонопольных
экспертов,
г. Москва

Аннотация

Настоящая статья раскрывает практические аспекты внедрения в компании антимонопольного комплаенса. Автор подробно раскрывает основные этапы внедрения антимонопольного комплаенса, заостряет внимание на проблемах, которые могут возникнуть на каждом этапе. Статья освещает процессы проведения внутренних служебных расследований, а также содержит практические советы по организации эффективного обучения сотрудников.

Ключевые слова: антимонопольный комплаенс, смягчение административной ответственности, антимонопольные расследования, антимонопольный аудит.

Problems of implementation of antitrust compliance in the company

A. N. Astanin,

VTB Bank (PJSC),
Competition Experts Association,
Moscow

Annotation

The article reveals the practical aspects of implementation of antitrust compliance in a company. The author describes in detail the main stages of the implementation of antitrust compliance, focuses on the problems that may arise at each stage. The article covers the processes of internal investigations, and contains practical advice on how to conduct effective employee training.

Keywords: antitrust compliance, mitigation of administrative responsibility, antitrust investigations, antitrust audit.

Одним из основных трендов для современного бизнеса с начала 70-х гг. прошлого века является прозрачность [1, с. 19—46]. Любая компания, независимо от размера и дохода, стремится или вынуждена позиционировать себя в качестве хозяйствующего субъекта, который соблюдает законы и на основе справедливой конкурентной борьбы завоевывает внимание потребителей.

Еще пару лет назад антимонопольный комплаенс (compliance) был для российских компаний белым пятном и воспринимался как некая очередная экзотическая западная конструкция, которая неприменима для «суровых» российских реалий.

Тем не менее, несмотря на общий скепсис относительно антимонопольного комплаенса, на замораживание инициативы ФАС России об обязательном антимонопольном комплаенсе в статусе «вечного» законопроекта, все больше компаний задумывается и внедряет собственные системы такого комплаенса. Причем если первые системы напоминали, скорее, памятку с картинками для работников, то в настоящий момент у компаний появилась потребность в разработке «рабочих» документов, регламентирующих внутреннюю организационную форму, порядок работы ответственного подразделения, допустимые и недопустимые практики, порядок работы с запросами ФАС России, ответственность работников, порядок организации работы горячей линии и правила рассмотрения случаев нарушения антимонопольного законодательства.

Проблемы внедрения системы антимонопольного комплаенса в компании

Одновременно появилось значительное число научных публикаций, посвященных различным аспектам внедрения антимонопольного комплаенса.

Прежде всего это обусловлено тем, что четкая модель антимонопольного комплаенса позволяет не только правильно наладить взаимоотношения с поставщиками, дистрибьюторами, потребителями, конкурентами, минимизировать претензии государственных органов, но и повысить уровень корпоративной культуры и транспарентности, уровень инвестиционной привлекательности и, как следствие, повысить капитализацию компании в целом.

Антимонопольный комплаенс, как и любая система, состоит из совокупности элементов, которые в итоге образуют единую структуру и формируют определенную целостность. В соответствии с законопроектом «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее — Законопроект) под антимонопольным комплаенсом понимается совокупность правовых и организационных мер, направленных на соблюдение антимонопольного законодательства и предупреждение нарушений внутри компании / группы компаний. Эти меры устанавливаются посредством принятия внутренних локальных актов (кодексы, политики, приказы о назначении ответственных лиц и т. д.) [5, с. 55—64]. Так, системы антимонопольного комплаенса в качестве внутренних локальных нормативных актов приняты во многих иностранных и российских компаниях, например, в ООО Эппл Рус, ООО «Самсунг Электроникс Рус Компани», ПАО «ГМК «Норильский никель», Группы компаний «ДИКСИ», ПАО «МТС», АО «Фармстандарт» и т. д.

Законопроект определяет перечень комплаенс-процедур, которые, по мнению антимонопольного органа, в обязательном порядке должны быть включены в систему антимонопольного комплаенса. К ним относятся:

- регулярная оценка рисков нарушения антимонопольного законодательства;
- меры по снижению этих рисков;
- меры по контролю за функционированием системы антимонопольного комплаенса;
- порядок ознакомления работников с внутренними актами, принятыми в рамках внедрения системы антимонопольного комплаенса;
- назначение должностных лиц, ответственных за функционирование системы антимонопольного комплаенса.

Учитывая отсутствие нормативного регулирования антимонопольного комплаенса, список его элементов носит открытый характер. Тем не менее в уже сложившейся практике принято выделять указанные в законопроекте элементы антимонопольного комплаенса.

Проведение анализа соблюдения хозяйствующим субъектом норм законодательства (due diligence)

Прежде чем внедрять любую систему комплаенса в компании, необходимо провести анализ хозяйственной дея-

тельности на предмет ее соответствия нормам законодательства и наличия существующих рисков (due diligence). В зависимости от товарного рынка, на котором присутствует компания, проверке подлежат:

1. Взаимоотношения с конкурентами.

Как правило, типичными нарушениями антимонопольного законодательства в данной сфере являются:

- заключение картельного соглашения;
- сговор на торгах;
- осуществление согласованных действий.

2. Взаимоотношения с дилерами, дистрибьюторами, поставщиками (контрагентами).

В рассматриваемых отношениях действия компаний часто соответствуют таким признакам нарушений антимонопольного законодательства, как:

- заключение незаконных «вертикальных» соглашений;
- осуществление незаконной экономической координации.

3. Взаимоотношения с потребителями.

Типичными рисками в рамках взаимоотношений с потребителями являются нарушения:

- закона о рекламе;
- законодательства о защите прав потребителей.

4. Взаимодействие с органами государственной власти.

Нарушения при соответствующем взаимодействии могут быть в том числе связаны с:

- нарушениями конкуренции на торгах;
- получением преференций.

5. Деятельность компании в области M&A.

Крупные компании, входящие в большие группы лиц в порядке ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) и часто совершающие сделки, подпадают под государственный контроль за экономической концентрацией, регулируемый гл. 7 Закона о защите конкуренции и иными нормативными актами¹. Несоблюдение порядка согласования сделок с антимонопольным органом может привести к штрафам, а также оспариванию соответствующих сделок.

Карта рисков

Результатом оценки хозяйственной деятельности компании и возникающих в связи с этим антимонопольных рисков является карта рисков. Данный документ отражает шкалу вероятности наступления конкретного риска при ведении предпринимательской деятельности (классификацию рисков от запрещенных действий до действий, которые потенциально могут быть незаконными) и возможный ущерб в случае антимонопольного расследования.

¹ См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ, 31.07.2006, № 31 (ч. 1), ст. 3434.

При этом под возможным ущербом следует понимать не только вероятный денежный административный штраф, но и возможность предъявления претензий со стороны конкурентов, а именно обращения в суд с исками о взыскании убытков в связи с нарушением антимонопольного законодательства. Немаловажным риском являются последствия для репутации компании.

Структура антимонопольного комплаенса

По результатам проведения due diligence и формирования карты рисков необходимо определить структуру внутреннего документа, который будет регламентировать систему антимонопольного комплаенса в компании.

На практике любой документ, носящий статус декларации, работать не будет, поэтому под каждый раздел антимонопольного комплаенса необходимо разрабатывать детальные положения, которые будут описывать конкретные процедуры и действия ответственных сотрудников.

Таким образом, в зависимости от товарного рынка, на котором присутствует компания, для построения эффективной системы антимонопольного комплаенса требуется не только антимонопольная политика, но и система документов, регулирующих взаимоотношения как внутри компании, так и вовне. Как правило, эффективная система антимонопольного комплаенса включает в себя следующие документы, регламентирующие как внутренние, так и внешние взаимоотношения:

- коммерческая политика;
- политика соблюдения антимонопольного законодательства;
- правила взаимодействия с конкурентами;
- правила взаимодействия с дистрибьюторами, дилерами, ретейлерами;
- правила взаимодействия с должностными лицами государственных (муниципальных) органов власти;
- правила взаимодействия с потребителями;
- положение об органе (должностных лицах), ответственных за соблюдение компанией антимонопольного законодательства;
- положение о проведении аудита (мониторинга, оценки рисков) в сфере соблюдения компанией антимонопольного законодательства;
- положение о порядке проведения служебных расследований по факту нарушения антимонопольного законодательства.

Антимонопольный аудит

Важно отметить, что для эффективной системы антимонопольного комплаенса необходимо проработать механизм выявления антимонопольных рисков, а именно порядок проведения антимонопольного аудита хозяйственной деятельности, который представляет собой комплекс мероприятий, направленных на выявление и оценку антимоно-

польных рисков, возникающих у компании при осуществлении предпринимательской деятельности.

Антимонопольный аудит может проводиться путем:

- проверки информации о случаях нарушения законодательства;
- общего мониторинга деятельности подразделений хозяйствующего субъекта;
- мониторинга конкретной деятельности хозяйствующего субъекта с учетом понимания существующих рисков;
- проведения интервью с руководителями подразделений хозяйствующего субъекта;
- систематического анкетирования работников, чья деятельность может быть связана с рисками нарушения антимонопольного законодательства;
- получения юридических заключений от внешних экспертов относительно деятельности хозяйствующего субъекта, которая может быть связана с рисками нарушения антимонопольного законодательства;
- получения разъяснений законодательства в ФАС России.

Результатом проведения антимонопольного аудита является заключение об итогах проведенного антимонопольного аудита. На практике данный документ может содержать следующие сведения:

- описание объекта антимонопольного аудита;
- сроки проведения аудита;
- использованный способ проведения антимонопольного аудита;
- описание порядка проведенного антимонопольного аудита;
- описание выявленных антимонопольных рисков;
- описание доказательств, на основании которых сделан вывод о наличии антимонопольных рисков;
- описание возможных негативных последствий для хозяйствующего субъекта;
- описание рекомендаций по минимизации рисков;
- вывод о необходимости / отсутствии необходимости проведения служебного расследования.

Также важно детально проработать механизм проведения служебных расследований, а именно комплекс мероприятий, направленных на выяснение всех обстоятельств, связанных с получением информации о возможном нарушении работниками и, как следствие, компанией антимонопольного законодательства, их фиксацию, юридическую квалификацию, оценку возможных негативных последствий. Разработка детального порядка проведения служебного расследования позволяет дать объективную оценку действиям компании и/или работников, в которых присутствуют признаки нарушения антимонопольного законодательства. Как правило, соответствующие локальные акты содержат права и обязанности ответственного за служебное расследование подразделения, описывают порядок проведения расследования, а также процесс принятия решений.

Проблемы внедрения системы антимонопольного комплаенса в компании

Обучение

Подготовить политику — это задача комплаенс-подразделения и юридического департамента. Внедрение любой системы комплаенса — это сложный процесс, требующий немалых трудозатрат и объединения большого количества смежных подразделений компании.

Основным способом доведения информации о системе комплаенса в компании является обучение. Обучение может проводиться как очно, так и офлайн. Очные тренинги предусматривают проведение лекций, семинаров, на которых изучается как теоретическая, так и практическая часть. Целесообразно после тренинга в любом формате проводить тестирование сотрудников. При этом рекомендуется проходить тестирование до тех пор, пока сотрудник не получит положительную оценку.

Параллельно с тестированием необходимо предусмотреть контроль за прохождением сотрудниками обучения.

Важно проводить тренинги на регулярной основе, причем как для рядовых сотрудников, так и для топ-менеджеров.

Постоянный вопрос, возникающий на практике, заключается в том, как стимулировать сотрудников неформально относиться к тренинговым мероприятиям, посвященным комплаенсу. На практике комплаенс-офицеры применяют различные способы стимулирования, а также регулярно варьируют семинары.

Так, в одном из крупнейших мировых концернов составляется публичный рейтинг прохождения тренингов и успешный процент тестируемых. Соответствующее неформальное внутреннее соревнование стимулирует работников ответственно подходить к процессу изучения «скучных» документов. Одновременно с позитивным рейтингом возможно организовать так называемую доску позора.

При подготовке тренинга очень важно понимать, для кого он предназначается. Следует разграничивать контент для «чайников», которые находятся вне зоны риска нарушения комплаенс-процедур, и материалы для менеджеров, чьи трудовые функции могут потенциально привести к комплаенс-рискам.

Наиболее эффективными с точки зрения реальных знаний являются очные встречи с менеджерами. Это вызвано в том числе тем, что на практике работники, даже понимая, что сталкиваются с потенциальным риском, не хотят использовать электронную почту и компрометировать себя.

Помимо этого, до и после проведения семинаров рекомендуется проводить выборочные тесты сотрудников разного уровня. Это позволит осуществить срез знаний.

Нелишним будет подготовить информационную составляющую. Распространение дайджестов, подготовка плакатов, а также FAQ позволят привлечь внимание

к системе комплаенса и стимулировать работников уделять этому внимание.

Проведение тренингов в формате тимбилдингов и квестов, разработка игровых материалов также способствуют успешному внедрению комплаенса в компании.

Вывод

Система антимонопольного комплаенса — сложный механизм, настройка которого потребует полного анализа деятельности компании и налаживания внутрикорпоративных взаимоотношений. Тем не менее, запустив систему антимонопольного комплаенса в компании, собственники в итоге минимизируют риски нарушения антимонопольного законодательства, стимулируют прозрачность деятельности компании и, как следствие, способствуют капитализации компании. ■

Литература

1. Lucas R. Econometric Policy Evaluation: A Critique // Carnegie — Rochester Conference Series on Public Policy. 1976. № 1. P. 19—46.
2. Соколов А. С. Практика внедрения системы антимонопольного комплаенса в инфраструктурном холдинге «Автодор» // Юрист. 2017. № 17. С. 15—18.
3. Молчанов А. В. Антимонопольный комплаенс: значение и перспективы правового регулирования // Юрист. 2017. № 17. С. 11—14.
4. Щерба Т. Э. Антимонопольный комплаенс в России. Понятие. Виды // СПС КонсультантПлюс. 2018.
5. Попондопуло В. Ф., Петров Д. А. Антимонопольный комплаенс: современное состояние и перспективы // Информационно-аналитический журнал «Арбитражные споры». 2019. № 2. С. 55—64.
6. Ашфа Д. М. Система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в России: проблемы и перспективы развития правового регулирования // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 4. С. 87—94.
7. Законопроект № 789090-7 «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”».

Сведения об авторе

Астанин Андрей Николаевич: руководитель проекта, Банк ВТБ (ПАО), член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация:

Адрес: 123112, г. Москва, Пресненская наб., д. 12

Тел.: +7 (926) 569-86-84

E-mail: astan_rus@rambler.ru

УДК 34.096

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Изменение условий государственного контракта как вид нарушения антимонопольного законодательства

М. А. Максимова,
Коллегия адвокатов «АртЛекс»,
Институт права Башкирского
государственного университета,
член Ассоциации
антимонопольных экспертов,
г. Уфа

Аннотация

В статье рассматриваются вопросы, связанные с наличием или отсутствием правовой возможности изменения условий государственного (муниципального) контракта. В рамках анализа судебной практики определяются критерии и основания, по которым изменение условий контракта может рассматриваться как антимонопольное правонарушение, в частности, как заключение антиконкурентного соглашения. Исследованы ситуации, когда изменение условий контракта влечет за собой нарушение принципа равенства участников закупки, ограничение конкуренции с целью создания для победителя закупки более выгодных условий исполнения контракта.

Ключевые слова: изменение условий государственных и муниципальных контрактов, антиконкурентное соглашение, сговор заказчика и исполнителя контракта.

Change of the terms of the state contract as a type of violation of the antimonopoly legislation

M. A. Maksimova,
Collegium of advocates "Artlex",
Institute of law of Bashkir State
University,
member of the Competition
Experts Association, Ufa

Annotation

The article deals with the issues related to the presence or absence of the legal possibility of changing the conditions of the state (municipal) contract. As part of the analysis of judicial practice, the criteria and grounds for which a change in the terms of the contract can be considered as an antitrust offense, in particular, as the conclusion of an anti-competitive agreement are determined. The situations when the change of contract conditions entails violation of the principle of equality of participants in the procurement, restriction of competition in order to create more favorable conditions for the winner of the procurement contract.

Keywords: changes in the conditions of state and municipal contracts, anti-competitive agreement, collusion of the customer and the contractor.

Изменение условий государственного контракта как вид нарушения антимонопольного законодательства

Изменение условий государственных (муниципальных) контрактов всегда представляет собой острую тему для обсуждения. Как для заказчика, так и для исполнителя несоблюдение норм позитивного права может обернуться рядом негативных последствий — от возмещения убытков до административного и даже уголовного наказания.

В обычную гражданско-правовую сделку, основанную на общепризнанном принципе свободы выражения воли и волеизъявления сторон, допускается внесение практически любых изменений, тогда как порядок изменения условий публичных контрактов подчинен специальному правовому регулированию. В цивилистической литературе отмечается, что применительно к государственным и муниципальным контрактам указанный принцип имеет ограничения, которые касаются не только выбора заказчиком контрагента, но и определения содержания договора, возможности внесения в него изменения соглашением сторон [1, 2]. Так, в соответствии с п. 2 ст. 34 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе)¹ при заключении и исполнении контракта изменение его условий не допускается, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом, а именно ст. 95 Закона о контрактной системе, содержащей закрытый перечень таких оснований.

Отметим, что стороны не вправе изменять только существенные условия контракта. Соответственно, за рамками ст. 95 Закона о контрактной системе не подлежат изменению:

- предмет контракта (например, конкретный товар или вид работ, особенности их выполнения);
- условия, названные в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для контрактов данного вида (абз. 2 п. 1 ст. 432 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)²);
- условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ);
- контрагент, за исключением предусмотренных законом случаев правопреемственности (ст. 58 ГК РФ).

Однако на практике возникает множество ситуаций, когда изменение условий договора необходимо для завершения контракта или даже для его надлежащего исполнения. При этом не всегда такие случаи подпадают под основания, перечисленные в ст. 95 Закона о контрактной системе.

Ограниченные правовые возможности сковывают заказчиков, которые боятся внесения даже малейших изменений в контракт или его фактического исполнения с любыми отступлениями от оговоренных изначально условий. Руководитель одного из территориальных управлений ФАС России в своей работе отмечает, что «заказчики как огня боятся внесения изменений в действующий контракт, хотя иногда это действительно необходимо для эффективного использования бюджетных средств» [3]. Нежелание заказчиков идти на внесение изменений или дополнений в действующий контракт обусловлено следующими обстоятельствами.

В первую очередь это наличие административной ответственности за нарушение порядка изменения контракта в соответствии с ч. 4 и 5 ст. 7.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ)³. В научной литературе отмечается, что даже в случаях, когда заключение дополнительных соглашений к контрактам заказчики пытаются связывать с обеспечением эффективного и рационального использования бюджетных средств, следует понимать, что «состав данного правонарушения является формальным, возложение ответственности за совершение данного правонарушения не связано с причинением вреда, наступлением каких-либо последствий, с целями, которые ставят перед собой стороны контракта, так что суды подобные доводы во внимание не принимают» [4].

Необходимо отметить, что действия по нарушению порядка изменения контракта влекут за собой не только ответственность заказчика. Для исполнителя контракта само по себе действие по изменению условий контракта также квалифицируется как административное правонарушение, даже в тех случаях, когда исполнитель пытался доказать, что это произошло по инициативе другой стороны⁴.

Так, если стороны изменили условия контракта без предусмотренных законом оснований, в том числе увеличили цену товаров, работ, услуг, то штраф должностным лицам будет назначен в размере 20 000 руб.; юридическим лицам — в размере 200 000 руб. Квалифицирующий состав предусматривает, что если незаконное изменение привело к дополнительному расходованию средств соответствующих бюджетов или уменьшению количества поставляемых товаров, объема выполняемых работ, оказываемых услуг, то штраф составит двукратный размер дополнительно израсходованных средств

¹ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. 1) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

³ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

⁴ См. напр.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.08.2016 № Ф05-10335/2016 по делу № А40-10909/16; Постановление № 4А-759/2016 от 6 июля 2016 г. по делу № 4А-759/2016 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

соответствующих бюджетов или цен товаров, работ, услуг, количество, объем которых уменьшены и которые явились предметом правонарушения.

Стоит отметить, что санкции достаточно серьезные, особенно с учетом исчисления штрафа в зависимости от размера перерасхода бюджетных средств по контракту.

Следующим риском является угроза признания измененной сделки недействительной и отказа во взыскании оплаты за дополнительно выполненные работы (например, за пределами сметы), дополнительно оказанные услуги (за пределами срока действия) или дополнительно поставленный товар, отличный от изначального ассортимента или комплектности. Дополнительное соглашение, предусматривающее изменение таких условий, является ничтожным (п. 2 ст. 168 ГК РФ, ст. 34, п. 1 ст. 95 Закона о контрактной системе). При анализе правоприменительной практики по данному вопросу в литературе отмечается, что «противоречивые разъяснения судов не могут способствовать стабильности арбитражной практики и дезориентируют заказчиков», в том числе когда в одном случае судом удовлетворяется требование об оплате согласованных с заказчиком дополнительных строительных работ по государственному контракту, с учетом специфики отношений, складывающихся в сфере строительства, а по другому делу суд заключает, что условие дополнительного соглашения, согласно которому увеличивается цена контракта в размере, превышающем 10%, является ничтожным, так же как и ничтожным является соглашение об увеличении сроков контракта как противоречащее закону и при этом посягающее на публичные интересы и права и интересы третьих лиц — иных участников закупки [6].

Кроме того, в некоторых случаях при изменении предмета контракта в действиях ответственных лиц компании-исполнителя могут быть установлены признаки мошенничества (например, когда на торгах был предложен один товар, а фактически поставленный отличается по характеристикам и (или) цене не в лучшую сторону). Для должностных лиц заказчика такие действия могут быть квалифицированы как злоупотребление должностными полномочиями или халатность согласно уголовному законодательству Российской Федерации⁵.

Минэкономразвития России неоднократно выражало позицию относительно оснований для изменения публичных контрактов, отмечая следующие тезисы. При потребности в видах работ или материалов, не предусмотренных контрактом, заказчик вправе осуществить такую закупку путем заключения отдельного контракта в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной

системе⁶. Возможность заменять один вид работ на другой, не предусмотренный контрактом, Законом о контрактной системе не установлена⁷. Положениями Закона о контрактной системе предусмотрена возможность при условии согласия заказчика изменить условия контракта в части замены материалов на другие только в случае, когда их качество, а также технические и функциональные характеристики улучшены по сравнению с указанными в контракте⁸.

Следует согласиться, что предложенное Минэкономразвития России толкование норм права соответствует букве Закона о контрактной системе, однако разнообразие конкретных жизненных ситуаций побуждает правоприменителей искать ответы на более сложные вопросы.

Исследование судебных кейсов по этому вопросу свидетельствует о тенденции отказов судов в поддержке сторон публичного контракта, решивших изменить его срок исполнения, предмет или другие существенные условия.

Совершенно очевидно, что Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017 (далее — Обзор ВС РФ 2017 г.)⁹, определил вектор судебной практики в отношении изменения условий контрактов.

В пункте 9 Обзора ВС РФ 2017 г. указано, что стороны не вправе дополнительным соглашением изменять сроки выполнения работ по государственному (муниципальному) контракту, если иное не установлено законом и заключенным в соответствии с ним контрактом. Президиум ВС РФ также обозначил ключевые мотивы такого запрета. Сохранение условий государственных и муниципальных контрактов в том виде, в котором они были изложены в извещении о проведении открытого аукциона в электронной форме и в документации об аукционе, невозможность ведения переговоров между заказчиками и участниками закупок (ст. 46 Закона о контрактной системе) и исполнение контракта на условиях, указанных в документации, направлены на обеспечение равенства участников размещения заказов, создание условий для

⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁶ Письмо Минэкономразвития России от 16.12.2016 № Д28и-3541 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

⁷ Письмо Минэкономразвития России от 07.12.2016 № Д28и-3208 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

⁸ Письмо Минэкономразвития России от 09.09.2016 № ОГ-Д28-11035 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

⁹ Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 28.06.2017 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

Изменение условий государственного контракта как вид нарушения антимонопольного законодательства

свободной конкуренции, обеспечение в связи с этим эффективного использования средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования, на предотвращение коррупции и других злоупотреблений в сфере размещения заказов с тем, чтобы исключить случаи обхода закона — искусственного ограничения конкуренции при проведении аукциона и последующего создания для его победителя более выгодных условий исполнения контракта.

Так, до выхода Обзора ВС РФ 2017 г. в судах первой инстанции можно было встретить случаи одобрения судами внесения изменений в отношении срока контракта или даже согласительных судебных процедур (заключения мирового соглашения), где заказчик не возражал против удовлетворения требований о переносе срока исполнения контракта¹⁰. Однако сегодня можно считать универсальным вывод в судебных актах о том, что условие соглашения о продлении срока действия государственного контракта прямо противоречит положениям ст. 95 Закона о контрактной системе¹¹.

Судебная практика в отношении изменения иных условий контракта (меры ответственности, размера санкций и т. д.) не так однозначна. В практике нередко встречаются ситуации, когда стороны публичного контракта приходят к «согласию» и даже письменными документами уменьшают или исключают в принципе начисление санкций за неисполнение или ненадлежащее исполнение контракта, чаще всего в отношении хозяйственного субъекта. Имеются случаи, когда такое соглашение сторон утверждает суд в виде мирового соглашения в делах о взыскании заказчиком неустойки с контрагента¹². Правомерность таких действий сторон контракта неоднократно проверялась судами. Так, Верховный Суд РФ в Определении № 305-ЭС17-624 от 22.06.2017 по делу № А40-208730/2015 указал, что списание и (или) отсрочка начисленных поставщику (подрядчику, исполнителю) сумм неустоек (штрафов, пеней) в связи с ненадлежащим исполнением государственного (муниципального) контракта при определенных услови-

ях являются именно обязанностью государственного (муниципального) заказчика, носят императивный характер и не могут быть изменены соглашением сторон (условиями государственного контракта)¹³. По нашему мнению, Верховный Суд РФ нивелировал в этой части разъяснения Минфина России¹⁴, на которое сослались суды нижестоящих инстанций. Видится, что ВС РФ поставил точку в споре об обязательности исполнения заказчиками требований законодательства о списании неустоек со стороны государственного заказчика. Их взыскание является не правом, а обязанностью заказчика, тогда как при заключении мирового соглашения или просто дополнительного соглашения к контракту заказчик, по сути, освобождает сам себя от этой обязанности.

В литературе отмечается, что одновременно ВС РФ в Обзоре 2017 г. приводит ряд примеров, когда фактическое изменение условий государственного контракта может быть признано допустимым судами:

1) изменение срока в случае несовершения заказчиком действий, предусмотренных законом, договором либо вытекающих из обычаев или существа обязательства, до совершения которых поставщик не мог исполнить свои обязательства, сроки исполнения обязательств по государственному контракту продлеваются на период просрочки заказчика;

2) увеличение цены государственного контракта более чем на 10%, в частности, в случае согласования заказчиком дополнительных строительных работ, если:

- невыполнение таких работ грозит годности и прочности результата выполняемой работы; и
- такие работы не могли быть учтены в технической документации на момент подготовки документации и заключения контракта, но должны быть произведены, поскольку без их выполнения подрядчик не может приступить к другим работам или продолжать уже начатые либо ввести объект в эксплуатацию и достичь предусмотренного контрактом результата [7].

Приведенные судом юридические возможности прямо в Законе о контрактной системе не установлены, однако, на наш взгляд, тем самым Верховный Суд дает нижестоящим судам ориентир о необходимости учитывать специфику конкретного спора и сделать «невозможное» изменение условий контракта «возможным» в той мере, в которой это не противоречит принципам Закона о контрактной системе.

Следует отметить, что Обзор ВС РФ 2017 г. содержит разъяснение об условиях изменения сроков и цены контракта. Однако есть множество моментов, которые

¹⁰ См., напр.: Решение от 14 июня 2016 г. по делу № А07-6590/2016 Арбитражный суд Республики Башкортостан // Источник в сети Интернет [http://kad.arbitr.ru/]. Дата обращения: 02.09.2019.

¹¹ См., напр.: Определение Верховного Суда РФ от 16.06.2017 № 307-ЭС17-6943 по делу № А21-3573/2016; Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 15.06.2015 по делу № А33-1850/2015; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 10.05.2017 № Ф07-3837/2017 по делу № А56-49458/2015; Решение Арбитражного суда Волгоградской области по делу № А12-23245/18 от 18 сентября 2018 г. // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

¹² См., напр.: Определение Арбитражного суда Ростовской области по делу № А53-29120/18 от 12.10.2018; Определение Арбитражного суда Чеченской Республики по делу № А77-93/2018 от 11.10.2018 // Источник в сети Интернет [http://kad.arbitr.ru/]. Дата обращения: 02.09.2019.

¹³ См.: Определение Верховного Суда РФ № 305-ЭС17-624 от 22.06.2017 по делу № А40-208730/2015 // Источник в сети Интернет [http://kad.arbitr.ru/]. Дата обращения: 02.09.2019.

¹⁴ См.: Письмо Минфина России от 22.07.2015 № 02-02-04/42194 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

касаются, например, особенностей выполнения работ или поставки товара, указанных в техническом задании к контракту и, следовательно, относимых к существенным условиям, например комплектность документации к товару, условия и порядок выполнения работ, изменение этапов выполнения работ без изменения общего срока. Указанные и многие другие схожие условия договоров, а также обстоятельства, при которых они могут быть скорректированы, выпали из поля зрения верховного судебного органа и находят свое разрешение в индивидуальных спорах правоприменителей. Во-первых, такая ситуация, конечно же, не способствует единообразию подхода. А во-вторых, поскольку бюджетное законодательство и законодательство о контрактной системе не предоставляют сторонам государственных контрактов широких правовых возможностей их изменения на этапе исполнения контракта, в судебной практике из дела в дело в большинстве случаев транслируются выводы о недопустимости любых дополнительных соглашений, которые прямо не предусмотрены нормой закона.

С учетом изложенного видится необходимость на уровне регулятора контрактного законодательства или высшего судебного органа более четких разъяснений о возможных критериях (условиях) корректировки государственных или муниципальных контрактов с учетом норм Закона о контрактной системе и специфики отдельных договорных обязательств или видов товаров, работ, услуг.

Во второй части работы хотелось бы поднять не менее острый вопрос о соблюдении конкурентного законодательства при изменении публичных контрактов. Поскольку до этого момента при обсуждении правовых рамок Закона о контрактной системе нарушение антимонопольных правил затрагивалось лишь косвенно, в частности, через принцип обеспечения конкуренции при проведении закупок.

Заключение дополнительного соглашения об изменении условий государственного контракта может грозить его сторонам признанием таких действий антиконкурентным сговором. Так, ст. 16 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции)¹⁵ запрещает соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями соглашений, если такие соглашения приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции. Согласно

п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции под конкуренцией понимается соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Признаки ограничения конкуренции установлены в п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции. Под соглашением понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (п. 18 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Правовыми последствиями такого сговора являются предписание антимонопольного органа, например, о прекращении исполнения антиконкурентного соглашения в отношении действующего государственного контракта, и привлечение сторон к административной ответственности. При этом, если для должностного лица заказчика это станет очередным штрафом в твердой сумме, то для контрагента штраф является оборотным и рассчитывается от суммы выручки на соответствующем товарном рынке.

В обоснование выводов о квалификации действий по изменению условий публичного контракта в качестве сговора суды опираются на правовые позиции все того же Обзора ВС РФ 2017 г. В Обзоре указано, что сохранение условий государственных контрактов в том виде, в котором они были изложены в извещении о проведении закупки, направлено на обеспечение равенства участников закупок, создание условий для свободной конкуренции, с тем чтобы исключить случаи обхода закона — искусственного ограничения конкуренции при проведении закупки и последующего создания для ее победителя более выгодных условий исполнения контракта путем внесения в него изменений.

Сложившаяся на сегодня практика судов и антимонопольных органов допускает, что даже при отсутствии «пострадавших конкурентов» в судебном решении может быть зафиксирован факт нарушения публичных интересов при проведении транспарентных процедур отбора поставщиков для реализации публичных задач. Ниже приведен ряд типичных нарушений условий контракта, которые были признаны доказательствами антиконкурентного соглашения.

1. Изменение сроков исполнения контракта.

В деле № А67-484/2017 Верховный Суд РФ поддержал следующие выводы нижестоящих судов¹⁶. Зная о несоблюдении ООО «С» срока выполнения работ, заказчик не только не принял мер по начислению

¹⁵ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

¹⁶ См., напр.: Определение Верховного Суда РФ № 304-КГ17-23524 от 8 февраля 2018 г. и Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 11.07.2017 по делу № А67-484/2017 // Источник в сети Интернет [<http://kad.arbitr.ru/>]. Дата обращения: 02.09.2019.

Изменение условий государственного контракта как вид нарушения антимонопольного законодательства

неустойки, расторжению в одностороннем порядке контракта, обращению своевременно в антимонопольный орган с заявлением о включении подрядчика в реестр недобросовестных поставщиков, но и по согласованию с подрядчиком принял решение о переносе срока выполнения работ по контракту. Фактически по соглашению сторон была установлена поэтапная оплата работ, что не предусматривалось документацией об электронном аукционе и контрактом. Суд, подтверждая нарушение ст. 16 Закона о конкуренции, отдельно подчеркнул, в чем суть ограничения конкуренции — хозяйствующие субъекты на стадии рассмотрения вопроса о своем участии в аукционе не могли предполагать, что срок выполнения работ по строительству составит не 20 дней с момента заключения контракта, а 7 месяцев.

2. Изменение объемов и видов работ.

В Решении Марийского УФАС России от 21.03.2017¹⁷ комиссия антимонопольного органа пришла к выводу о наличии в действиях заказчика и ООО «С» нарушения ст. 16 Закона о конкуренции, выразившегося в изменении условий государственного контракта на выполнение ремонтно-строительных работ. Так, сторонами контракта были изменены объемы и виды работ, которые относятся к существенным условиям государственного контракта, их изменение не допускается и является нарушением законодательства о контрактной системе. Существенные условия государственного контракта и порядок его исполнения определяются на стадии опубликования извещения о закупке и равным образом доступны для ознакомления всем участникам размещения закупки путем обращения к опубликованной на официальном сайте информации. Нарушение прав иных потенциальных участников закупки происходит из-за того, что на стадии проведения процедуры аукциона в электронной форме они не располагали сведениями о том, что существенно будут изменены объемы и виды работ. Заключение дополнительного соглашения к контракту с нарушением требований законодательства Российской Федерации исключило для иных хозяйствующих субъектов возможность участвовать в закупке, следовательно, действия по заключению дополнительного соглашения могли привести к недопущению, устранению, ограничению конкуренции.

Замена одних видов работ на другие аналогичные работы, но с использованием иных материалов также расценивается как сговор¹⁸.

3. Приемка поставленного товара с неполным комплектом документов.

В Решении Пензенского УФАС России от 22.12.2017¹⁹ установлено, что при проведении аукциона и выборе исполнителя проект контракта содержал условие о предоставлении в момент отгрузки товара копий документов, подтверждающих качество поставленного товара (деклараций о соответствии, сертификатов соответствия, паспорта), регистрационных удостоверений, нормативной документации по контролю качества, документа, подтверждающего страну — производителя оборудования, а также инструкции пользователя (руководство по эксплуатации) на русском языке и технической документации на русском языке. На момент подписания акта заказчику был поставлен товар, а документы, подтверждающие его качество в соответствии с действующим законодательством, исполнителем не представлялись. Изменения в указанный пункт контракта были внесены дополнительным соглашением. Таким образом, осуществляя платеж в соответствии с транспортной накладной в отсутствие указанных документов, заказчик нарушил действующие условия контракта и предоставил необоснованные преимущества исполнителю.

Довод заказчика о том, что проводимая претензионная работа в отношении исполнителя опровергает наличие между ответчиками антиконкурентного соглашения, признан судами несостоятельным. Изменение условий, установленных контрактом, носит антиконкурентный характер, так как приводит к созданию преимущества исполнителю при оказании услуг путем изменения условий обращения товара, что является признаком ограничения конкуренции. Иные участники данного рынка, принявшие участие в аукционе, при формировании своего ценового предложения исходили из указанных в документации условий поставки.

4. Необоснованное расторжение договора до истечения сроков его исполнения.

В деле № А50-13438/2018²⁰ суды пришли к следующим выводам. Стороны заключили соглашение о расторжении контракта, указав, что обязательства подрядчика по контракту в оставшейся части прекращены. Принимая во внимание условия технического задания, суд посчитал, что фактически действия сторон контракта направлены на изменение его существенных условий о содержании и объеме работ, подлежащих выполнению, а также о порядке их оплаты (поэтапная оплата работ контрактом не предусмотрена). В обоснование

¹⁷ См., напр.: Решение Марийского УФАС России от 21.03.2017 по делу № 02-10/11-16 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

¹⁸ См., напр.: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 01.12.2014 № Ф01-5165/2014 по делу № А38-5786/2013 // Источник в сети Интернет [http://kad.arbitr.ru/]. Дата обращения: 02.09.2019.

¹⁹ См., напр.: Решение Пензенского УФАС России от 22.12.2017 № 3-09/40-2017 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

²⁰ См., напр.: Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.10.2018 № 17АП-12129/2018-ГК по делу № А50-13438/2018 // СПС КонсультантПлюс. Дата обращения: 03.09.2019.

причин расторжения контракта стороны в соглашении указали на объективную, по их мнению, невозможность выполнения работ, выявленную подрядчиком лишь в процессе исполнения принятых на себя обязательств (неблагоприятные метеорологические и дорожные условия, отсутствие информации о точном месторасположении объектов). Однако суд посчитал эти обстоятельства невозможности выполнения подрядчиком работ по контракту недоказанными, указал на нарушение ст. 15, 16 Закона о защите конкуренции и 6, 7, 8, 13 Закона о контрактной системе и исходил из того, что стороны государственного контракта нарушили права неопределенного круга лиц (потенциальных участников аукциона).

5. Выполнение и приемка не предусмотренных контрактом работ.

Учреждение, располагая информацией о необходимости выполнения дополнительных работ, не предусмотренных условиями муниципального контракта, не совершило действий, предусмотренных законом²¹.

В ходе исполнения государственного контракта ООО «П» выполняло работы, не предусмотренные условиями указанного контракта, а заказчик располагал сведениями о выполнении обществом указанных работ и возражений против их выполнения не высказывал, например, посредством переписки, указаний и т. д.²²

В указанных выше случаях между сторонами контракта даже отсутствовало какое-либо соглашение в письменной форме. Действия заказчика носили в основном пассивный характер и заключались в «молчаливом согласии» или бездействии.

Выводы

1. Во всех приведенных выше примерах из судебной практики главным доказательством антиконкурентного соглашения был признан сам факт изменения условий контракта, которое изначально не было оговорено в контракте.

2. Оценивая изменение сторонами не предусмотренных контрактом условий, суды исходят из того, что исполнитель получает антиконкурентные преимущества на стадии исполнения контракта путем предоставления заказчиком возможности не исполнять условия контракта в той или иной части, например в части установленного срока выполнения работ, а порой даже полу-

чить оплату за работы, изначально не предусмотренные контрактом. При наличии изначально в документации об аукционе иных условий могло быть увеличено количество заинтересованных лиц в участии в таком аукционе, что, в свою очередь, могло бы повлечь изменение победителя или цены контракта. Данные действия являются нарушением абз. 1 ст. 16 Закона о защите конкуренции, поскольку привели или могли привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, так как при этом не были созданы равные возможности участия хозяйствующих субъектов в конкурентной борьбе за заключение контракта на строительство спортивной площадки, ограничен доступ других хозяйствующих субъектов на тот же товарный рынок.

3. Руководствуясь существующим подходом, любое изменение в лучшую сторону для подрядчика может быть признано ограничением конкуренции, поскольку иные участники торгов не были осведомлены о наличии такой возможности на стадии объявления его условий.

В заключение автор считает важным сформулировать два дискуссионных вопроса, ответы на которые судебная практика пока не дала.

Первый. Открытым остается вопрос правовой оценки изменения условий контракта, не отвечающих интересам исполнителя (например, в связи с обстоятельствами, возникшими у заказчика). Должно ли такое изменение считаться ограничением конкуренции или нет, не ясно. Ответа на данный вопрос не дают ни закон, ни правоприменительная практика. В связи с чем сам вопрос о правомерности изменения условий публичных договоров выявляет необходимость выработки универсальных критериев для оценки действий сторон и их квалификации как антиконкурентного сговора.

Второй. Признание сторон контракта «сговорившимися» против основ конкуренции и неопределенного круга лиц может быть и не связано с нарушением Закона о контрактной системе. То есть для установления факта антиконкурентного соглашения не обязательно, чтобы были изменены именно существенные условия контракта или не соблюдены ограничения, предусмотренные ст. 95 Закона о контрактной системе. В каждом конкретном случае к обстоятельствам изменения — сугубо индивидуальный подход, как правило, не в пользу сторон. На наш взгляд, столь широкие пределы для правоприменительного усмотрения (в особенности с учетом срока давности возбуждения антимонопольных дел) создают для обеих сторон контракта опасную по своим правовым последствиям неопределенность. ■

Литература

1. Гражданское право: Учебник: в 2 т. / О. Г. Алексеева, Е. Р. Аминов, М. В. Бандо и др.; под ред. Б. М. Гонгало. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2018. Т. 2. С. 284.

²¹ См., напр. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 05.06.2015 № Ф09-2915/15 по делу № А76-21402/2014 // Источник в сети Интернет [http://kad.arbitr.ru/]. Дата обращения: 02.09.2019.

²² См., напр. Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.08.2015 № 18АП-9324/2015 по делу № А76-1180/2015 // Источник в сети Интернет [http://kad.arbitr.ru/]. Дата обращения: 02.09.2019.

Изменение условий государственного контракта как вид нарушения антимонопольного законодательства

2. Константинов П. Ю. Актуальные проблемы судебной практики по спорам, связанным с применением законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд // Информационно-аналитический журнал «Арбитражные споры». 2019. № 1. С. 42.
3. Милонаец О. В. Так можно или нельзя изменять существенные условия контракта? // Прогосзаказ.рф. 2017. № 3. С. 22.
4. Беляева О. А. Административная ответственность за изменение условий государственного или муниципального контракта // Комментарий судебной практики / Под ред. К. Б. Ярошенко. М.: КОНТРАКТ, 2015. Вып. 20. С. 191.
5. Степанова Е. Е. Контрактная система в сфере закупок: опыт цивилистического исследования: монография. СПб.: Гамма, 2018. С. 26.
6. Глоов Д. Х. Недействительность сделок на основании ст. 168 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 8. С. 183.
7. Полякова Ю. Верховный Суд прошелся по госконтрактам // ЭЖ-Юрист. 2017. № 28. С. 4—5.

Сведения об авторе

Максимова Марина Александровна: адвокат, руководитель антимонопольной и контрактной практики Коллегии адвокатов «АртЛекс», преподаватель кафедры государственного права Института права Башкирского государственного университета, член Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация

Адрес: 450015, г. Уфа, ул. Карла Маркса, д. 37, корп. 2, оф. 24

Тел.: +7 (917) 780-44-60

E-mail: maksimova.lex@mail.ru

УДК 346.546.6
ВАК 12.00.07

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Нарушение конкуренции онлайн-платформами в сфере туризма (в части требований о паритете цен): опыт зарубежных стран

О. В. Мильчакова,
ФАС России, Московский
государственный юридический
университет им. О. Е. Кутафина
(МГЮА), г. Москва

Аннотация

В статье анализируются подходы органов по защите конкуренции зарубежных стран к определению продуктовых и географических границ товарного рынка, на котором осуществляют деятельность цифровые платформы в сфере туризма.

Исследована практика применения антимонопольными органами регулирования в отношении политики онлайн-платформ по установлению «широкого» и «узкого» паритета цен. Выполнено сравнение сопоставимого зарубежного и российского антимонопольного регулирования.

Ключевые слова: конкуренция, онлайн-платформа, туризм, бронирование гостиниц, *Booking.com*, *Expedia*, «вертикальное» соглашение, координация экономической деятельности, двусторонний рынок.

Violation of competition by online tourism platforms (in terms of price parity requirements): experience of foreign countries

O. V. Milchakova,
FAS Russia, Moscow State Law
University n.a. O. E. Kutafin (MSLA),
Moscow

Annotation

The article analyzes the approaches of the competition protection authorities of foreign countries to the definition of the product and geographical boundaries of the commodity market on which digital platforms in the tourism industry operate.

The practice of antimonopoly regulatory authorities' application to the policy of online platforms for the establishment of "wide" and "narrow" price parity is studied. A comparison of comparable foreign and Russian Antimonopoly regulation is made.

Keywords: competition, online platform, tourism, hotel booking, *Booking.com*, *Expedia*, vertical agreement, coordination of economic activities, bipartite market.

Нарушение конкуренции онлайн-платформами в сфере туризма...

В условиях цифровой экономики, активного повсеместного развития каналов онлайн-продаж многих видов товаров, в том числе работ, услуг, и отсутствия регламентации особенностей применения антимонопольного законодательства в отношении цифровых платформ [1]¹ опыт органов по защите конкуренции зарубежных стран в части определения товарного рынка и квалификации незаконных действий онлайн-платформ является весьма поучительным и может быть учтен в законодательной и правоприменительной деятельности.

В настоящей статье основное внимание уделено вопросам определения товарного рынка, его продуктовых и географических границ, а также квалификации деяния онлайн-платформ в сфере туризма, оказывающих посреднические услуги по онлайн-бронированию средств гостиничного размещения, в части установления требований для отелей о соблюдении паритета цен, ставшего предметом антимонопольных расследований органов по защите конкуренции в зарубежных странах.

Данная проблема ранее неоднократно поднималась в отечественной научной литературе [2—4].

Начиная с 2010 г. национальные органы по защите конкуренции около двадцати стран мира (Индия, Италия, Венгрия, Соединенное Королевство, Турция, Франция, ФРГ, Швеция, Чехия, Южная Корея, Япония и др.) проводили либо ведут в настоящее время расследования в отношении практики интернет-платформ, оказывающих посреднические услуги по бронированию отелей, в части применяемой ими политики «паритета цен» (так называемого «режима наибольшего благоприятствования»)².

Европейская комиссия координировала расследование антимонопольных органов некоторых стран (Италии, Франции и Швеции), а в 2017 г. завершила совместный с антимонопольными органами десяти европейских

стран мониторинг рынка услуг онлайн-бронирования отелей, однако собственного расследования к настоящему моменту не возбуждала. В то же время в июне 2019 г. в Европейскую комиссию была подана жалоба датской онлайн-платформы Nustay, которая обвиняет Booking.com в недобросовестной антиконкурентной практике в части требований от гостиниц соблюдения паритета цен на размещаемые на платформе предложения³.

Суть политики «паритета цен» (от лат. *paritas* — равенство) сводится к следующему: отель не вправе установить лучшие условия в отношении своего предложения (более низкую цену на номер, лучшие условия бронирования и его отмены, лучшие условия о завтраке, о доступности номеров и т. д.), используя любые каналы продаж, по сравнению с теми условиями, которые размещены отелем на сайте онлайн-платформы. Подобные условия выдвигают, как правило, крупные интернет-платформы в сфере туризма, такие как Booking.com и Expedia.

При этом «широкий» паритет цен предполагает запрет предложения лучших, чем размещенные отелем на онлайн-платформе, условий бронирования номеров на сайтах иных посреднических структур и туристических агентств, на сайтах отелей в сети Интернет и при использовании отелем иных, традиционных (офлайновых) каналов продаж (например, оформление бронирования по электронной почте или по телефону менеджером отеля).

«Узкий» паритет цен запрещает предложение лучших условий бронирования, чем на сайте платформы, на собственных сайтах отелей. При этом более низкие тарифы на номер и лучшие условия бронирования номеров отель может предлагать посредством использования офлайн-каналов продаж.

За счет размещения информации о своих услугах на онлайн-платформе отели получают возможность представить свои предложения неограниченному количеству потребителей и удобство оформления бронирования, при этом платформа взимает с отеля комиссионное вознаграждение (которое уже включено в стоимость номера) при каждом онлайн-бронировании номера отеля непосредственно на платформе.

Национальные органы по защите конкуренции зарубежных стран разделились во мнениях по вопросу о совместимости с законодательством о конкуренции положений об «узком» паритете цен, в то время как единодушно признали нарушением правил конкуренции требования онлайн-платформ о соблюдении организациями гостиничного бизнеса «широкого» паритета цен, а также применили во многом схожие подходы к определению товарного рынка, на котором совершено нарушение, и к квалификации правонарушения.

¹ На риски использования «цифровой руки рынка» обращает внимание, в частности, А. Н. Голомолзин. Решение данной проблемы планируется осуществить в рамках «пятого антимонопольного пакета» изменений в Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». — *Прим. авт.* См.: Паспорт законопроекта «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции и отдельные законодательные акты Российской Федерации”», включая текст законопроекта, размещен на Федеральном портале проектов нормативных актов (ID 02/04/10-17/00074502) // <https://regulation.gov.ru/projects#search=02/04/10-17/00074502&npr=74502> (Дата обращения: 20.08.2019).

² В настоящее время в ФАС России находится на рассмотрении жалоба Общероссийской общественной организации малого и среднего предпринимательства «Опора России» на практику паритета цен, применяемую Booking.com. См.: «Опора России» пожаловалась на Booking.com в антимонопольную службу // Газета «Ведомости», 05.02.2019 // <https://www.vedomosti.ru/business/news/2019/02/05/793278-opora-pozhalovalas-na-bookingcom>. В связи с этим отмечаем, что выводы, содержащиеся в данной статье, не предваряют выводы ФАС России и не являются официальной позицией антимонопольного органа, выражая лишь научные взгляды автора, которые могут не совпадать с официальной позицией ФАС России. — *Прим. авт.*

³ См.: Hotel Site Accuses Booking, Expedia of EU Antitrust Breaches // <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-06-11/hotel-site-accuses-booking-expedia-of-breaking-eu-antitrust-law>. Дата обращения: 20.06.2019.

Определение товарного рынка, на котором действуют онлайн-платформы в сфере туризма

Федеральное картельное ведомство *Германии* определило в качестве релевантного рынка рынок оказания посреднических услуг, предоставляемых гостиничными порталами (hotel portal market). При этом продуктовые границы рынка включают в себя набор услуг по поиску, сравнению и бронированию гостиниц для клиентов, осуществляющих поиск размещения в гостинице. Данный рынок не включает в себя веб-сайты гостиниц, специализированные интернет-порталы, не предлагающие указанный пакет услуг, онлайн-турагентства, порталы туроператоров и метапоисковики. Географические границы рынка антимонопольным органом были ограничены территорией ФРГ⁴.

Конкурентное ведомство *Швеции* определило релевантным рынок услуг, предоставляемых онлайн туристическими агентствами в отношении отелей, расположенных на территории Швеции. В продуктовые границы рынка антимонопольный орган включил только такие онлайн-услуги туристических агентств, которые могут быть забронированы непосредственно на онлайн-платформе. Дополнительными характеристиками продуктовых границ рынка является то, что указанные туристические агентства на своей онлайн-платформе предлагают гостиничные номера от имени отелей, при этом отели предоставляют онлайн-турагентствам гостиничные номера, которые потребители могут забронировать непосредственно на онлайн-платформе. Кроме того, данные турагентства предлагают потребителям такие функции поиска и сравнения отелей, которые отели не могут предложить самостоятельно. Опираясь на данные критерии, шведское конкурентное ведомство исключило из границ анализируемого рынка традиционные каналы бронирования отелей (по телефону и т.п.) и бронирование отелей через сайты отелей⁵.

Департамент по защите конкуренции *Чехии* признал релевантным рынок онлайн-бронирования услуг по краткосрочному проживанию на территории Чешской Республики⁶.

Конкурентное ведомство *Италии* релевантным рынком определило рынок услуг онлайн-бронирования отелей, отличающийся по способу продажи таких услуг от традиционных способов предоставления услуг по бронирова-

нию отелей. В этом смысле конкурентное ведомство считало важным: предпочтения конечного потребителя, учитывая экспоненциальный рост онлайн-бронирования отелей по сравнению с теми, которые используются в традиционных способах продаж туристических агентств; различный уровень агентских комиссий, применяемых к гостиничным объектам в онлайн- и офлайн-каналах, а также различие услуг, предоставляемых офлайн-каналом, по сравнению с онлайн-каналом продаж; возможность для гостиничных структур получить через туристические онлайн-платформы намного большее число потенциальных клиентов, чем через офлайн-каналы; общая тенденция растущего использования сети Интернет клиентами для поиска туристических предложений и бронирования.

При этом онлайн-платформы предоставляют на указанном рынке услуги как гостиничным объектам, так и потребителям, так как предлагаемые платформой средства размещения через систему онлайн-бронирования могут быть забронированы непосредственно клиентами на платформе. Платформы предлагают посмотреть информацию о гостиничных услугах в Интернете и предоставляют возможность контакта с широким кругом потребителей (написание отзывов об отелях непосредственно на сайте платформы). Также можно искать отель, используя большое количество критериев, сравнить условия, предлагаемые отелями. Кроме того, платформы предлагают потребителям дополнительные вспомогательные услуги, такие как служба помощи (телефон) на нескольких языках. На платформе предусмотрена бизнес-модель, при которой после каждого бронирования устанавливаются только прямые отношения между отелем и клиентом.

При обосновании в качестве географических границ рынка территории Италии конкурентное ведомство использовало следующие аргументы: несмотря на то, что онлайн-платформы Booking.com и Expedia работают через свои сайты онлайн-бронирования на международном уровне, тем не менее они работают через порталы, специально определенные для каждой страны, при этом в общих условиях договоров содержится отсылка на конкретный размер комиссии для отелей, установленный для каждой отдельной страны; в Италии туристические онлайн-платформы настроены для итальянских гостиничных объектов и независимых объектов размещения со средним и малым объемами номерного фонда⁷.

Конкурентное ведомство *Франции*, в свою очередь, отметило, что онлайн-туристические агентства являются посредниками на двустороннем рынке, вступая в отношения между двумя категориями отдельных клиентов: отелями и постояльцами.

Таким образом, антимонопольный орган основывался на концепции двустороннего рынка, на котором туристическое онлайн-агентство создает продукт, позволяющий

⁴ См.: Entscheidungen vom 20.12.2013 <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2013/B9-66-10.pdf;jsessionid=25C962365A859979749EE326C8E49F60.1_cid378?__blob=publicationFile&v=2>. Дата обращения: 18.07.2019.

⁵ См.: Beslut, 2015-04-15, Dnr 596/2013 <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/konkurrens/beslut/13-0596_bookingdotcom.pdf>. Дата обращения: 21.07.2019.

⁶ См.: Výroční zpráva Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže za rok 2018. Senát Parlamentu České republiky, 2019. С. 10—11. <<https://www.senat.cz/xqw/webdav/psssenat/original/92068/77179>>. Дата обращения: 21.07.2019.

⁷ См.: Delibera del 21 aprile 2015 // https://www.agcm.it/dotcmsDOC/allegati-news/1779_chiusura.pdf>. Дата обращения: 21.07.2019.

Нарушение конкуренции онлайн-платформами в сфере туризма...

двум различным группам пользователей взаимодействовать друг с другом (находить друг друга и совершать экономический обмен). Так, на одной стороне рынка отели передают туристическому онлайн-агентству информацию о предлагаемых гостиничных услугах, тарифах и наличии услуг. Туристические онлайн-агентства распространяют и переводят эту информацию на несколько языков на своем веб-сайте. Они также предлагают отелям услуги по рекламе онлайн, «визуализируя» отель в Интернете, по онлайн-резервированию, предоставляя отелям доступ к пользователям из Франции и других стран мира. Эти услуги оплачиваются отелями путем оплаты комиссии в форме процента от розничной цены пребывания в отеле, оплата взимается при осуществлении резервирования клиентом номера на сайте в сети Интернет. На другой стороне рынка туристические онлайн-агентства бесплатно предлагают пользователям услуги по поиску, сравнению и резервированию пребывания в отеле.

Среди онлайн-туристических агентств различают сайты онлайн-платформ резервирования отелей, предназначенные для бронирования проживания, сайты туристических бюро широкого профиля и специализирующихся по отдельным туристическим услугам.

В качестве целевого рынка для анализа в рамках исследования конкурентное ведомство Франции выделило ту сторону двустороннего рынка, которая касается договорных отношений между онлайн-туристическими агентствами и отелями, и оценивало рыночную долю онлайн-платформ именно на этой части рынка⁸.

Квалификация нарушения конкуренции онлайн-платформами в сфере туризма

Платформы Booking.com и Expedia являются основными мировыми операторами в сфере оказания посреднических услуг по онлайн-бронированию объектов для краткосрочного пребывания (номеров в гостиницах, апартаментов и т. п.).

Сайт и приложения Booking.com (компания основана в 1996 г. в г. Амстердаме) переведены более чем на 40 языков. Платформа предлагает 29 099 461 заявленную единицу размещения по 153 606 направлениям в 227 странах и территориях по всему миру. Каждый день через данный сервис бронируют более 1 550 000 номеров-ночей⁹.

Сайт Expedia (Expedia.com запущен в 1996 г. как подразделение Microsoft, штаб-квартира компании находится в г. Вашингтоне) также переведен более чем на 40 языков и предлагает более 1 млн объектов размещения по всему миру¹⁰.

Рынки гостиничных услуг в отдельных странах имеют свою специфику, в том числе в части наличия либо преимущественно гостиниц, представляющих собой крупную разветвленную сеть (так называемые гостиничные цепи), или множества независимых отелей со средним и малым объемами номерного фонда. Как показали антимонопольные расследования, это повлияло на долю рынка, занимаемую туристическими онлайн-платформами в разных странах. Например, в Швеции доля Booking.com на исследуемом рынке превышает 30%, во Франции и Германии — 60%.

Конкурентные ведомства зарубежных стран усмотрели в действиях онлайн-платформ признаки нарушения статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза от 25 марта 1957 г. (в редакции Лиссабонского договора от 13 декабря 2007 г.), запрещающей соглашения и согласованную практику, которые могут привести к ограничению конкуренции, в том числе недопустимые «вертикальные» соглашения, выражающиеся в фиксировании прямым или косвенным образом цен покупки или продажи либо других условий торговли, а также положений национального законодательства о запрете на ограничивающие конкуренцию «вертикальные» соглашения между предприятиями.

Из указанных в настоящей статье конкурентных ведомств лишь французское помимо антиконкурентного «вертикального» соглашения вменяло туристическим онлайн-платформам также злоупотребление доминирующим положением на рынке (навязывание дискриминирующих условий продажи, а также разрыв установленных коммерческих отношений только по причине того, что партнер отказывался подчиняться необоснованным коммерческим условиям).

Соблюдение требования о паритете цен приводит к ограничению конкуренции на рынке посреднических услуг по онлайн-бронированию гостиниц, оказываемых различными онлайн-платформами: отель не может предложить цену ниже на другой онлайн-платформе, даже если размер комиссионного вознаграждения, уплачиваемого отелю, у нее ниже, то есть онлайн-платформы не могут конкурировать между собой за счет снижения размера комиссионного вознаграждения, при этом новый конкурент не сможет войти на рынок или расширить свое присутствие на нем за счет установленного строгого ограничения по ценам на средства размещения и комиссионным вознаграждениям. Аналогичным образом на конкурентные отношения онлайн-платформ влияют ограничения в части предложения отелями доступного номерного фонда, о правилах бронирования, его отмены, о включении завтрака в стоимость номера и т. д.: паритет цен включает в себя требования о том, что отель не может предложить лучшие условия по всем этим параметрам через другие каналы бронирования.

Контракты между отелями и онлайн-платформами представляют собой вертикальные соглашения — соглашения между компаниями, которые не являются

⁸ См.: О Booking.com. // <https://www.booking.com/content/about.ru>. Дата обращения: 21.07.2019.

⁹ См.: О Booking.com. // <https://www.booking.com/content/about.ru>. Дата обращения: 21.07.2019.

¹⁰ См.: About Expedia // <https://www.expedia.com>. Дата обращения: 21.07.2019.

конкурентами, в то же время «горизонтальный паритет цен» имеет влияние на конкурентные отношения самого отеля на рынке гостиничных услуг (с другими отелями), ограничивает свободу отелей в определении своей коммерческой политики, они не могут предложить цену на свои номера ниже, чем тариф, указанный ими на сайте платформы.

Онлайн-платформы строго следят за соблюдением паритета цен, и в случае его нарушения отель может переместиться на сайте онлайн-платформы с высоких (первых) позиций указания в рейтинге (выдаче по запросу клиента) на последние.

При этом невозможно говорить о выгоде для потребителей, которая могла бы позволить признать паритет цен допустимым вертикальным соглашением. В стоимость гостиничного номера включается комиссионное вознаграждение, которое отель обязан выплатить платформе в случае резервирования клиентом средств размещения непосредственно на платформе. Размер комиссии может составлять от 10 до 20 процентов от цены, по которой отель готов предложить номер. Данное обстоятельство не может быть нивелировано преимуществом, предоставляемым потребителю в виде удобства использования платформы и информированности о предложениях на рынке гостиничных услуг.

Опираясь на изложенные выше доводы, антимонопольные органы Германии (2013 г.), Франции, Италии, Швеции (2015 г.) признали недопустимым «широкий» паритет цен, признав допустимым и справедливым применение «узкого» паритета цен, то есть, по сути, разрешили отелям предлагать свои услуги по лучшим условиям, чем на сайте онлайн-платформы, как путем традиционных каналов продаж, так и на ресурсах туристических онлайн-агентств, за исключением продаж (резервирования) на своем собственном сайте в сети Интернет.

С июля 2015 г. Booking.com и с августа 2015 г. Expedia отменили практику «широкого» паритета цен в договорных отношениях с отелями во всех странах Европейского союза.

При этом, несмотря на то что французское конкурентное ведомство признало допустимым «узкий» паритет цен, в августе 2015 г. во Франции был принят так называемый Закон Макрона, запретивший в договорных отношениях все виды ценового паритета (как «широкого», так и «узкого»). Аналогичные законы о запрете всех видов паритета цены были приняты в Австрии в ноябре 2016 г. и в Бельгии в июле 2018 г.

В свою очередь, немецкое конкурентное ведомство в декабре 2015 г. признало нарушением конкуренции также практику «узкого» паритета цен¹¹, однако в июне

¹¹ См.: Entscheidungen vom 22.12.2015, В 9-121/13 // http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B9-121-13.pdf;jsessionid=DD48EF52E594A99AF299307F80431627.2_cid378?__blob=publicationFile&v=4. Дата обращения: 20.07.2019.

2019 г. суд отменил решение антимонопольного органа, ссылаясь на доктрину «вспомогательных полномочий» (при этом не исключено, что впоследствии решение суда будет обжаловано в апелляционном порядке).

Суд посчитал, что в отличие от «широких» положений о паритете цен «узкие» положения не ограничивают конкуренцию и действительно необходимы для обеспечения справедливых и сбалансированных отношений между операторами платформ, таких как Booking.com, и отелями, заключающими с ними контракт. По мнению суда, «узкий» паритет цен направлен на недопущение несправедливого использования отелями публичности, связанной с размещением их предложений на онлайн-платформе, и обеспечение в конечном итоге проведения транзакций по бронированию на платформе, а не на сайтах отелей, где будут установлены более низкие цены. При этом суд указал, что данная мера является необходимой для предотвращения «свободного» поведения, недопущения ситуаций, когда клиенты бесплатно получают информацию о предложениях отелей на платформе, а отели в свою очередь бесплатно рекламируют свои услуги на платформе, осуществляя продажи в конечном счете на собственных сайтах в сети Интернет по цене более низкой, чем установлена на платформе¹².

Соотношение российской и зарубежной практики конкурентных ведомств

Спецификой решений антимонопольных органов зарубежных стран, которая сформировалась при рассмотрении нарушений со стороны Booking.com, Expedia в качестве недопустимого «вертикального» соглашения, является признание виновной лишь одной стороны данного соглашения — самой онлайн-платформы. Отели в качестве участников недопустимого «вертикального» соглашения нарушителями не были признаны.

Однако ч. 2 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹³ (далее — Закон о защите конкуренции), которая устанавливает запрет на «вертикальные» соглашения, в практике антимонопольных органов применяется в отношении обеих сторон такого соглашения. Кроме того, ст. 12 указанного Закона признает допустимыми «вертикальные» соглашения, если доля каждого из участников соглашения на товарном рынке товара, являющегося предметом соглашения, не превышает 20%.

¹² См.: Price Parity Clauses and Booking.com—a More Unified approach or a Reminder of Diverging Opinions // <https://eu-competitionlaw.com/price-parity-clauses-and-booking-com-a-more-unified-approach-or-a-reminder-of-diverging-opinions/>. Дата обращения: 21.07.2019.

¹³ См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (ред. от 18.07.2019) // СЗ РФ, 2006, № 31 (ч. 1), ст. 3434; 2009, № 29, ст. 3601; 2011, № 50, ст. 7343; 2013, № 52, ст. 6988; 2015, № 41, ст. 5629; 2019, № 29 (ч. 1), ст. 3854.

Нарушение конкуренции онлайн-платформами в сфере туризма...

Представляется, что по своему внутреннему содержанию и правовой природе квалификации рассматриваемых действий, примененной конкурентными ведомствами зарубежных стран, могут соответствовать положения ч. 5 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Данная правовая норма запрещает физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям осуществлять координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит в том числе к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок.

Под координацией экономической деятельности Закон о защите конкуренции (п. 14 ст. 4) понимает согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельность на товарном рынке, на котором осуществляет согласование действий хозяйствующих субъектов.

При этом, как указал Верховный Суд Российской Федерации в Определении от 17 февраля 2016 г. № 305-АД15-10488 по делу № А40-143256/2013С, координация предполагает совершение каких-либо активных действий со стороны координатора по отношению к субъектам, чьи действия необходимо согласовать. Согласовывать действия различных субъектов возможно, например, с помощью установления единых правил поведения, понуждения к совершению или отказу от совершения определенных действий и т. п.

Под согласованием следует понимать любое ограничение самостоятельности хозяйствующих субъектов волеизъявлением другого лица. Представляется, что такое ограничение возможно в различных формах, в том числе в виде получения предварительного согласования на определенные действия либо получения указаний прекратить те или иные действия по воле другого лица. Также, несмотря на то, что координация — это односторонние действия координирующего субъекта, они могут совершаться по различным основаниям, одним из которых может являться и соглашение (договор) между координатором и координируемым. Но координация может существовать и при отсутствии соглашения.

При этом возможно, что ряд антимонопольных органов зарубежных стран (Франция) не пошли по пути признания факта нарушения лишь в виде злоупотребления доминирующим положением в части навязывания отелям невыгодных условий договора, поскольку на практике это не решило бы проблему с паритетом цен, поскольку в отсутствие доказательств «навязывания» и прямых заявлений владельцев отелей практика паритета цен со стороны туристических онлайн-платформ может быть продолжена.

В заключение следует отметить, что, учитывая трансграничный характер сектора онлайн-бронирования объектов гостиничного размещения и цифровизацию общественных отношений, совместный подход органов по защите конкуренции различных стран мира к поло-

жениям о паритете цен позволит обеспечить здоровую конкурентную среду в данной сфере туризма, что обеспечит доступность и качество туристических услуг для граждан. ■

Литература

1. Голомолзин А. Н. Теоретические основы государственной антимонопольной политики: вопросы философских и экономических учений // Российское конкурентное право и экономика. 2019. № 2. С. 14—15.
2. Бычков А. Тарифная политика и антимонопольные требования в гостиничном бизнесе // Новая бухгалтерия. 2017. № 5. С. 132—144.
3. Christoph Busch et al. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law, 5 (2016) *Journal of European Consumer and Market Law* 3 (Publisher: C. H. Beck) // https://www.researchgate.net/publication/308522863_The_Rise_of_the_Platform_Economy_A_New_Challenge_for_EU_Consumer_Law>. Дата обращения: 20.08.2019.
4. Peter Alexiadis. Forging a European Competition Policy Response to Online Platforms // *BUSINESS LAW INTERNATIONAL*. Vol 18, № 2 May 2017. P. 91—154 // <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2018/08/Alexiadis-Forging-a-European-Competition-Policy-Response-to-Online-Platforms-Business-Law-International-05-01-2017.pdf>>. Дата обращения: 20.08.2019.
5. Антимонопольное регулирование двусторонних рынков: постановка проблемы. Бюллетень о развитии конкуренции. Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации. 2016. Сент. // <http://ac.gov.ru/files/publication/a/10203.pdf>>.
6. Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016. European Commission, 2017 // http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf>.
7. Ensuring consumer protection in the platform economy. Position paper. Bureau Europeen des Unions de consommateurs. 02/10/2018 // https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-080_ensuring_consumer_protection_in_the_platform_economy.pdf>.

Сведения об авторе

Мильчакова Олеся Владимировна: кандидат юридических наук, доцент кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА), начальник Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России

Контактная информация

Адрес: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 11
Тел.: +7 (499) 755-23-23, доб. 088-213
E-mail: ovmilchakova@fas.gov.ru

УДК 339.13

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Анализ допустимости сделок экономической концентрации: анализ лучших практик

В. Пружанский,
партнер RBB Economics,
г. Брюссель

Аннотация

В статье кратко обобщаются ключевые экономические принципы, используемые для анализа допустимости сделок экономической концентрации европейскими и американскими антимонопольными органами. Рассматриваются три наиболее типичных случая: горизонтальные, вертикальные и конгломератные сделки. Для каждого из них описываются основные положительные и отрицательные эффекты. Показывается, что анализ структурных факторов (уровня концентрации и долей рынка) и барьеров входа на рынок может служить только отправной точкой исследования. Иные показатели, такие как степень конкуренции между участниками сделки, переговорная сила потребителей и их способность переключаться на альтернативных производителей, адаптация конкурентов к изменению ситуации на рынке, уровень прибыльности, экономия в издержках, — в гораздо большей степени определяют последствия сделок на потребителей и конкуренцию. Дополнительно в статье описывается рекомендуемый, с экономической точки зрения, подход к определению параметров предписаний.

Ключевые слова: горизонтальная концентрация, вертикальная концентрация, конгломератная концентрация, односторонние эффекты, координационные эффекты, создание барьеров доступа на рынок, степень конкурентной борьбы, переговорная сила покупателей, эффект двойной маржи, структурные предписания, поведенческие предписания.

The economics of merger appraisal: analysis of best practices

V. Pruzhansky,
RBB Economics,
Brussels

Annotation

The article briefly outlines key economic principles that are used for merger appraisal in Europe and the US. We consider three most typical cases: horizontal, vertical and conglomerate mergers. We explain the main positive and negative effects that typically arise in each case. We point that the analysis of structural factors (levels of industry concentration and market shares) and barriers to entry can serve only as a starting point of the merger appraisal process. Other indicators such as closeness of competition, countervailing buyer power and customer switching, counter-reactions of rivals, levels of profitability, cost savings are far more important for the analysis of merger effects on consumers and competition. In addition, we describe general economic principles with regards to merger remedies.

Keywords: horizontal mergers, vertical mergers, conglomerate mergers, unilateral effects, coordinated effects, foreclosure, closeness of competition, countervailing buyer power, double marginalisation, structural remedies, behavioural remedies.

Введение

В последнее время Федеральная антимонопольная служба (далее — ФАС России) стала уделять пристальное внимание контролю за экономической концентрацией. Например, согласование сделок *Yandex/Uber* или *Bayer/Monsanto* потребовало проведения тщательного анализа и заняло существенное время. ФАС России, таким образом, пополнила ряды таких антимонопольных ведомств, как Еврокомиссия или Федеральная торговая комиссия в США, в работе которых контролю за сделками экономической концентрации отводится значимая роль. В связи с этим представляется целесообразным кратко обобщить основные принципы экономического анализа, которые используются для этой цели в Европе [1, 2] и США [3]. Использование лучших практик, описываемых в данной статье, позволит не изобретать колесо и поможет ФАС России проводить углубленный анализ по аналогии с уже устоявшимися подходами ведущих европейских и американских регуляторов.

В зависимости от того, как соотносятся между собой товары (услуги), предлагаемые участниками сделки, можно выделить следующие три типа ситуаций: горизонтальные, вертикальные и конгломератные. В каждом случае влияние сделки на конкуренцию и потребителей, как в части проконкурентных (положительных), так и антиконкурентных (отрицательных) эффектов, может различаться. Тщательный анализ данных эффектов необходим для того, чтобы выдать обоснованное предписание, устраняющее конкретную антимонопольную проблему, вызванную сделкой.

Стоит отметить, что на практике хозяйствующие субъекты, как правило, предлагают широкий ассортимент товаров (услуг). Поэтому в рамках одной и той же сделки могут возникать вопросы, касающиеся как горизонтальных, так и вертикальных или конгломератных аспектов. Как следствие, может потребоваться проведение комплексного исследования по всем трем направлениям.

Важно подчеркнуть, что определение границ рынка, уровня его концентрации, долей участников сделки и барьеров входа на рынок является только первым шагом в этом анализе¹. Зачастую иные экономические показатели — степень конкуренции между участниками сделки, способность потребителей переключаться на конкурирующие товары и услуги, уровень их переговорной силы, возможность адаптации конкурентов к изменению ситуации на рынке, уровень прибыльности, экономия в издержках и проч. — в гораздо большей сте-

пени определяют последствия сделки для потребителей. Все эти факторы должны находиться в фокусе внимания антимонопольных органов при осуществлении контроля за экономической концентрацией.

Горизонтальные сделки

К этой категории относятся ситуации, когда, с точки зрения контрагентов участников сделки, предлагаемые ими товары (услуги) считаются взаимозаменяемыми. Сделка, таким образом, представляет собой объединение соперничающих компаний и влечет установление контроля (в том числе в части ценообразования) над производимыми ими конкурирующими товарами (услугами), обращающимися на одних и тех же рынках². В качестве иллюстрации возможных антиконкурентных и проконкурентных эффектов в горизонтальном случае рассмотрим ниже гипотетическую сделку между двумя металлургическими заводами. Предположим, что они продают сталь одного и того же качества в границах одной и той же территории и являются прямыми конкурентами друг другу. Как будет ясно из последующего обсуждения, вероятность наступления негативных эффектов зависит от множества факторов, в том числе от наличия у потребителей (например, автопроизводителей) уравновешивающей переговорной силы.

Возможные антиконкурентные эффекты

Один из первых вопросов, который часто поднимается в контексте сделок экономической концентрации: создает сделка доминирующий субъект или нет? Данный подход базируется на опасениях, что после сделки объединенная компания сможет начать злоупотреблять своим положением на рынке. Однако использование инструментов контроля экономической концентрации для предупреждения злоупотребления доминирующим положением — по меньшей мере нелогично. Для этих целей предусмотрена ст. 10. Закона «О защите конкуренции»³.

¹ Анализ данных факторов предполагается в рамках составления аналитического отчета в соответствии с положениями Приказа ФАС России № 220 от 28.04.2010 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке». — *Прим. авт.*

² Правильное определение продуктовых и географических границ рынков, которые затрагивает сделка, является первым шагом в проведении анализа. Если же товары (услуги) участников горизонтальной сделки не обращаются на одних рынках, принято говорить, что их хозяйственная деятельность не пересекается. В таком случае сделка никак не меняет ситуацию на рынке, и проведение углубленного анализа не требуется. Это позволяет антимонопольным органам сэкономить дефицитный административный ресурс и сконцентрироваться на рассмотрении иных сделок, последствия которых могут быть более значимы для общества. — *Прим. авт.*

³ Стоит также отметить, что для целей контроля за экономической концентрацией продуктовые и географические границы рынка могут быть определены шире, чем в случае проведения анализа на предмет злоупотребления доминирующим положением. — *Прим. авт.*

Главная цель контроля за экономической концентрацией — убедиться, что сделка не приведет к существенному ослаблению конкуренции на затрагиваемых рынках. В связи с этим различают два типа антиконкурентных последствий горизонтальных сделок: односторонние эффекты и координационные эффекты.

Односторонние эффекты (unilateral effects)

Под данными эффектами понимается способность сторон сделки в одностороннем порядке (т. е. без учета действий конкурентов) ограничить выпуск продукции и (или) поднять цены. О силе и масштабе односторонних эффектов в первом приближении можно судить на основании показателей концентрации, например, долей рынка исследуемых компаний или показателя Герфиндаля — Иршмана. Если сделка значительно повышает уровень концентрации или осуществляется компаниями, занимающими высокую долю рынка, она может привести к значительному ослаблению конкуренции между ними.

До сделки два металлургических завода соперничают при продаже стали автопроизводителям, оказывая конкурентное давление друг на друга. Так, автопроизводители могут пресечь попытки одного металлургического завода повысить цены на сталь, заменив ее продукцией другого завода. После же сделки стимул бороться за покупателей может быть ослаблен. Те покупатели, которые ранее готовы были переключаться между сталью, производимой участниками сделки, в случае повышения цен одним из них, уже не будут иметь возможности защитить свои интересы подобным образом, если оба участника сделки повысят свои цены. При условии, что каждый участник сделки обладает высокой долей рынка, отток потребителей в сторону конкурентов после повышения цен будет менее значимым. Это создаст стимул для участников сделки повышать цены.

Однако доли рынка могут только приблизительно свидетельствовать о силе и масштабе конкурентного давления до слияния и о последствиях сделки. Более точный анализ предполагает оценку степени взаимозаменяемости между продукцией металлургических заводов. Несмотря на то, что в целом продажи стали могут относиться к одному рынку, продукция разных производителей может быть заменима в несколько разной степени. Например, участники сделки могут быть географически расположены относительно близко друг к другу и являться наиболее предпочтительными поставщиками для расположенных рядом с ними автопроизводителей. Также продукция участников сделки может иметь определенные качественные характеристики, отличающие ее от продукции конкурентов. В общем случае, если сделка приводит к объединению наиболее близких конкурентов, ее участники имеют более силь-

ный стимул повышать свои цены [6]. Справедливо и обратное: если участники сделки не являются достаточно близкими конкурентами, вероятность наступления односторонних эффектов относительно мала⁴.

Важно подчеркнуть, что односторонние эффекты могут представлять значительную угрозу интересам потребителей, даже если совокупная доля рынка, занимаемая сторонами сделки, не является исключительно высокой; в частности, даже если сделка не приводит к созданию или усилению доминирующего положения. Именно поэтому в практике европейских и американских антимонопольных органов анализ того, насколько близкими конкурентами являются между собой участники сделки в границах одного рынка, играет ключевую роль.

Координационные эффекты (coordinated effects)

Под координационными эффектами понимается ситуация, когда участники рынка согласовывают поведение молчаливым образом, из-за чего возникает угроза ограничения конкуренции посредством установления сходных цен, превышающих конкурентный уровень, или путем негласного снижения объемов производства/загрузки мощностей. В общем случае наступление таких эффектов вероятно, если вследствие сделки согласование поведения всех имеющихся металлургических компаний становится проще. Например, это может происходить, если сделка устраняет значимого конкурента или делает рассматриваемую отрасль более симметричной в смысле положения компаний на рынке стали.

Вероятность наступления координационных эффектов зависит от выполнения множества условий, которые делают потенциальную координацию стабильной в долгосрочном плане⁵. Опыт Еврокомиссии показывает, что эти условия обычно трудновыполнимы. Как следствие, координационные эффекты как основной антиконкурентный эффект рассматривались в очень незначительном числе случаев.

Переговорная сила потребителей может нивелировать увеличение рыночной силы участников сделки

В некоторых случаях рыночной силе продавца могут успешно противостоять покупатели. С экономической точки зрения такая уравновешивающая сила обусловлена наличием у контрагентов участников сделки

⁴ В наиболее экстремальном случае, когда участники являются наиболее отдаленными конкурентами, можно говорить о том, что они не присутствуют на одних и тех же рынках или что их хозяйственная деятельность не пересекается. — *Прим. авт.*

⁵ С экономической точки зрения это те же самые условия, которые необходимы для возникновения и поддержания согласованных действий. — *Прим. авт.*

Анализ допустимости сделок экономической концентрации: анализ лучших практик

адекватных альтернатив. Наиболее очевидную альтернативу представляют собой аналогичные товары (услуги) других продавцов⁶.

Так, если автопроизводители, приобретающие сталь у участников сделки, по экономическим или технологическим причинам не в состоянии переключиться на продукцию иных металлургических заводов, участники сделки будут иметь возможность воспользоваться своей рыночной силой и повысить цены. Однако при наличии конкурирующих производителей стали, которые могут удовлетворять растущий спрос, а также при условии низких издержек переключения, уравновешивающая переговорная сила автопроизводителей способна предотвратить негативные последствия сделки. Анализ переговорной силы потребителей, таким образом, обязательно должен являться составной частью контроля за экономической концентрацией.

Возможные проконкурентные эффекты

К положительным эффектам горизонтальных сделок принято относить стимул снижать цены вследствие экономии в издержках, которые стали доступны благодаря объединению компаний, а также возможный стимул увеличить инвестиции, полезность от которых в отсутствие сделки могла бы делиться между большим числом конкурентов. При этом проконкурентные эффекты принимаются во внимание в тех случаях, когда выгоды, которые сделка создает для ее сторон, в существенной мере передаются потребителям, а не просто оседают в кармане компаний.

Важно отметить, что сделки позволяют компаниям получить самую разнообразную выгоду от реорганизации или оптимизации производства, более эффективной организации закупочных процедур, снижения дублирующих расходов и проч. Однако далеко не любая экономия в издержках автоматически влечет за собой проконкурентные эффекты. Согласно экономической теории, стимул снижать цены для контрагентов наиболее значим в том случае, когда сделка снижает переменные (предельные) издержки производства.

Вертикальные сделки

К этой категории относятся ситуации, когда участники сделки осуществляют хозяйственную деятельность на разных стадиях производственно-сбытовой цепочки и товары (услуги) одной из сторон служат сырьем или фактором производства для другой стороны. Сделка, таким образом, представляет собой вертикальную инте-

грацию компаний, деятельность которых дополняет друг друга. В качестве иллюстрации возможных антиконкурентных и проконкурентных эффектов в данном случае рассмотрим ниже гипотетическую сделку между металлургическим заводом и автопроизводителем.

Возможные антиконкурентные эффекты

Различают два типа основных антиконкурентных эффектов вертикальных сделок: повышение цен на факторы производства для конкурентов и создание барьеров для их доступа на рынок⁷. В обоих случаях негативные эффекты в конечном счете проявляются в более высоких ценах для потребителей.

Повышение цен на факторы производства для конкурентов нижнего передела (input foreclosure)

Предположим, что до сделки металлургический завод поставляет сталь различным автопроизводителям. В случае вертикальной интеграции с одним из них металлургический завод может иметь стимул повысить цены на сталь при поставках в адрес других автопроизводителей. В наиболее экстремальном случае данный металлургический завод может полностью отказаться от поставок в адрес конкурирующих автопроизводителей после сделки, вследствие чего последним придется полностью переключиться на закупку стали у иных металлургических заводов.

Потенциально такая ситуация может вести к ограничению конкуренции посредством следующего причинно-следственного механизма. Из-за роста цен на сталь конкурирующие автопроизводители испытают повышение издержек. Этот рост издержек может быть в некоторой мере перенесен ими на приобретателей автомобилей. В результате конкурентное давление со стороны соперничающих автопроизводителей будет ослаблено, и автопроизводитель — участник сделки получит определенное преимущество, что позволит ему также поднять свои цены.

Насколько описанный выше негативный эффект будет существенным в рамках конкретной сделки, зависит от множества факторов.

Во-первых, требуется проанализировать саму возможность значимого повышения цен металлургическим заводом — участником сделки. Сталь должна являться необходимым сырьем, представляющим весомую часть затрат автопроизводителей. Также способность последних использовать продукцию конкурирующих металлургических заводов должна быть серьезно ограничена, например, из-за высоких издержек переключения или

⁶ Потребители также могут успешно противостоять попыткам повышения цен со стороны поставщиков, если они в состоянии вертикально интегрироваться и начать производить требуемый товар (услугу) самостоятельно.

⁷ В некоторых случаях может также возникать угроза координационных эффектов, по аналогии с горизонтальными сделками. Однако такие случаи достаточно специфичны, см. [2].

из-за отсутствия у конкурентов свободных мощностей для удовлетворения дополнительного спроса⁸. Во всех этих случаях металлургический завод — участник сделки с высокой вероятностью будет обладать существенной рыночной силой на рынке стали.

Во-вторых, требуется проанализировать стимул участников сделки повышать цены для конкурентов. Такое повышение цен будет вести к некоей потере продаж стали и снижению прибыли вертикально интегрированной компании. Ключевой вопрос заключается в том, насколько такая потеря прибыли на рынке стали компенсируется потенциальным приростом прибыли на рынке автомобилей. Для этого важно проанализировать разницу в уровне прибыльности операций на обоих рынках, а также оценить масштаб переключения приобретателей автомобилей на продукцию вертикально интегрированной компании.

Создание барьеров доступа на рынок для конкурентов верхнего предела (customer foreclosure)

Предположим, что до сделки автопроизводитель приобретает сталь у нескольких металлургических заводов. В случае вертикальной интеграции с одним из них автопроизводитель может иметь стимул снизить закупки стали у независимых заводов и переключиться (частично или полностью) на сталь, производимую его собственным подразделением.

Потенциально такая ситуация может вести к ограничению конкуренции посредством следующего причинно-следственного механизма. В результате снижения объемов закупок у конкурирующих производителей стали последние будут лишены определенных выгод от эффекта масштаба, что может ослабить конкурентное давление, которое они прежде оказывали на рынке стали. Если их продукция станет менее конкурентоспособной, то автопроизводители, полагающиеся на их продукцию, испытают рост затрат. Этот рост может быть в некоторой мере перенесен ими на приобретателей автомобилей. В результате конкурентное давление со стороны соперничающих автопроизводителей будет ослаблено, и автопроизводитель — участник сделки получит определенное преимущество, что позволит ему в свою очередь поднять цены.

Насколько описанный выше негативный эффект будет существенным в рамках конкретной сделки, зависит от множества факторов.

Во-первых, требуется проанализировать, в какой мере снижение закупок стали автопроизводителем — участником сделки у несвязанных металлургических заводов способно создать существенные барьеры для доступа

последних к рынку стали. Так, данный автопроизводитель должен являться исключительно крупным (доминирующим) приобретателем, а конкурирующие автопроизводители не должны иметь возможность в достаточной мере компенсировать потерю объемов продаж путем увеличения своего собственного спроса на сталь. Более того, независимые металлургические заводы должны функционировать на грани точки безубыточности, так что снижение спроса на их продукцию способно существенно снизить их прибыльность, а следовательно, и возможность осуществлять капиталовложения и продолжать эффективно конкурировать в долгосрочном плане⁹.

Во-вторых, требуется проанализировать стимул участников сделки создавать искусственные барьеры доступа на рынок стали для конкурирующих металлургических заводов. Например, если собственное подразделение по производству стали менее эффективно, чем конкурирующие металлургические заводы, или если продукция этих конкурентов больше подходит по качеству для автопроизводителя — участника сделки, то стратегия преднамеренного закрытия рынка для конкурентов будет сопряжена с определенными издержками. Ключевой вопрос заключается в том, насколько эти издержки могут быть компенсированы антиконкурентными выгодами, которые объединенная вертикально интегрированная компания ожидает получить от потенциального роста цен на рынке автомобилей.

Возможные проконкурентные эффекты

С экономической точки зрения вертикальная интеграция влечет существенные выгоды [4]. Одним из наиболее значимых проконкурентных эффектов является нивелирование эффекта двойной маржи. Суть его заключается в том, что, повышая цены на сталь, независимый металлургический завод не принимает во внимание снижение прибыли автопроизводителя, который перекладывает часть возросших издержек в цену автомобиля и впоследствии страдает от снижения спроса. Подобным образом автопроизводитель, повышая свои цены, не принимает во внимание то, как снижение продаж автомобилей снижает его собственный спрос на сталь и ведет к потере прибыли металлургического завода. Таким образом, устанавливая цены (определяя свою норму прибыли) в одностороннем порядке, независимый автопроизводитель и независимый металлургический завод игнорируют экономические интересы друг друга. Однако после вертикальной интеграции они действуют сообща, стараясь максимизировать совокупную прибыль вертикально интегрированной компании.

⁸ Конкурирующие автопроизводители могут успешно противостоять попыткам повышения цен со стороны производителя стали при наличии у них уравновешивающей переговорной силы.

⁹ В совокупности эти условия представляются более трудновыполнимыми, чем условия, необходимые для возникновения рисков повышения цен на факторы производства.

Анализ допустимости сделок экономической концентрации: анализ лучших практик

При прочих равных условиях обе компании будут иметь стимул снизить свои цены.

Величина этого эффекта будет зависеть, в частности, от того, насколько сильна рыночная власть автопроизводителя и металлургического завода до сделки. Если на каком-то этапе производственно-сбытовой цепочки конкуренция изначально исключительно сильна, то эффект двойной маржи не возникает в принципе, т. к. цены и норма прибыли на этом этапе и так находятся на своем конкурентном уровне. И наоборот, если и металлургический завод, и автопроизводитель обладают значимой рыночной силой до сделки, то их стимул снижать цены вследствие вертикальной интеграции может быть относительно высок.

Конгломератные сделки

К этой категории относятся ситуации, когда участники сделки осуществляют свою деятельность на разных стадиях производственно-сбытовой цепочки. При этом товары (услуга) одного производителя не являются сырьем или фактором производства другого, но используются эти товары (услуги) для одной и той же конечной цели, определенным образом дополняя друг друга. Так, может иметь место комплементарная зависимость: снижение цен на один товар (услугу) ведет к росту спроса на другой товар (услугу). Также может иметь место экономия при приобретении обоих товаров (услуг) вместе. В качестве иллюстрации возможных антиконкурентных и проконкурентных эффектов в данном случае рассмотрим ниже гипотетическую сделку между автопроизводителем и страховой компанией.

Возможные антиконкурентные эффекты

Главный негативный эффект конгломератных сделок может заключаться в вытеснении с рынка конкурентов или создании препятствий для их деятельности, что может привести к негативному эффекту на потребителей в долгосрочном плане. Так, объединенная компания может получить возможность увеличить продажи одного товара (услуги) за счет прочного положения, которое она занимает на рынке другого товара (услуги). Обычно такая стратегия может быть реализована с помощью пакетного предложения, включающего оба товара (услуги), совокупная цена которого значительно ниже суммы конкурентных цен на каждый из них по отдельности, которые имели место до сделки¹⁰. Конкуренты участников сделки, не имеющие возможности создать аналогичное пакетное предложение по такой же цене, в конечном счете могут

быть вытеснены с рынка. Это позволит объединенной компании повысить свои цены в долгосрочном плане.

Например, страховая компания может начать предлагать исключительно выгодные условия при приобретении автомобилей той марки, которую выпускает связанный с ней автопроизводитель, оставив при этом размер страховых платежей для автомобилей других марок без изменения. Поскольку цена страхового полиса может быть существенной и приниматься во внимание некоторыми потребителями при выборе автомобиля (особенно в долгосрочной перспективе), данное пакетное предложение будет стимулировать их приобретать определенную марку. Следовательно, способность независимых автопроизводителей конкурировать с таким пакетным предложением может быть осложнена.

Насколько описанный выше негативный эффект будет значимым в рамках конкретной сделки, зависит от множества факторов.

Во-первых, объединенная компания должна обладать существенной рыночной властью хотя бы на одном рынке. В противном случае у потребителей будет множество альтернатив, что не позволит участникам сделки использовать один товар (услугу) для агрессивного продвижения другого. Так, если есть всего одна страховая компания, которая предлагает более выгодные условия страхования только для одной марки автомобилей, у потребителей может быть сильный стимул приобрести данное пакетное предложение. Однако если услуги страхования предлагаются различными компаниями и конкуренция между ними сильна, способность создать такое пакетное предложение, от которого потребителям сложно отказаться, будет ограничена¹¹.

Во-вторых, требуется проанализировать стимул участников сделки предлагать пакетное предложение. Какая-либо искусственная связка товаров (услуг) ведет к тому, что некоторые приобретатели могут переключиться на иные опции или вовсе отказаться от потребления. При этом важно, где именно может произойти потеря спроса: при продаже автомобилей или страховых полисов, и каков уровень прибыльности для каждого из этих товаров (услуг). Ключевой вопрос заключается в том, насколько потери прибыли могут быть компенсированы выгодами, которые объединенная компания ожидает получить от потенциального роста цен вследствие ослабления конкурентов в долгосрочном плане. В числе прочего важно исследовать наличие сетевых эффектов и эффектов масштаба, которых могут быть лишены

¹⁰ Объединенная компания также может поднять цены на свои товары (услуги), если они продаются по отдельности, но оставить цены на прежнем уровне, если потребитель приобретает пакетное предложение. — *Прим. авт.*

¹¹ Для наступления негативных последствий необходимо еще наличие потребителей, которые заинтересованы в обоих продуктах. В рамках рассматриваемого примера это условие выполняется автоматически: приобретая автомобиль, потребители обязательно должны его застраховать. Однако в других случаях анализ наличия таких потребителей требует отдельного анализа. — *Прим. авт.*

конкуренты благодаря пакетному предложению участников сделки.

В-третьих, требуется исследовать, могут ли соперники участников сделки защитить себя от агрессивной конкуренции, например, путем объединения своих усилий и выведения на рынок аналогичных пакетных предложений. Если же адаптация под изменившиеся рыночные условия по какой-то причине невозможна, необходимо установить, каковы будут последствия в долгосрочном плане: снизится ли эффективность конкурентов настолько, что в конечном счете им придется покинуть рынок, или нет?

Возможные проконкурентные эффекты

Как и в случае с вертикальными сделками, совместное предложение взаимодополняющих товаров (услуг), как правило, создает стимул снижать цены на них. Множество товаров (услуг), приобретаемых нами в повседневной жизни, по сути являются пакетными предложениями. Потребители получают от них громадную выгоду, поскольку приобретение пакетного предложения вместо нескольких обособленных товаров (услуг) значительно снижает транзакционные расходы. Так, любой автомобиль — пакетное предложение, включающее двигатель, колеса, корпус и иные компоненты. Конечные потребители существенно проиграли бы, если бы они были вынуждены приобретать все эти части по отдельности и затем самостоятельно собирать автомобиль. Данные выгоды необходимо принимать во внимание при анализе конгломератных сделок. Важно помнить, что даже если в долгосрочной перспективе конкуренты участников сделки могут прекратить свою деятельность, эта потенциальная и неопределенная угроза должна сопоставляться с фактической и ощутимой выгодой, которую получают потребители в краткосрочной перспективе.

Предписания

Негативные эффекты сделки могут быть скорректированы структурными и поведенческими предписаниями [7, 8]. Первые направлены на изменение структуры рынка и обычно включают в себя отчуждение материальных и нематериальных активов или требования о выходе из совместного предприятия. Вторые ограничивают возможные действия участников рынка, например, путем требований о предоставлении доступа к определенной инфраструктуре, технологиям, источникам сырья, а также отказа от повышения цен или сокращения объемов производства без предоставления соответствующего обоснования.

В горизонтальных сделках экономической концентрации Еврокомиссия предпочитает использовать прежде всего структурные предписания. Так, отчуждение активов или выход из совместного предприятия практикуется

в подавляющем числе проблемных случаев. Поведенческие же предписания обычно применяются в вертикальных или конгломератных сделках [5]. Такой подход обусловлен тем, что, по мнению Еврокомиссии, в горизонтальных сделках структурные предписания имеют больше плюсов по сравнению с поведенческими.

Выбирая предписание, регулятор должен опираться на несколько фундаментальных принципов.

Во-первых, необходимо, чтобы предписание было направлено на решение конкретной проблемы. Для этого требуется исследовать, что именно меняет сделка в части конкуренции, как изменится расстановка сил на рынке после ее совершения, а также посредством какого механизма конкуренция может быть ограничена.

Во-вторых, предписание должно быть необходимым и достаточным. Требуется доказать, что негативные последствия сделки — существенны, а угроза ослабления конкуренции — значима. При этом предписания не должны выходить за рамки того, что было бы достаточным для исправления ситуации. Важно помнить, что чрезмерно жесткие предписания ограничивают свободу хозяйственной деятельности, противоречат принципам свободного рынка и не стимулируют конкуренцию и инновации. Кроме того, они ставят под сомнение целесообразность самой сделки, из-за чего потребители могут не получить тех выгод, которые потенциально были бы им доступны.

Вывод

Анализ последствий сделок экономической концентрации — непростая задача. В зависимости от того, являются участники сделки прямыми конкурентами друг другу или нет, а также каким именно образом производимые ими товары (услуги) дополняют друг друга, последствия сделок могут существенно отличаться. Подобным образом отличается и аналитический инструментарий, необходимый для проведения исследования. ФАС России пока еще не имеет отдельных методологических документов, посвященных вопросам экономической концентрации. В такой ситуации было бы разумным полагаться на обширный опыт Еврокомиссии и США. Описанные в данной статье подходы к оценке сделок экономической концентрации могут послужить первым шагом в данном направлении. ■

Литература

1. European Commission “Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings // Official Journal of the European Union, 2004/C 31/03. Дата обращения: 31.08.2019.
2. European Commission “Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council

Анализ допустимости сделок экономической концентрации: анализ лучших практик

- Regulation on the control of concentrations between undertakings” // Official Journal of the European Union, 2008/C 265/07. Дата обращения: 31.08.2019.
3. U. S. Department of Justice and the Federal Trade Commission “Horizontal merger guidelines”. 19.07.2010.
 4. Massimo Motta. Competition Policy Theory and Practice, 2004.
 5. European Commission “Merger Remedies Study”, 2005.
 6. Пружанский В. Е., ван дер Веер Я. П. Практические аспекты оценки односторонних эффектов в горизонтальных слияниях // Российское конкурентное право и экономика. 2013. № 1. С. 26—30.
 7. Пружанский В. Е. Предписания Еврокомиссии в отношении горизонтальных сделок экономической концентрации (взгляд экономиста) // Конкуренция и право. 2015. № 2. С. 15—18.
 8. Джеффс К. Предписания антимонопольного органа в сделках экономической концентрации: европейский подход // Конкуренция и право. 2015. № 2. С. 19—24.

Сведения об авторе

Пружанский Виталий: PhD, партнер RBB Economics, ведущей международной компании, специализирующейся на проведении экономических экспертиз в антимонопольных расследованиях

Контактная информация

Адрес: Square de Meeûs 37, 1000 Brussels, Belgium

Тел.: +32 2 792 0000

E-mail: vitaly.pruzhansky@rbbecon.com

УДК: 338

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Цены на бензин в России — осознанное движение вверх?

С. Г. Беляев,
И. А. Капитонов,
Высшая школа тарифного
регулирования РЭУ
им. Г. В. Плеханова,
г. Москва

Аннотация

Вопросы роста цен на топливо сегодня все более набирают популярность, наряду с этим нарастает взрывоопасный потенциал недовольной массы потребителей, которая отмечает этот рост.

Одновременно в условиях глобализации рассматривать цены и ценовые процессы в одной, отдельно взятой экономике нельзя, т. к. она существует в условиях общемировой экономики, которая обеспечивает перетоки капитала, благ, трудовых ресурсов.

Таким образом, в данной статье для ответа на вопрос, велик ли уровень цен блага (в данном случае бензина) в экономике, авторы предлагают сравнение ключевых макроэкономических показателей стран, имеющих схожий уровень цен на бензин.

Ключевые слова: *цены на бензин, конкуренция, антимонопольная политика, макроэкономические показатели.*

Gasoline prices in Russia — conscious upward movement?

S. G. Belyaev,
I. A. Kapitonov,
Higher school of tariff
regulation of Plekhanov Russian
university of economics,
Moscow

Annotation

Today, the rise in fuel prices becomes more and more notorious, and at the same time it increases the potential explosive power of the discontented of consumers masses, which notes that growth.

Simultaneously, in the conditions of globalization it is impossible to consider prices and price processes in one, separately taken economy since it exists in the conditions of the global economy which provides flows of the capital, goods, labor resources.

Thus, in this article, to answer the question whether the level of good prices (in this case — gasoline) in the economy is high, the authors offer a comparison of countries key macroeconomic indicators with similar levels of gasoline prices.

Keywords: *gasoline prices, competition, antimonopoly policy, macroeconomic indicators.*

Цены на бензин в России — осознанное движение вверх?

Россия как нефтедобывающая и нефтеперерабатывающая держава всегда в своей повестке будет иметь вопросы: как извлечь максимальную выгоду для государства от продажи нефти и по какой цене продавать нефтепродукты, в частности бензин, на внутреннем рынке? И если изъятие сверхдоходов от экспорта нефти в государственный бюджет и Фонд национального благосостояния имеет прозрачную и понятную формулу, то, как обстоят дела вокруг ценообразования на производные продукты, в частности автомобильный бензин, всегда вызывает повышенное внимание в обществе. Действительно, на все изменения цены на бензин, а более доступную тему трудно найти, так как цены эти не скрыть, образно говоря, уменьшением количества яиц в упаковке, возникает болезненная реакция населения. Изучая общую практику тарифного регулирования в стране, авторы не могли пройти мимо важнейшего фактора ценообразования на основные продукты потребления — как и чем объясняется динамика цен на бензин и насколько Правительство РФ использует регулирующие воздействия на этот рынок. Ведь население, не информируемое о благих намерениях Правительства, может надеть «желтые жилеты», а какие-то политические силы могут использовать этот фактор для разжигания общего недовольства в стране. Ситуация во Франции также показала, что в цене на бензин заложен серьезный социальный конфликт. Необъяснимое с точки зрения граждан увеличение стоимости бензина может вызвать такую волну недовольства граждан, которая, в свою очередь, станет «политическим цунами», как выяснилось, для любого, даже для благополучного государства.

В России Правительство, очевидно, понимает ответственность и сложность момента. Сложность заключается в том, что нефтедобывающее государство должно извлечь максимум выгоды от экспорта нефти, наполнив бюджет, но в то же время сбалансировать внутренний рынок нефтепродуктов, не дав ему пойти вразнос в сторону бесконтрольного увеличения. Для этого Правительству как минимум нужно убедить общество в том, что действует оно в рамках разумного соотношения между всеми институтами, причастными к этому вопросу. Делаются усилия административно ограничить рост цен: наложен временный мораторий, проводятся переговоры (беседы) с производителями, подключаются антимонопольные органы.

Социальные мотивы Правительства вполне понятны и, скорее, оправданы. А есть ли другие основания, по которым можно объяснить действия Правительства?

Итак, в связи с ростом цен на бензин население апеллирует к Правительству. При этом следует отметить, что в обществе бытует мнение, что цены на бензин определяются в первую очередь ценами на топливо. Парадокс для обывателя: как же так — цена нефти падает, а цена на бензин растет или цена нефти растет, а цена на бензин тоже растет.

Обратимся к цифрам. На сегодня средняя цена бензина АИ-95 по всему миру составляет 1,09 долл. США за литр (1,02 в 2016 г.). В то время как цена в розницу в России даже после всех повышений составляет в январе текущего года около 0,68 долл. США, или 45,5 руб.¹ Чисто механически мы должны воспринимать этот факт как позитивный, но трактуют его все по-разному. Принято считать, что поскольку платежеспособный спрос в Российской Федерации меньше, то и бензин должен стоить дешевле. Как правило, авторы подобных утверждений приводят в качестве примера США со схожей ценой бензина. В попытке укора российским властям отечественными «исследователями» также иногда приводится пример обеспеченной нефтью Венесуэлы, чья стоимость бензина для внутреннего рынка была (до августа 2018 г.) зафиксирована, а ныне поддерживается для граждан дотациями на уровне около 1 цента США за литр.

Однако следует заметить, что по доходам населения США, Венесуэла и Россия, мягко говоря, значительно различаются. При этом рекордно низкие цены на бензин, не коррелирующие с ценой нефти, дотации на оплату электричества, воды, ЖКХ в целом, равно как и низкие цены на ключевые продукты, на фоне не менее рекордно низких зарплаток в Венесуэле не помогли властям страны удержать экономику на плаву. В результате — системный кризис в стране, массовые митинги и угроза свержения власти.

Для России как нефтедобывающей страны важно показать, что цена бензина в наших реалиях не так уж и зависит от стоимости нефти.

В России стоимость бензина напрямую не коррелирует со стоимостью нефти, так как доля нефти в цене бензина традиционно довольно низка и составляет, например для АИ-95, не более 4%. При этом цена топлива в России формируется в основном из акцизных и налоговых сборов, доля которых в цене год от года возрастает и на текущий момент составляет 65% от розничной цены. Остальные расходы составляют: нефтепереработка до 17%, транспортировка до 7% и малозначительные надбавки АЗС. Таким образом, если рассматривать стоимость литра АИ-95 в 45 руб. на начало 2019 г., то налоговая нагрузка составит 29,25 руб., и лишь 15,75 руб. может быть рассмотрено как себестоимость и надбавки.

Для справки, уровень налогообложения в России выше, чем в США, Бахрейне или Катаре.

Авторы поставили перед собой задачу выявить, а какой же должна быть социально справедливая цена бензина АИ-95 для основной группы потребителей в России, а это владельцы автомобилей. Расходится ли политика

¹ Здесь и далее: официальные данные международного агентства Global petrol; prices, 2019. Режим доступа: http://www.globalpetrolprices.com/gasoline_prices. Дата обращения: 12.02.2019.

Правительства в области регулирования цен на бензин с интересами российских граждан, и если расходитсЯ, то насколько. Для того чтобы детально разобраться в ситуации, авторы решили сопоставить общепринятые экономические индикаторы в разных странах мира. В результате решения поставленной задачи авторы сформулировали выводы о доступности бензина как ресурса для владельцев автомобилей страны из соответствующей выборки.

Данная работа заняла довольно продолжительный срок — с 2016 по 2019 г., т. к. при начале исследования в 2016 г. предполагалось, что результаты исследования прямо укажут на социальный запрос в обществе в связи с существенным завышением цен на бензин в РФ и на антисоциальную направленность действий Правительства. Однако полученные результаты 2016 г. — начала 2017 г. были настолько позитивными и неожиданными для нас, что потребовали проверки временем, повторного анализа, что и было сделано в настоящее время.

Прежде всего исходим из факта, что все страны имеют примерно одну и ту же затратную основу стоимости бензина — цену нефти, которая зависит от сорта нефти и котировок на международных рынках. Налоги (или субсидии), а также переработка добавляют к стоимости нефти определенную и зачастую весьма значительную величину (или уменьшают стоимость, если это субсидии). В результате в основном именно из-за разницы в подходах к налогообложению мы можем наблюдать разные цены на бензин в странах мира.

Так же как и ряд других авторов, мы предполагаем, что по подходам к формированию цен на бензин все страны мира можно условно поделить на четыре группы. Такое разделение предпринято и у нас в табл. 1, несмотря на то что оно весьма условно. Систематизация по цене, показанная в таблице, проводилась ранее в том или ином виде, но без дальнейшего, более глубокого исследования тех стран, которые составляют порой весьма разношерстную выборку внутри самой группы. В результате авторы похожих исследований, как правило, прямо сравнивают приблизительно одинаковую стоимость бензина в РФ и США. Однако результат может быть подвержен сомнению в связи с тем, что зарплата в этих странах весьма различается не в пользу России. При такой трактовке результат всегда не в пользу России. А напрашивающийся вывод таких исследований: ценовая политика российского Правительства носит антисоциальный характер. Так ли это?

В наиболее интересную, на наш взгляд, первую группу вошли страны со значительными дотациями сетям АЗС, нефтеперерабатывающим заводам и нефтяным компаниям, благодаря чему они удерживают цены на бензин на очень низком уровне — от 1 до 40 центов США за литр бензина. Этих стран не так много во всем мире, и их количество неуклонно сокращается.

На момент начала исследования их было восемь. Лидер в этой группе — упомянутая нами ранее Венесуэла с 1 центом за литр бензина АИ-95 для граждан страны. С большим отрывом от нее шла Саудовская Аравия с 24 центами, Туркменистан, Алжир, Египет, Кувейт,

Таблица 1. Распределение стран по стоимости бензина в 2019 г.

Страны со стоимостью бензина АИ-95 до 40 центов США	Страны со стоимостью бензина АИ-95 от 40 до 60 центов США	Страны со стоимостью бензина АИ-95 от 60 центов до 1 долл. США	Страны со стоимостью бензина АИ-95 от 1 долл. США
Венесуэла; Судан; Иран; Кувейт; Алжир	Нигерия; Туркменистан; Египет; Азербайджан; Казахстан; Эквадор; Бирма; Катар; Ангола; Малайзия; Бахрейн; Саудовская Аравия; Узбекистан; Боливия; Оман; ОАЭ	Ирак; Эфиопия; Россия; Кыргызстан; Тунис; США; Пакистан; Афганистан; Беларусь; Панама; Колумбия; Индонезия; Ливан; Пуэрто-Рико; Вьетнам; Гаити; Сальвадор; Гватемала; Шри-Ланка; Тайвань; Тринидад и Тобаго; Лесото; Ботсвана; Доминика; Чад; Либерия; Бенин; Грузия; Камбоджа; Суринам; Никарагуа; Свазиленд; Канада; Намибия; Австралия; Того; Гондурас; Филиппины; Сьерра-Леоне; Бутан; Непал	Мексика; Гана; Таиланд; Индия; Китай; Аргентина; Украина; Гвинея; Фиджи; Коста-Рика; Танзания; Бангладеш; Южная Африка; Марокко; Парагвай; Кот-д'Ивуар; Перу; Гайана; Камерун; Доминиканская Республика; Молдова; Кения; Уганда; Аруба; Мозамбик; Македония; Бразилия; Турция; Болгария; Габон; Багамские Острова; Сент-Люсия; Мадагаскар; Буркина-Фасо; Ямайка; Лаос; Сенегал; Зеленый Мыс; Южная Корея; Мали; Румыния; Куба; Андорра; Венгрия; Япония; Литва; Каймановы Острова; Бурунди; Люксембург; Кипр; Чили; Польша; Малави; Руанда; Гренада; Хорватия; Босния и Герцеговина; Испания; Латвия; Иордания; Словения; Австрия; Белиз; Зимбабве; Сербия; Чехия; Конго; Черногория; Эстония; Словакия; Маврикий; Новая Зеландия; Бельгия; Центрально-Африканская Республика; Сингапур; Ирландия; Мальта; Великобритания; Германия; Швейцария; Швеция; Сан-Марино; Йемен; Франция; Португалия; Финляндия; Лихтенштейн; Албания; Израиль; Дания; Майотта; Нидерланды; Греция; Уругвай; Италия; Замбия; Исландия; Норвегия; Барбадос; Уоллис и Футуна; Монако; Гонконг

Цены на бензин в России — осознанное движение вверх?

Эквадор и Иран. Нами было отмечено, что не все страны в этой группе имеют свою развитую нефтедобычу и нефтепереработку, к примеру Египет, Эквадор были далеко не лидерами по нефтедобыче и нефтепереработке, но из-за государственного регулирования попадали в эту группу.

В текущем 2019 г. количество и состав стран в данной группе кардинально изменились, и вместо восьми стран в нее стало входить всего пять развивающихся стран по классификации ООН, обладающих довольно значительными запасами нефти и достаточно развитой нефтепереработкой, а именно: Венесуэла (добыча в 2017 г. составила 0,06 барреля нефти на жителя в сутки²), Судан (добыча 0,002 барреля нефти на жителя в сутки), Иран (0,06), Кувейт (0,7), Алжир (0,03). В данной группе стран нами не указано собственное потребление нефти, так как, по нашим данным, оно как минимум совпадает с добычей.

Отдельно необходимо отметить качественные характеристики бензина в данной группе. Анализ данных Международного центра по надзору за качеством горючего показывает, что данные страны в 2018 г. были не сильно озабочены вопросами экологии и, соответственно, имеют низкие затраты на нефтепереработку³.

Достаточно репрезентативными с точки зрения оценки качества нефтепереработки в целом выглядят цифры, показывающие содержание серы в дизельном топливе⁴ у данных стран: Венесуэла — до 10 000 мд. (т. е. до 1%), Судан — до 500 мд. (0,05%), Иран — до 10 000 мд. (т. е. до 1%), Кувейт — до 500 мд. (0,05%), Алжир — до 2000 мд. (0,2 %). Напомним, в РФ данный показатель определен в соответствии с ГОСТ (и с условной принадлежностью к классу Евро-5) в 10 мд. (0,001%).

Во второй группе разместились страны, имеющие цены от 40 до 60 центов (всего 16 стран мира). Эта группа стран с меньшими дотациями, чем первая. Хотя и в ней также есть страны из первой десятки по нефтедобыче, в которых добыча превышает потребление (Саудовская Аравия, добывающая 0,37 барреля на жителя в сутки, ОАЭ с 0,41 барреля на человека в сутки), а также страны, не ведущие активную нефтедобычу,

в которых потребление превышает добычу (Тринидад и Тобаго (добыча 0,07, потребление 0,14), Бирма (добыча 0,0002, потребление превышает добычу в 3 раза), Боливия (добыча 0,006, потребление несущественно превышает добычу).

С 2016 г. данная группа расширилась за счет стран, перешедших из первой группы во вторую из-за изменения подходов к государственному регулированию. В данной группе нет развитых стран. Одновременно простой анализ качества переработки показывает схожие (крайне низкие и низкие) требования к качеству топлива в этих странах. При переходе из первой группы во вторую наиболее грандиозный рост цены был в Саудовской Аравии. Напомним, что именно эта страна, как правило, приводилась в пример российской власти в части установления низких цен на бензин. Так вот именно Саудовская Аравия повысила цены с 0,24 до 0,54 долл., таким образом, рост за 3 года составил грандиозные 225%.

В третьей группе разместились страны, которые облагают нефтепереработку и продажу топлива умеренными налогами. В результате в 41 стране мира, подходящей под эти критерии в 2019 г., бензин стоит от 60 до 90 центов. Здесь, точно так же, как и в предыдущей группе, нет прямой зависимости наличия развитой нефтедобычи, уровня потребления, экологических стандартов и цены. В группе присутствуют несколько развитых стран мира по классификации ООН: США (добывающие 0,03 барреля на жителя в сутки, при потреблении 0,06), Канада (добыча — 0,13, потребление — 0,06), Австралия (0,014 и 0,04). По наличию исходного сырья есть, с одной стороны, Ирак (где нефти больше, чем пресной воды, развитая нефтеперерабатывающая отрасль, добыча в 2017 г. составила 0,11 барреля на жителя в сутки при потреблении 0,02), Суринам (добыча в 2017 г. составила 0,03 барреля на жителя в сутки, потребление соответствует производству), называвшиеся ранее США и Канада, а с другой — бедные ресурсами, в которых вообще нет собственной добычи, Лесото, Ботсвана и т. д. Данная группа с 2016 г. уменьшилась на 24 страны из-за массового подорожания бензина и перехода стран в четвертую группу.

К третьей группе принадлежит и Россия, добывающая 0,07 барреля на жителя в сутки (при потреблении 0,02), и надо понимать, что когда обсуждается снижение цены бензина (и снижение налогов), то, переводя на формальный язык, обсуждается перемещение России во вторую, а то и в первую группу из третьей. Итак, вернемся к тому, что цены на бензин в России традиционно сравнивают с ценами в США, которые, как мы выяснили, тоже входят в третью группу. США, как известно, являются сильной экономически развитой страной, но имеют сравнительно низкие цены на энергоносители, в том числе на бензин. На момент актуального исследования (январь 2019 г.) стоимость бензина в США несколько выше, чем в России, и составляет 0,69 долл. за литр (в 2016 г. — 0,68 долл.). Для объективности необходимо отметить,

² Предлагается авторами в качестве оценочного параметра реальной добычи нефти в стране. Рассчитано согласно данным статистики British Petroleum, U. S. Energy Information Administration и ООН за 2018 г. Дата обращения: 12.02.2019.

³ Stratias Advisors. A hart energy company (The International Fuel Quality Center) USA 2018. Режим доступа: <https://stratiasadvisors.com/-/media/TOP100.png?la=en>. Дата обращения: 12.02.2019.

⁴ Существуют более ранние оценки содержания серы в бензине от данной компании, датируемые 2016 годом. В результате анализа этих данных, оценки экологичности нефтепереработки при получении дизеля и бензина (при разных относительно допустимых уровнях содержания серы но сохранением градации) совпадают. Режим доступа: <https://stratiasadvisors.com/Insights/052516-Sulfur-In-Fuel>. Дата обращения: 12.02.2019.

что немногочисленные развитые страны мира, попавшие в довольно обширную третью группу, а в особенности США, для России не репрезентативны.

Следует отметить немаловажное обстоятельство: США — уникальное исключение. Это исключение объясняется весьма просто: США потребляют нефти в два раза больше добычи (потребление — 0,06 барреля на человека в сутки).

Очевидно, что половина спроса на нефть удовлетворяется за счет ее импорта. При этом США покупают нефть за доллары (т.е. происходит обмен физического товара на бумажный эквивалент, производимый в США, являющийся мировой расчетной валютой), что объясняет возникновение многих преимуществ, в том числе и низких налогов на нефтепродукты. Канада и Австралия, в свою очередь, по ценообразованию принадлежат к четвертой группе стран и в нее входили до снижения курсов национальных валют к доллару в середине — конце 2018 г.

В четвертую категорию, представленную абсолютным большинством стран мира, входят 102 страны (в 2016 г. группа состояла из 87 государств, некоторые из которых теперь выпали из статистики), в которых производство и продажа бензина по каким-либо причинам облагается налогами выше средних. В результате этого горючее становится очень дорогим и стоит больше доллара.

В этой группе также присутствуют страны с развитой нефтедобычей и нефтепереработкой — богатые ресурсами и имеющие свою собственную нефтепереработку, — Норвегия (1,83 долл. за литр, добыча 0,36 барреля нефти на жителя в сутки при потреблении 0,04, т.е. добыча больше потребления почти в 10 раз), Мексика (гордится своей нефтепереработкой, имеет свой собственный сорт нефти и продает бензин за 1 долл., повысив стоимость бензина на 17 центов с 2016 г., добыча 0,02 барреля на жителя в сутки, потребление 0,01), Китай (четвертое место в мире, по данным ОПЕК, по нефтедобыче, цена бензина 1,04 долл., добыча 0,003, потребление 0,009), Бразилия (входит в десятку стран — лидеров по нефтедобыче, цена 1,13 долл. за литр, добыча 0,01, потребление 0,001), а с другой стороны — бедный как по ресурсам, так и по всем прочим показателям Бангладеш (1,07 долл., добыча 0,00002 при потреблении 0,0008), Бурунди (1,25 долл., собственной добычи нет, потребление 0,0001), Зимбабве (1,39 долл., добыча 0,000006 при потреблении 0,001) и т.д.

Все страны приведены нами в табл. 1. Ранжирование стран в перечне произведено по стоимости бензина в них от более дешевого в рамках группы до более дорогого⁵.

Таким образом, развитые страны предпочитают формировать цену бензина выше 1 долл. США вне зависи-

мости от уровня добычи и потребления. В свою очередь, в первой и второй группах (т.е. в странах со стоимостью бензина до 60 центов) не было (на момент начала исследования в 2016 г.) и нет ни одной страны, принадлежащей к группе развитых стран по международной классификации ООН⁶. При этом в данной группе наблюдается пренебрежение экологическими стандартами: исследование по параметру «содержание серы», проведенное в феврале 2018 г., показало крайне низкие экологические характеристики выпускаемого топлива во всех без исключения странах из этих групп. В третьей группе присутствуют всего 3 развитые страны по классификации ООН из 41.

Заметим, что качественные характеристики топлива (экологические стандарты) не являются решающим фактором для определения итоговой ценовой политики в стране, так как и в третьей, и в четвертой группах есть достаточное количество стран, не обеспокоенных введением современных экологических стандартов. В свою очередь, примеры из второй — четвертой групп стран в табл. 1 еще раз подчеркивают правильность нашего тезиса о том, что не наличие ресурсной базы, а именно государство своей налоговой политикой формирует цены на бензин. Кардинальное переформатирование состава участников первой группы с сверхнизкими ценами, состоявшееся в промежутке между 2016 и 2019 гг., подтверждает данный вывод. Так, в первой группе от восьми стран — участниц группы остались лишь Венесуэла, Иран, Кувейт и Алжир; в то время как богатые во всех смыслах Саудовская Аравия и Туркменистан предпочли покинуть группу, существенно сократив субсидии⁷, но сохранив при этом низкие экологические стандарты. Ранее по этому пути уже прошли ОАЭ, в 2015 г. решительно отменив все субсидии.

Относительно небогатые страны, имеющие свою нефтедобычу и нефтепереработку, — Египет (добыча 0,006 барреля на жителя в сутки, потребление 0,006), Эквадор (добыча 0,03; потребление 0,01) также предпочли кардинально снизить дотации (повысить цены) без изменения качества топлива, в связи с чем покинули первую группу, являющуюся высокодотационной.

Следует заметить также, что дотации — это временная практика. За рассматриваемый период был осуществлен массовый переход как из первой во вторую группу, так и из третьей в четвертую группу. Средняя цена топлива в мире выросла на 7 центов за три года на фоне относительно низких нефтяных цен. Обратные переходы

⁵ Ист.: обработка данных международного агентства Global petrol prices, 2019. Режим доступа: http://www.globalpetrolprices.com/gasoline_prices. Дата обращения: 12.02.2019.

⁶ См.: Официальные данные ООН. Режим доступа: http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2014wesp_country_classification. Дата обращения: 12.02.2019.

⁷ Бензин вновь подорожает в Саудовской Аравии. См.: Вести финансы // <https://www.vestifinance.ru/articles/95071>. Дата обращения: 12.02.2019.

Цены на бензин в России — осознанное движение вверх?

Таблица 2. Сравнение качества бензина и макроэкономических показателей стран со стоимостью бензина в 68 центов США (на момент исследования, 2019 г.)

Страна	Экологический стандарт бензина	ВВП на душу населения в 2017 г., долл. США	Доход на душу населения в 2016 г.*, долл. США	Доход на душу населения в 2017 г., метод Всемирного банка Atlas, долл. США	Доход на душу населения в 2017 г., по ППС (Всемирный банк), долл. США
Россия	Евро 5	10 654	8422	9230	24 890
Тунис	Евро 5	3461	3501	3500	11 490
Эфиопия	Евро 0	696	684	740	1890
Кыргызстан	Евро 3	1186	1057	1130	3620

* Более поздние данные по валовому национальному доходу на душу населения в UNCTAD недоступны.

из групп единичны и диктуются, как правило, временными внутриполитическими факторами и снижением курсов национальных валют.

Исходя из вышеизложенного, следует, что сам факт наличия нефти (или статистическая добыча нефти на душу населения) и уровень потребления, равно как и соотношение добычи и потребления, мощность нефтепереработки, стоимость добываемого сорта нефти, экологический класс топлива и т. п., мало сказываются на итоговой стоимости бензина.

Для дальнейшего исследования справедливости текущих цен на бензин в конкретной стране, в нашем случае в России, предлагаем брать именно текущую стоимость бензина в конкретной стране и в странах, где эта стоимость сравнима, а далее сравнивать страновые макроэкономические показатели, оставив в стороне факт наличия или отсутствия добычи нефти. Далее проведем сопоставительный анализ стоимости бензина в странах со схожими макроэкономическими показателями, проверяя гипотезу, что цена бензина зависит от богатства страны и не зависит от его качества. Ведь, исходя из первичной группировки, именно богатые страны, как правило, имеют более высокие цены на бензин, а бедные страны и некоторые из тех, которые производят и экспортируют нефть, продают бензин по сравнительно более низким ценам с соответствующим качеством, постепенно отказываясь от дотаций.

Любопытно, что такую же цену за литр бензина АИ-95, как и в России, платит на сегодняшний день только житель Туниса, Эфиопии и Кыргызстана (в феврале 2017 г. — Пакистана, Ирака и Монголии⁹), то есть тех стран, где уровень жизни ниже и доходов у населения заведомо меньше. Уровень жизни в стране косвенно определяется по величине валового внутреннего про-

дукта, поделенного на количество населения данной страны. Этот показатель — ВВП на душу населения, и он характеризует уровень экономического развития данной страны. Если возьмем перечисленные выше страны с точно такой же стоимостью бензина на сегодня, как и в России, и рассмотрим их макроэкономические показатели, то получим довольно интересные цифры (используются наиболее актуальные официальные данные на начало 2019 г. UNCTAD⁹ и World Bank¹⁰), которые мы свели в табл. 2.

Данная выборка стран показывает, что бензин в России зачастую качественнее по стандарту¹¹ и всегда гораздо доступнее для населения по сравнению со странами с такой же стоимостью топлива, что подтверждает выводы исследования 2016—2017 гг. в части схожего сравнения России, Пакистана, Ирака и Монголии, имевших на тот момент одинаковые цены.

В целях дальнейшего анализа мы выбрали страны, которые имеют схожий с Россией ВВП на душу населения, с целью выяснить их доходы и сравнить текущую стоимость бензина. Результаты представлены в табл. 3.

Очевидно, что цена бензина в России в два раза ниже, чем в странах с наиболее схожими макроэкономическими показателями.

Следовательно, выдвинутая гипотеза находит подтверждение: цена и качество бензина зависят от богатства страны. Данный вывод с учетом проведенного анализа может быть трансформирован: цена

⁸ Данные по ценам 06.01.2018 международного агентства Global petrol: prices, 2017—2019 гг. // http://www.globalpetrolprices.com/gasoline_prices. Дата обращения: 12.02.2019.

⁹ Данные ЮНКТАД. Режим электронного доступа: <http://unctadstat.unctad.org/wds/ReportFolders/reportFolders.aspx>.

¹⁰ Данные Всемирного банка // <http://databank.worldbank.org/data/download/GNIPC.pdf>. Дата обращения: 06.01.2019.

¹¹ Российский ГОСТ практически полностью соответствует стандарту Евро-5 в ограничениях по выбросу вредных веществ. Они имеют одинаковые показатели общего загрязнения, зольности, содержания воды, кислотности и большинства других требований. Однако между ними есть и несоответствия по некоторым показателям.

Таблица 3. Сравнение стоимости бензина в странах, имеющих схожий уровень ВВП и доходы на душу населения (2019 г.)

Страна	Экологический стандарт бензина	ВВП на душу населения в 2017 г., долл. США	Доход на душу населения в 2016 г.*, долл. США	Доход на душу населения в 2017 г., метод Всемирного банка Atlas, долл. США	Доход на душу населения в 2017 г., по ППС (Всемирный банк), долл. США	Стоимость бензина за литр в 2019 г., долл. США
Россия	Евро 5	10 654	8422	9230	24 890	0,68
Турция	Евро 5	10 558	10 749	10 930	26 160	1,12
Маврикий	Евро 0	10 367	9628	10 140	22 570	1,43
Румыния	Евро 53	10 665	9216	9970	25 150	1,22

* Более поздние данные по валовому национальному доходу на душу населения в UNCTAD недоступны.

бензина зависит от покупательской способности¹², под которую подстраивается регуляторная практика конкретного государства.

В целом данные табл. 3 лишь подтверждают наши выводы по предыдущей таблице: цена бензина с учетом всех налогов в России в розницу ниже, чем в близких по уровню ВВП на душу населения странах. Необходимо отметить, что этот вывод был получен еще в 2017 г., когда в данную таблицу вошли Турция, Маврикий (не перерабатывает нефть, завозя топливо низкого класса) и Мексика (ВВП на душу населения в Мексике снизился и не позволил включить ее в актуальное сравнение 2019 г.). Следовательно, после всех повышений цена бензина в России предположительно является социально ориентированной, что будет проверяться нами далее.

Ведь на самом деле можно построить множество аналитических таблиц, выбирая различные параметры. Так, можно выбрать группу стран со схожими доходами на душу населения по методике Всемирного банка (Atlas). Изменит ли это наши выводы о сравнительной стоимости и доступности бензина в России? Нет. Так, ближайшая к России страна по доходу на душу населения по ППС (несущественно богаче) — рассмотренная нами Румыния со стоимостью 1,22 долл., а несущественно беднее — Хорватия (24 700 долл. на душу населения) с ценой 1,33 долл. за литр.

В целях дальнейшей проработки гипотезы о производимой во всех странах адаптации цены бензина под покупательную способность населения предлагаем сравнить средний уровень заработной платы в странах, попавших (по тем или иным критериям) в выборки, де-

цельный коэффициент в виде индекса Джини¹³, оценить уровень теневых доходов, среднюю стоимость проживания и вычислить, сколько литров бензина АИ-95 в среднем сможет приобрести гражданин конкретной страны на оставшиеся после уплаты всех налогов и с учетом стоимости проживания деньги (табл. 4).

В результате даже беглого анализа табл. 4 ясно, что пассаж в начале статьи подтвержден — США не являются корректным примером и резко выделяются в выборке (скорее являются недостижимым образцом по социально-экономическому развитию, но цены на бензин тут явно ни при чем). США, являясь развитой страной мира, выпадают из общего ряда стран, по тем или иным признакам вошедших в исследование, по всем макроэкономическим показателям, и в частности в данной таблице — по доходам. В результате количество бензина, которое можно купить на данный, несопоставимо больший, чем у прочих стран, доход, — наибольшее.

Из корректных для выборки 7 стран россиянин по количеству приобретаемого топлива на оставшиеся после всех выплат (налогов, коммунальных платежей) средства со своими впечатляющими 629 л (при проведении первого подобного исследования в январе 2017 г. нами было вычислено 590 л) занимает второе место со значительным отрывом от остальных стран (в 2017 г. — лишь пятое), что является отличным результатом.

Интересный факт: несмотря на высокий уровень расслоения общества, доступность приобретения автомобиля и бензина в России достаточно высокая. Страны в выборке, за редким исключением, имеют сопоставимые или более высокие индексы Джини, а значит, разрыв между богатыми и бедными одинаков или выше. Кроме того,

¹² Покупательская способность показывает, сколько среднестатистический потребитель может купить на определенную сумму денег товаров и услуг при существующем уровне цен.

¹³ Статистический показатель степени расслоения общества данной страны или региона по отношению к какому-либо изучаемому признаку. Коэффициент Джини изменяется от 0 до 1. Чем ближе его значение к нулю, тем более равномерно распределен показатель; индекс Джини измеряется в процентах от 0 до 100.

Цены на бензин в России — осознанное движение вверх?

Таблица 4. Количество бензина в исследованных странах, которое может быть приобретено на среднюю зарплату после уплаты всех налогов и коммунальных платежей, а также коэффициенты расслоения общества

Страна	Средний уровень заработной платы после уплаты налогов в 2017 г., долл. США	Теневая экономика, %	Индекс Джини ¹⁴ , %	Стоимость проживания ¹⁵ , долл. США	Разница между средней заработной платой и стоимостью проживания, долл. США	Население за чертой бедности ¹⁶ , %	Стоимость бензина АИ-95, долл. США	Объем бензина, который можно приобрести на оставшиеся средства, л
Россия	527	38,4	37,7*	99,19	427,81	13,3 ¹⁷	0,68	629,1
США	2835	8,3	41,5	150,6	2684,4	15,1	0,69	3890,4
Кыргызстан	186	37,9	26,8	60	126	32,1	0,68	185,3
Тунис	293,2	35,3	35,8	33,04	260,16	15,5	0,68	382,6
Эфиопия	240,2	34,31	39,1	21,98	218,22	29,6	0,68	320,9
Турция	689,34	31,4	41,9	61,86	627,48	21,9	1,12	560,3
Маврикий	802	22,6	35,8	88,69	713,31	8	1,43	498,8
Румыния	1125	30,14	35,9	104,95	1020,05	22,4	1,22	836,1

Источники: статистика Международной организации труда, 2019 г.; данные МВФ, Всемирного банка, ЦРУ, агентства Numbeo, агентства Nationmaster, агентства Total-reiting, расчеты авторов.

* Индекс Джини в РФ, по данным Всемирного банка, ежегодно снижается с 2014 г. по н/в.

при подсчете количества потенциально возможного объема бензина к покупке уже учтена стоимость проживания и налоги.

Кыргызстан, Тунис и Эфиопия, напомним, что они попали в выборку потому, что цена бензина у них такая же, как и в России, имеют на фоне несколько меньшего расслоения населения (меньший коэффициент Джини) около четверти населения за чертой бедности. При этом их житель на оставшиеся после оплаты всех налогов и расходов деньги может позволить себе меньше топлива, чем в РФ. Что характерно, в 2017 г. точно такие же выводы были сделаны на основании сравнения одинаковых

на тот момент по ценам на бензин России, Пакистана, Ирака и Монголии.

Сравнительно высокий уровень теневой экономики России среди всех перечисленных в выборке стран также позволяет сделать вывод о существенном занижении доходов населения, и, соответственно, этот уровень говорит о занижении уровня средней заработной платы. Таким образом, при учете этого фактора становится понятным, что 629 л бензина в среднем — далеко не предел того, что, согласно данным статистики, могут себе позволить граждане России.

Доступность бензина для владельцев автотранспорта России подтверждается и другими данными. Так, интересны также и выводы компании PricewaterhouseCoopers International Limited (PwC) по проведенному в 2016 г. исследованию «Стоимость владения легковым автомобилем в России»¹⁸. Было показано, что затраты на бензин далеко не лидируют по расходам на владение новым автомобилем в России вне зависимости от класса автомобиля. Лидирует со значительным отрывом потеря стоимости вследствие устаревания и износа (вне зависимости от категории автомобиля), а затраты на бензин занимают лишь третье-четвертое место во всей группе расходов в зависимости от категории автомобиля.

¹⁴ По данным Всемирного банка, 2019 // <https://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=2&series=SI.POV.GINI&country=>. Дата обращения: 12.02.2019.

¹⁵ Рассчитывается исходя из проживания в квартире 85 м² с уплатой всех коммунальных платежей. См.: Numbeo, 2019 // https://www.numbeo.com/cost-of-living/prices_by_country.jsp?displayCurrency=USD&itemId=30. Дата обращения: 12.02.2019; <http://www.nationmaster.com/country-info/stats/Cost-of-living/Basic-utilities/Garbage%2C-water%2C-heating%2C-electricity-for-85-sqm-apartment>.

¹⁶ По данным CIA World Factbook 2019. Режим доступа: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook>. Дата обращения: 12.02.2019.

¹⁷ По данным ЦРУ (CIA World Factbook 2019), данные за 2015 г., более свежие данные отсутствуют. По данным Росстата за девять месяцев 2018 г., данные по количеству населения за чертой бедности совпадают (13,3%). Дата обращения: 12.02.2019.

¹⁸ Стоимость владения легковым автомобилем в России. Прайсво-терхаусКуперс Аудит, 2017 г. Режим доступа: http://www.pwc.ru/en/automotive/publications/assets/costofcar_2016.pdf. Дата обращения: 12.02.2019.

Доля расходов на бензин, согласно исследованию, в общей стоимости владения колеблется — она тем выше, чем дешевле автомобиль.

Наибольший процент от всех затрат (20%) тратят на бензин владельцы автомобилей В-класса, и 6% — Е-класса. При этом необходимо учесть, что если наложить данные исследования РwС на данные другого исследования, проведенного ранее в Англии компанией Prestige Perfomace Center GB¹⁹, то получится, что владение автомобилем в России — одно из самых дешевых в мире, что в целом подтверждает сделанные нами ранее выводы о доступности бензина для широких слоев населения по сравнению со странами со схожими макроэкономическими показателями.

К сожалению, найти или вычислить данные по среднему уровню заработной платы владельцев автомобилей не удастся. Возможно только предположить, что уровень заработной платы у них на уровне или выше средней по стране, если исходить из обычной логики. Также невозможно вычислить процент «теневиков» из владельцев автомобилей, но есть интересные данные по скорости обмена старого автомобиля на новый в России, которые указывают на более высокую обеспеченность граждан нашей страны, владеющих автомобилем, по сравнению с прочими странами мира.

Так, по данным статистики, в России даже в условиях текущего кризиса замена автомобилей производится чаще, чем в большинстве стран мира, в том числе и в развитых странах с более высоким уровнем жизни²⁰. При этом новые автомашины меняют после двух-трех лет эксплуатации 33% автовладельцев. Второй пик приходится на шестой-седьмой год после покупки — 23%. В то же время каждый седьмой владелец нового автомобиля, а это 13%, не проезжает на нем и двух лет²¹. Владельцы подержанных авто еще быстрее расстаются со своими машинами. Почти 70% из них меняют автомобиль в течение первых 4 лет, причем каждый седьмой (12,8%) в течение первого года после покуп-

ки, а каждый четвертый (24,1%) в течение второго года эксплуатации. Количество автомобилей всех классов только растет, а после выхода из кризисного 2016 г. в 2017 г., по данным того же аналитического агентства, срок владения автомобилем сократился с 4,8 до 4,5 лет. Это, безусловно, является рекордной цифрой не только по сравнению с Китаем, Индией, но и по сравнению с теми же США, где средний срок владения составляет около 8 лет.

В результате приведенных рассуждений авторы пришли к выводу, что в гонке за самой доступной ценой бензина с точки зрения целевой аудитории покупателей в период с 2016 г. до начала 2019 г. Россия находится в лидерах среди стран с сопоставимыми макроэкономическими показателями, что в том числе формирует сравнительно низкую цену владения автомобилем и определенный стиль поведения у владельцев автомобилей по быстрой замене автомобиля, который не вписывается в стиль обычного поведения в странах с сопоставимыми и существенно более высокими доходами.

Кроме того, мы считаем, что в России в целях снижения цен для определенных групп потребителей есть возможность снижения экологических показателей топлива при адресных поставках бензина. Такими потребителями могут быть воинские части, отдельные потребители в изолированных районах, то есть там, где востребованными являются бензин и дизельное топливо низкого экологического класса (Евро-0). Очевидно, что производство такого топлива значительно дешевле, в том числе за счет существенно меньшего использования катализаторов, и возможно с минимальными техническими переделками практически на любом НПЗ. Кроме того, закупка такого топлива также позволит существенно сократить хищения ГСМ у данных потребителей. Таким образом, стоимость закупаемого топлива такого класса для определенных групп потребителей можно снизить без ущерба для бюджета, а сам потребитель найдет мультиплицирующиеся положительные эффекты от его использования.

В результате приведенных выше исследований авторы пришли к выводу, что сравнивать мировые цены на топливо необходимо, исходя из выборки стран с сопоставимыми социально-экономическими показателями. При этом период исследования должен быть продолжительным для исключения неэкономических подходов к ценообразованию.

Одновременно авторы убедились в том, что пока Правительство России проводит политику сравнительно доступных цен на топливо, несмотря на очевидно напряженную ситуацию с бюджетными доходами: цена бензина в стране хоть и растет, но все же остается относительно низкой по сравнению с другими странами мира, а сам бензин остается относительно доступным. Таким образом, текущая политика налогообложения

¹⁹ Инфографика: стоимость владения автомобилем в мире. Составлено по аналитике Prestige Perfomace Center GB. Режим доступа: <http://avtomaniya.com/site/publication-full/6180>. Дата обращения: 22.02.2019.

²⁰ В Канаде, США, Японии, Германии, Индии и Китае владельцы меняют автомобили значительно реже. По данным на первый квартал текущего года, недавно представленным аналитической компанией Experian из Чикаго, автомобиль находится в руках одного владельца в США в среднем 93 месяца, то есть около 8 лет. Дольше всего не меняют свои автомобили американцы, отдавшие предпочтение маркам Dodge и Buick — в среднем по 113 месяцев для каждого из этой пары американских брендов. Дата обращения: 12.02.2019.

²¹ Средний срок владения новым автомобилем в России составляет 4,8 года. Аналитическое агентство «Автоstat». Режим доступа: <https://www.autostat.ru/infographics/26642>. Дата обращения: 12.02.2019.

Цены на бензин в России — осознанное движение вверх?

является социально справедливой и пока вполне разумной. Если Правительство увеличивало налогообложение в рассматриваемом и весьма продолжительном периоде с пониманием не только необходимости, но и возможности по сопоставлению параметров, то оснований для серьезной критики авторы не увидели. Если нет, то Россию в обозримой перспективе ждет цена выше одного доллара США за литр бензина.

Один из важнейших вопросов — является ли не только абсолютная величина стоимости бензина, а его доступность по совокупности факторов понятным феноменом с точки зрения целевой группы покупателей в России? На основании результатов, полученных в ходе исследований, можно сделать вывод, что Россия в сравнении с сопоставимыми по макроэкономическим показателям странами обеспечивает невысокую цену бензина, что сказывается и на поведении владельцев автомобилей в части быстрой замены автомобилей и приобретении мощных автомобилей. ■

Литература

1. Данные British Petroleum, 2018 г. // Официальный сайт компании Бритиш Петролеум // <https://www.bp.com>. Дата обращения: 12.02.2019.
2. Данные CIA World Factbook, США, 2019 г. // Официальный сайт Центрального разведывательного управления США <https://www.cia.gov/LIBRARY/publications/the-world-factbook/docs/whatsnew.html>. Дата обращения: 12.02.2019.
3. Данные UNCTAD, 2019 г. // Официальный сайт Конференции ООН по торговле и развитию // <https://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>. Дата обращения: 12.02.2019.
4. Данные U. S. Energy Information Administration, 2018 год. Данные World Bank, США, 2019 г. // Официальный сайт Всемирного банка // <https://www.worldbank.org>. Дата обращения: 12.02.2019.
5. Данные Международной организации труда, 2019 г. // Официальный сайт Международной организации труда // <https://www.ilo.org/moscow/lang-en/index.htm>. Дата обращения: 12.02.2019.
6. Данные Росстат, 2019 г. // Официальный сайт Федеральной службы государственной статистики // <https://www.gks.ru>. Дата обращения: 12.02.2019.
7. Данные статистического агентства Nationmaster, США, 2019 г. // База данных NationMaster // <https://www.nationmaster.com/>. Дата обращения: 12.02.2019.
8. Данные статистического агентства Numbeo, США, 2019 г. // Глобальная база данных Numbeo // <https://www.numbeo.com/cost-of-living>. Дата обращения: 12.02.2019.
9. Данные статистического агентства Total-reiting, Россия, 2019 г. // Сайт Рейтинги стран и компаний Total-Rating.ru // <http://total-rating.ru/sitemap>. Дата обращения: 12.02.2019.
10. Данные статистического агентства Traiding Economics, Россия, 2019 г. // эл. ист. Дата обращения: 12.02.2019.
11. Инфографика: стоимость владения автомобилем в мире. Составлено по аналитике Prestige Performace Center GB // <http://avtomaniya.com/site/publication-full/6180>. Дата обращения: 12.02.2019.
12. Капитонов И. А. Дорог ли в России бензин? // Деловой журнал Инвест-Форсайт, апрель 2017 г. Режим доступа: <https://www.if24.ru/kapitonov-dorog-v-rossii-benzin/>
13. Средний срок владения новым автомобилем в России составляет 4,8 года. Аналитическое агентство «Автостат» // <https://www.autostat.ru/infographics/26642>. Дата обращения: 12.02.2019.
14. Стоимость владения легковым автомобилем в России. ПрайсвотерхаусКуперс Аудит, 2017 г. // http://www.pwc.ru/en/automotive/publications/assets/costofcar_2016.pdf. Дата обращения: 12.02.2019.

Сведения об авторах

Беляев Сергей Георгиевич: доктор технических наук, профессор, директор Высшей школы тарифного регулирования РЭУ им. Г.В. Плеханова

Контактная информация

Адрес: 115054, г. Москва, Стремянный пер., д. 28/1

Тел.: +7 (495) 800-12-00, доб. 19-29

E-mail: VSHTR@rea.ru

Капитонов Иван Александрович: кандидат экономических наук, доцент, директор Центра тарифного регулирования Высшей школы тарифного регулирования РЭУ им. Г.В. Плеханова

Контактная информация

Адрес: 115054, г. Москва, Стремянный пер., д. 28/1

Тел.: +7 (495) 800-12-00, доб. 20-39

E-mail: kapitonov_ivan@mail.ru

Ведомственная апелляция ФАС России: роль правовых позиций в формировании единообразия правоприменительной практики

О. А. Москвитин,

Институт конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, Коллегия адвокатов «Муранов, Черныяков и партнеры», Ассоциация антимонопольных экспертов, г. Москва

И. П. Бочинин,

Коллегия адвокатов «Муранов, Черныяков и партнеры», г. Москва

Аннотация

В статье рассматриваются некоторые проблемы формирования единообразной правоприменительной практики на примере конкретных решений Апелляционной коллегии ФАС России по вопросам, связанным с: применением правил квалификации антимонопольных нарушений, предусмотренных ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции»; необходимостью доказывания факта исполнения соглашения, запрещенного ст. 16 того же Закона; реализацией права коллегияльных органов ФАС России направлять дело на новое рассмотрение в территориальный антимонопольный орган.

Сделан вывод о том, что правовые позиции Апелляционной коллегии ФАС России, будучи основанными на законе и применяемыми только во исполнение закона, помогают эффективно разрешать спорные проблемы досудебного антимонопольного правоприменения и выработать единообразные подходы к толкованию норм конкурентного права.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, внутриведомственная апелляция, обжалование решений антимонопольных органов, обжалование предписаний антимонопольных органов, правовые позиции.

The Interior Appeal of the FAS of Russia: the Role of Legal Positions in the Development of Uniformity of Law Enforcement Practice

O. A. Moskvitin,

Institute of the HSE University, Muranov, Chernyakov & Partners Law Firm
Competition Experts Association, Moscow

I. P. Bochinin,

Muranov, Chernyakov & Partners Law Firm, Moscow

Annotation

The article discusses some problems of the formation of a uniform law enforcement practice on the example of specific decisions of the FAS Russia Board of Appeals on issues related to: the application of the rules for the qualification of antitrust violations provided for in part 1 of art. 10 of the Federal Law «On Protection of Competition»; the need to prove the fulfillment of an agreement prohibited by art.16 of the same Law; the exercise of the right of the FAS Russia collegial bodies to refer the matter for a new consideration to the territorial antimonopoly body.

It is concluded that the legal positions of the Appeal Board of FAS Russia, being based on the law and applied only in compliance with the law, help to effectively resolve controversial problems of pre-trial Antimonopoly law enforcement and to develop uniform approaches to the interpretation of the rules of competition law.

Keywords: antimonopoly legislation, departmental appeals, appeals against the decisions of the antimonopoly bodies, appeals against the orders of the antimonopoly bodies, legal positions.

Ведомственная апелляция ФАС России: роль правовых позиций...

Введение

Значительная роль в формировании единообразной правоприменительной практики по делам о нарушении антимонопольного законодательства в нашей стране принадлежит Апелляционной коллегии ФАС России. Несомненно, реализации этой функции будет способствовать введение практики подготовки научных обзоров наиболее значимых дел, рассмотренных Апелляционной коллегией антимонопольного ведомства [1].

В настоящей статье проблемы формирования единообразной правоприменительной практики рассматриваются на примере отдельных решений Апелляционной коллегии ФАС России по вопросам, связанным с правилами квалификации антимонопольных нарушений, предусмотренных ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, с необходимостью доказывания факта исполнения соглашения, запрещенного ст. 16 Закона о защите конкуренции, и реализацией права коллегиальных органов ФАС России направлять дело на новое рассмотрение в территориальный антимонопольный орган.

Согласно ч. 4 ст. 23 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» коллегиальные органы ФАС России, в том числе, пересматривают решения и (или) предписания территориальных органов федерального антимонопольного органа по делам о нарушении антимонопольного законодательства в случае, если такие решения и (или) предписания нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Апелляционная коллегия, Президиум ФАС России, пересматривая решения, предписания территориальных антимонопольных органов, зачастую выражают правовые позиции по отдельным, в том числе спорным, вопросам применения антимонопольного законодательства. Безусловно, такие позиции становятся неким «ориентиром» для последующей правоприменительной практики антимонопольных органов.

Несмотря на то, что внутриведомственная апелляция действует в антимонопольной службе менее четырех лет, коллегиальные органы ФАС России успели выразить не один десяток важных правовых позиций как относительно материально-правового регулирования, так и относительно процедурных вопросов рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства.

В настоящей работе авторы ставили своей целью определение общих, потенциально значимых для практики правовых позиций, выводов, выраженных коллегиальными органами ФАС России при пересмотре решений, предписаний территориальных антимонопольных органов, помогающих закрывать лакуны правового регулирования как по материальным, так и по процедурным вопросам, возникающим при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства. Отметим также, что большую работу по выявлению и системати-

зации важных правовых позиций, выражаемых коллегиальными органами ФАС России в процессе правоприменительной деятельности, делает Президиум ФАС России, утверждая Обзоры практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России [2].

Авторы обращают внимание на то, что выделяемый в настоящей работе «перечень» правовых позиций, принятых в порядке ведомственной апелляции, не является, безусловно, исчерпывающим. Авторы имели задачей показать актуальность правовых позиций и потенциальную возможность влияния последних на формирование единообразия правоприменительной практики, в том числе ведомственной апелляции ФАС России.

1. Если действия хозяйствующего субъекта содержат признаки нарушения, предусмотренного конкретным пунктом ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, то недопустимо осуществлять квалификацию таких действий как нарушение общего запрета злоупотребления доминирующим положением — в соответствии с ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

К такому выводу Апелляционная коллегия ФАС России пришла при рассмотрении жалобы на решение и предписание Омского УФАС России по делу № 04-05/09-2016¹.

Данный вывод основан, как представляется, на общеизвестном среди юристов правиле о приоритете специальной нормы права над общей. Статья 10 Закона о защите конкуренции предусматривает общий запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на каком-либо товарном рынке, таким положением. Собственно, квалификация по ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, предусматривающей в общем виде вышеуказанный запрет, возможна, однако только в случае, если имевшее место в реальности злоупотребление не подпадает ни под один из перечисленных в ч. 1 ст. 10 вышеуказанного Закона «специальных» пунктов.

Предположим, что хозяйствующий субъект, доля которого на рынке определенного товара превышает 50%, навязывает своему более слабому экономически контрагенту ненужные последнему невыгодные условия договора. В данном случае налицо, как представляется, нарушение лицом, занимающим доминирующее положение, запрета, предусмотренного п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, и именно такая квалификация должна быть вменяема нарушителю.

Из таких выводов исходит и судебная практика. Непосредственно в решении Апелляционной коллегии

¹ Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 10 мая 2017 г. по делу № 04-05/09-2016 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/documents/e1d92469-dcb4-44dc-9612-6097083da8aa/?query=04-05/09-2016>. Дата обращения: 12.08.2019.

ФАС России по делу № 04-05/09-2016 содержится ссылка в обоснование вышеназванной правовой позиции на постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25 сентября 2014 г. № Ф09-6050/14 по делу № А76-25521/2013².

Квалификация действия (бездействия) хозяйствующего субъекта в качестве злоупотребления доминирующим положением по ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции предполагает указание на конкретные признаки наличия (или угрозы наступления) недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц. Так, в Постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 5 марта 2015 г. по делу № А56-16901/2014³ отмечено:

«В данном случае квалификация управлением действий общества применительно к ч. 1 ст. 10 Закона № 135-ФЗ дана безотносительно прямо упомянутых в ней действий (бездействия), без указания на тот или иной пункт ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Вместе с тем в оспариваемом решении управлением не раскрыты конкретные признаки (обстоятельства, условия), указывающие на злоупотребление обществом своей экономической властью, на то, что при той или иной ошибочной, по мнению антимонопольного органа, трактовке обществом правил, действующих в сфере электроэнергетики, оно действовало (бездействовало) за допустимыми пределами осуществления гражданских прав, неразумно ограничивая и (или) необоснованно препятствуя контрагенту (сетевой организации) в реализации его прав, используя при этом свое доминирующее положение на товарном рынке».

Следование данной правовой позиции подтверждено и дальнейшей практикой ведомственной апелляции ФАС России⁴.

Таким образом, рассматриваемая правовая позиция отвечает сложившейся обоснованной судебной практи-

ке, помогает хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение на том или ином товарном рынке, не быть зачастую безосновательно привлеченным к ответственности как нарушившим положения антимонопольного законодательства.

2. Отсутствие необходимости доказывания факта исполнения соглашения, запрещенного ст. 16 Закона о защите конкуренции.

Данная позиция выражена в Решении Президиума ФАС России от 13 апреля 2016 г. по делу № А-136/16-15⁵.

Такой вывод в целом поддерживается антимонопольными органами, полагающими возможным признание субъекта нарушившим ст. 16 Закона о защите конкуренции только при достижении участниками соглашения договоренности, которая приводит либо потенциально может привести к неблагоприятным последствиям, указанным в ст. 16 указанного Закона. Так, в Решении Новгородского УФАС России от 16 августа 2016 г. по делу № 8⁶ был сделан следующий соответствующий позиции Президиума ФАС России вывод, несмотря на то, что была доказана реализация антиконкурентного соглашения, исключившая возможность участия других хозяйствующих субъектов в работах по обустройству пожарных водоемов, то есть она привела к ограничению, устранению, недопущению конкуренции:

«Доказывать факт реального исполнения соглашения не требуется, поскольку нарушение состоит в достижении участниками определенной договоренности, которая приводит или может привести к последствиям, перечисленным в ст. 16 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, заключая договор на оказание работ от 22.09.2015 № 24, Администрация и ИП <Р> должны были руководствоваться действующим законодательством, в том числе указанными выше нормативными правовыми актами, и не заключать антиконкурентное соглашение, нарушающее антимонопольное законодательство, что привело или могло привести к ограничению, устранению, недопущению конкуренции».

Представляется, что рассматриваемая позиция антимонопольного органа позволяет задуматься о «форме» запрета соглашений, предусмотренных ст. 16 Закона о защите конкуренции, в том числе, возможно, запрета

² Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25 сентября 2014 г. № Ф09-6050/14 по делу № А76-25521/2013 // Картоoteca арбитражных дел и решений. URL: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/eda4449e-7443-43ad-ace8-f8d65dde8723/6a8d5424-4bfc-469e-8065-bf45ccc43f5a/A76-25521-2013_20140925_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. Дата обращения: 12.08.2019.

³ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 5 марта 2015 г. по делу № А56-16901/2014 // Картоoteca арбитражных дел и решений. URL: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/c764dba2-e535-49cc-9b53-05a5dd35a850/679c70f5-318f-4058-8b67-af29284bd0d7/A56-16901-2014_20150305_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. Дата обращения: 12.08.2019.

⁴ Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 15 мая 2019 г. по делу № 05-125/2018 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/b582712b-e7bc-4a52-b766-0143b68bdccb/>. Дата обращения: 12.08.2019.

⁵ Решение Президиума ФАС России от 13 апреля 2016 г. по делу № А-136/16-15 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/documents/e392584f-d590-4e9c-928e-6ae524755604/?query=%E2%84%96%20%D0%90-136/16-15>. Дата обращения: 12.08.2019.

⁶ Решение Новгородского УФАС России от 16 августа 2016 г. по делу № 8 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/to/novgorodskoe-ufas-rossii/4462-02-e6be972a-7615-429e-a267-8529e3d5730f/?query=4462/02>. Дата обращения: 12.08.2019.

Ведомственная апелляция ФАС России: роль правовых позиций...

per se, которым повсеместно, в том числе в правоприменительной практике⁷, характеризуются картели.

Отметим, что позиция, относящая антиконкурентные соглашения с органами власти к запретам per se, не столь популярна. Так, в авторитетном Научно-практическом комментарии под редакцией руководителя ФАС России И. Ю. Артемьева при комментировании указанной правовой нормы отмечается, что «как следует из формулировки диспозиции комментируемой статьи, в отличие от запрета, содержащегося в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, запрет на антиконкурентные соглашения органа власти и хозяйствующего субъекта не является запретом per se, так как, помимо факта заключения такого соглашения, антимонопольный орган должен доказать, что в результате этого соглашения была или могла быть не допущена, ограничена или устранена конкуренция на товарном рынке» [3]. Из аналогичной позиции исходит, например, и А. В. Тесленко [4].

Указанный вывод подкреплялся, в том числе, ссылкой на судебную практику, в частности на Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 7 ноября 2013 г. по делу № А58-3798/2012 [5]. В этом судебном акте, на самом деле, содержится следующая правовая позиция: *«Следовательно, исполнение п. 2.15 договора может привести к ограничению конкуренции, так как потенциальными покупателями распределяемых квот могли бы выступить любые хозяйствующие субъекты, осуществляющие соответствующую деятельность, а не только предприятия, осуществляющие свою производственную деятельность на территории Республики Саха (Якутия)»*.

Данное обстоятельство (сама возможность ограничения конкуренции), как правильно посчитал суд апелляционной инстанции, является достаточным для квалификации противоправных действий правительства и общества по ст. 16 Закона о защите конкуренции».

Примечательно, что в Обзоре практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России (за период с 5 января 2016 г. по 1 июля 2018 г.), утв. протоколом Президиума ФАС России от 3 октября 2018 г. № 10, где, в частности, была выражена комментируемая правовая позиция, в п. 7

приведен аналогичный текстуально вывод об отсутствии необходимости доказывания фактического исполнения участниками картельного соглашения, запрещенного ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Как бы то ни было, представляется, что обсуждаемая правовая позиция ФАС России действительно справедлива и обоснованна, поскольку, на наш взгляд, структура норм, диспозиций, запрещающих картели и соглашения с органами власти, не предполагает доказывание антимонопольными органами реализации соответствующих антиконкурентных соглашений, поскольку они содержат указание лишь на возможность наступления неблагоприятных последствий, что выражено словами: «... приводят или могут привести». В этом смысле позиция представляется важной в преодолении вышеуказанного отсутствия единообразия в практике, доктрине.

3. Коллегиальные органы ФАС России вправе направлять дело на новое рассмотрение в территориальный антимонопольный орган.

Закон о защите конкуренции так же, как и иные нормативные правовые акты, не содержит указания на возможность направления коллегиальным органом ФАС России, рассматривающим жалобу на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа, дела на новое рассмотрение в соответствующее территориальное управление антимонопольной службы. Однако такое полномочие, нередко используемое в настоящее время, было фактически закреплено практикой внутриведомственной апелляции.

Так, например, решением Апелляционной коллегии ФАС России от 21 марта 2018 г. дело № 07-16-115/2017⁸ было направлено в Оренбургское УФАС России на новое рассмотрение с учетом позиции Коллегии ФАС России, выраженной в указанном решении. Аналогично Апелляционная коллегия поступила и в решении от 12 июля 2019 г. по делу № 30-К-05-18⁹. Интересно также, что в практике Апелляционной коллегии ФАС России имеется даже случай направления дела о нарушении законодательства о торговле (антимонопольных правил для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, и хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров) на новое рассмотрение в территориальное управление

⁷ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 декабря 2018 г. № 09АП-59437/2018 по делу № А40-160793/18 // Картотека арбитражных дел и решений. URL: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/85268e30-bab6-4f13-91e0-480fd9bce2e/d190b56e-b13a-494d-be79-cc289fef6fe1/A40-160793-2018_20181221_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. Дата обращения: 12.08.2019; Решение Новосибирского УФАС России от 28 июня 2019 г. по делу № 054/01/11-296/2019 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/to/novosibirskoe-ufas-rossii/ec70ac01-88a9-4522-9fb6-ed31b8ea6d4e/?query=054/01/11-296/2019>. Дата обращения: 12.08.2019.

⁸ Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 21 марта 2018 г. по делу № 07-16-115/2017 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-21623-18-b005cf97-fd05-4b8b-a7fc-9dc9acf566df/?query=07-16-115/2017>. Дата обращения: 12.08.2019.

⁹ Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 12 июля 2019 г. по делу № 30-К-05-18 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/efd2545f-be7b-40d5-b950-b5bc9c3367a6/>. Дата обращения: 12.08.2019.

ФАС России (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 8 августа 2018 г. по делу № 03-03/09-17)¹⁰.

Важность комментируемой позиции объясняется отсутствием законодательного регулирования данного вопроса. К сожалению, Комментарии по вопросам, возникающим при пересмотре коллегиальными органами ФАС России решений и предписаний территориальных органов ФАС России, являющиеся частью Доклада ФАС России с руководством по соблюдению обязательных требований, дающим разъяснение, какое поведение является правомерным, утв. Президиумом ФАС России (далее — Комментарии) [5], на сегодняшний день, вероятно, единственный акт, отражающий существенные вопросы ведомственной апелляции, разъяснений по направлению дел на новое рассмотрение не содержат.

Представляется, что существующая на практике позиция должна быть поддержана: при неполном исследовании территориальным антимонопольным органом обстоятельств и доказательств по делу возможно направление такого дела на новое рассмотрение. Логика такого решения, как представляется, следующая. Закон о защите конкуренции не предусматривает такого запрета, не указывает на то, что единственное последствие отмены решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа влечет принятие самим коллегиальным органом окончательного решения по данному делу.

Более того, общие принципы процессуального законодательства, как представляется, могут быть применимы и к порядку рассмотрения дел в порядке ведомственной апелляции. Такую позицию, при этом, фактически занимает и Президиум ФАС России в указанных Комментариях, прямо отмечая относительно вопроса о том, при каких условиях член коллегиального органа не может участвовать в рассмотрении жалобы, — также одной из нерешенных законодательно практически значимых проблем — возможность применения по аналогии общих принципов урегулирования ситуаций конфликта интересов, существующих в процессуальных кодексах. Учитывая законодательную возможность и привычку различных судебных инстанций направлять дело на новое рассмотрение в нижестоящий суд, что способствует более глубокому рассмотрению конкретного дела, было бы справедливо, по нашему мнению, зафиксировать на законодательном и (или) ведомственном уровне нормативного регулирования соответствующее полномочие коллегиальных органов ФАС России.

4. Нарушение разъяснений ФАС России — основание для отмены решения территориального антимонопольного органа.

Как указывается должностными лицами ФАС России, разъяснения, издаваемые ФАС России, в первую очередь

рассчитаны для руководства территориальными антимонопольными органами в процессе их деятельности [6]. При этом отмечается, что «если посмотреть судебную практику, решения, которые выносятся в ЕС, США, то можно заметить, что они ориентируются на разъяснения» [6].

Закрепляя в ряде решений указанную позицию, коллегиальные органы ФАС России, как представляется, идейно исходили из тех же позиций. Так, например, в решении Апелляционной коллегии ФАС России от 18 июля 2018 г. по делу № 1-14.6-247/78-01-16¹¹ был сделан следующий вывод относительно одного из разъяснений антимонопольной службы: *«антимонопольные органы должны руководствоваться Разъяснениями ФАС России от 08.07.2016 № ИА/46433/16 в целях определения конкретной меры ответственности в отношении лица, нарушившего антимонопольное законодательство»*. «Неучет» территориальным антимонопольным органом в данном деле указанной позиции ФАС России стал одним из оснований для отмены предписания Санкт-Петербургского УФАС России.

При этом согласно ч. 11 ст. 23 Закона о защите конкуренции основанием для изменения или отмены решения территориального антимонопольного органа является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства. Таким образом, фактически нарушение разъяснений ФАС России может считаться нарушением указанного единообразия, что, по нашему мнению, логично и справедливо, коль скоро то или иное разъяснение в любом случае, невзирая на ненормативный характер данных актов, выражает позицию антимонопольной службы по конкретным вопросам, в том числе правоприменения. Иное бы означало непоследовательность антимонопольного органа, разрабатывающего, с одной стороны, рекомендации территориальным антимонопольным органам, а с другой стороны — оставляющего, например, в силе решение территориального управления, идущее вразрез с выраженной ФАС России позицией.

Кроме того, необходимо помнить о том, что разъяснения по сути своей являются «комментированием» закона: они раскрывают тексты нормативных актов, их суть, однако не дополняют и не изменяют их, поскольку не являются подзаконными нормативными актами. Так, в одном из недавних судебных дел арбитражный апелляционный суд признал незаконным и отменил постановление о привлечении к административной ответственности, отметив следующее: *«Однако ответчиком не учтено, что со вступлением в силу Федерального закона от 13.07.2015 № 250-ФЗ “О внесении изменений в Федеральный за-*

¹⁰ Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 8 августа 2018 г. по делу № 03-03/09-17 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/09-70344-18/?query=03-03/09-17>. Дата обращения: 12.08.2019.

¹¹ Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 18 июля 2018 г. по делу № 1-14.6-247/78-01-16 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/1-14-6-247-78-01-16-ed23d250-18a4-44c7-93f0-d6a7c28bf00c/?query=1-14.6-247/78-01-16>. Дата обращения: 12.08.2019.

Ведомственная апелляция ФАС России: роль правовых позиций...

кон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» нормам ст. 9.21 КоАП РФ придан специальный по отношению к нормам ст. 14.31 КоАП РФ характер. На данное обстоятельство обращено внимание в п. 2 Разъяснений № 7 Президиума ФАС России от 30.11.2016 № 15»¹².

Интересно, что выводы ФАС России, изложенные в многочисленных разъяснениях, зачастую принимаются во внимание и судами, помогают в разрешении, формировании правовой позиции при разрешении судебно-арбитражных дел. Так, например, использование положений ст. 4 Закона о защите конкуренции и выводов Разъяснения № 2 Президиума ФАС России «“Вертикальные” соглашения, в том числе дилерские соглашения», утв. протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. № 3, позволило квалифицировать действия хозяйствующего субъекта в качестве действий в рамках вертикальных соглашений¹³.

Заключение

Анализ отдельных правовых позиций коллегиальных органов ФАС России, приведенный в настоящей работе, показывает, какое влияние зачастую полученные в процессе ведомственной апелляции выводы оказывают на развитие правоприменительной практики, причем как досудебной, так и судебной. Более того, такие правовые позиции, будучи основанными на законе и применяемыми только во исполнение закона, помогают определиться со спорными в доктрине и на практике моментами, выражая, как минимум, позицию антимонопольной службы по конкретному вопросу. Как представляется, следование таким позициям антимонопольными органами, органами власти, бизнесом, потребителями и иными субъектами правоотношений может и должно привести к единообразию правоприменительной практики, что, по нашему мнению, должно оцениваться положительно. ■

¹² Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 28 марта 2019 г. № 02АП-450/2019 по делу № А28-9463/2018 // Картоoteca арбитражных дел. URL: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/bebd941c-01da-409b-b8ef-9f281347ae0c/5ef9a155-77cf-4ffb-b4e4-4c3f7e2b73a8/A28-9463-2018_20190328_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. Дата обращения: 23.08.2019.

¹³ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 16 ноября 2018 г. № Ф06-26208/2017 по делу № А65-3750/2017 // Картоoteca арбитражных дел. URL: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1d321653-2149-4b2a-9294-a7ad6b4cacb8/a497e157-1202-4042-9a83-dca7e1f3877f/A65-3750-2017_20181116_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. Дата обращения: 12.08.2019; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 мая 2019 г. № 13АП-5891/2019 по делу № А56-86103/2018 // Картоoteca арбитражных дел. URL: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/70aa5b64-3b8d-4747-865c-dbaeed3322e2/7898ae74-fa0c-4fe0-82f2-9f248bc66c2a/A56-86103-2018_20190530_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. Дата обращения: 12.08.2019.

Литература

1. Алешин К. Н. Практика Апелляционной коллегии ФАС России (научный обзор наиболее значимых дел) // Российское конкурентное право и экономика. 2019. № 1. С. 68—71.
2. Обзор практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России (за период с 5 января 2016 г. по 1 июля 2018 г.), утв. протоколом Президиума ФАС России от 3 октября 2018 г. № 10 // Официальный сайт ФАС России. URL: <http://fas.gov.ru/documents/b-n-459554b2-765e-4662-b467-59e017e81f62>. Дата обращения: 12.08.2019.
3. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К. Н. Алешин, И. Ю. Артемьев, Е. А. Большаков и др.; отв. ред. И. Ю. Артемьев. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. 1024 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Дата обращения: 12.08.2019.
4. Тесленко А. В. К вопросу о конкуренции некоторых норм антимонопольного законодательства (ст. 11, 11.1, 15, 16, 17 Закона о защите конкуренции) // Юрист. 2018. № 11. С. 65—71; № 12. С. 59—66. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Дата обращения: 12.08.2019.
5. Доклад ФАС России с руководством по соблюдению обязательных требований, дающим разъяснение, какое поведение является правомерным, утв. Президиумом ФАС России // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/611959>. Дата обращения: 12.08.2019.
6. Цыганкова В. ФАС уполномочен разъяснить [Интервью с А. В. Молчановым] // Конкуренция и право. 2016. № 3. С. 5—9.

Сведения об авторах

Москвитин Олег Андреевич: заместитель директора Института конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов

Контактная информация

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., д. 23, стр. 6
тел.: +7 (495) 783-74-50
E-mail: O.Moskvitin@rospravo.ru

Бочинин Илья Павлович: юрист Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Контактная информация

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., д. 23, стр. 6
Тел.: +7 (495) 783-74-50
E-mail: I.Bochinin@rospravo.ru

Редколлегия журнала (совместно с Правовым управлением ФАС России и Ассоциацией антимонопольных экспертов) в рамках постоянной рубрики продолжает публикацию ежеквартального научного обозрения наиболее значимых решений Апелляционной коллегии ФАС России. Вашему вниманию представлены три решения, вынесенные во II квартале 2019 г.

Практика Апелляционной коллегии ФАС России (научный обзор наиболее значимых дел, рассмотренных во II квартале 2019 г.)

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

А. В. Молчанов,
начальник Правового управления
ФАС России, заместитель
председателя Апелляционной
коллегии ФАС России,
г. Москва

Первое из представленных решений является важным с точки зрения правильной квалификации действий хозяйствующих субъектов, в чьих действиях содержатся признаки злоупотребления доминирующим положением. Так, при выявлении в действиях хозяйствующего субъекта признаков нарушения антимонопольного законодательства путем установления монополично высокой цены такие действия подлежат оценке и квалификации по п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции с применением подходов, содержащихся в Разъяснении № 1 Президиума ФАС России «Определение монополично высокой и монополично низкой цены товара»¹.

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 15 мая 2019 г. по делу № 05-125/2018

Татарстанским УФАС России дело о нарушении антимонопольного законодательства было возбуждено на основании заявления Аэропорта по вопросу необоснованного установления со стороны ФГБУ «У» монополично высокой стоимости услуг по передаче метеорологических данных.

Решением Татарстанского УФАС России в действиях ФГБУ «У» выявлено нарушение ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, что выразилось в установлении экономически необоснованной цены на услуги по предоставлению метеорологической информации. Также ФГБУ было выдано предписание о прекращении нарушения путем определения экономически обоснованной стоимости договора, заключенного между ФГБУ «У» и Аэропортом на услуги по передаче метеорологической информации из банка данных Росгидромета, с учетом замечаний и требований, отраженных в решении Комиссии Татарстанского УФАС России.

Отменяя решение и предписание Татарстанского УФАС России, Апелляционной коллегией было указано следующее.

Дело было возбуждено по признакам нарушения п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, выразившегося в установлении, поддержании монополично высокой цены товара. Однако в решении по делу антимонопольный орган пришел к выводу о необходимости квалификации действий ответчика по ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции без указания на установление им монополично высокой цены оказываемой услуги.

Как отметил Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 29 января 2015 г. № 185-О, в ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции называются

¹ Разъяснение № 1 Президиума ФАС России «Определение монополично высокой и монополично низкой цены товара» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 10.02.2016 № 2) // <http://fas.gov.ru>. Дата обращения: 01.09.2019.

Практика Апелляционной коллегии ФАС России

наиболее распространенные виды злоупотреблений доминирующим положением, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции, а также ущемление интересов других лиц. Из содержания данной нормы следует, что в ней приведен лишь примерный общий перечень запрещенных действий, а соответственно, он носит открытый характер².

При этом если действия хозяйствующего субъекта содержат признаки нарушения, предусмотренного конкретным пунктом ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, то недопустимо осуществлять квалификацию таких действий, как нарушение общего запрета злоупотребления доминирующим положением — в соответствии с ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции (например, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25 сентября 2014 г. № Ф09-6050/14 по делу № А76-25521/2013).

Также согласно п. 1 Обзора практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России, утвержденного протоколом Президиума ФАС России от 3 октября 2018 г. № 10, действия хозяйствующего субъекта не могут быть квалифицированы по ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции без указания конкретного пункта, если такие действия содержат признаки нарушения, предусмотренного конкретным пунктом ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, Апелляционной коллегией установлено, что Татарстанским УФАС России не применен подход к определению монопольно высокой цены, закрепленный в Разъяснении № 1 Президиума ФАС России, в связи с чем решение и предписания Татарстанского УФАС России нарушают единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства, и как следствие, указанные акты подлежат отмене.

Вместе с тем Апелляционная коллегия также пришла к выводу, что в действиях ФГБУ «У» могут содержаться признаки нарушения, предусмотренного п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, в части установления монопольно высокой цены на предоставление метеорологических услуг на территории Республики Татарстан, в связи с чем дело направлено на новое рассмотрение в территориальный антимонопольный орган.

В следующем решении Апелляционная коллегия ФАС России пришла к важным выводам о возможности

заключения договора с единственным поставщиком в рамках законодательства о контрактной системе.

- Процедура заключения договора с единственным поставщиком в рамках законодательства о контрактной системе подлежит применению в случаях отсутствия конкурентного рынка либо невозможности осуществления конкурентных способов определения поставщика для удовлетворения нужд заказчика.
- Если основанием возникновения права заказчика на заключение договора с единственным поставщиком выступает закон субъекта Российской Федерации, принятый без учета указанных обстоятельств, антимонопольный орган вправе обратиться в суд с административным иском о признании такого нормативного акта недействующим.

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 23 апреля 2019 г. по делу № 02-08-59-2018

Дело № 02/08-59-2018 было возбуждено Курским УФАС России по заявлению Общества по признакам нарушения Комитетом образования и предприятием п. 4 ст. 16 Закона о защите конкуренции, выразившегося в реализации соглашения о размещении государственного заказа на оказание услуг по обеспечению функционирования и технической поддержки региональной информационной системы в сфере образования у единственного поставщика без проведения конкурентной закупки (торгов), предусмотренной Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе)³ и заключении государственного контракта на оказание услуг по обеспечению функционирования и технической поддержке региональной информационной системы в сфере образования (далее также — Контракт).

Установлено, что рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства Курским УФАС России приостанавливалось до вступления в силу решения суда по делу об оспаривании постановления Курского УФАС России по делу об административном правонарушении, которым председатель Комитета образования привлечен к административной ответственности по ч. 2 ст. 7.29 КоАП РФ за заключение государственного контракта с предприятием без проведения конкурентной закупки в нарушение требований законодательства о контрактной системе. После вступления в силу решения суда рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства было возобновлено.

² Определение Конституционного Суда РФ от 29.01.2015 № 185-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Запрягаева Александра Борисовича на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» и положениями ст. 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_137727/. Дата обращения: 01.09.2019.

³ См.: СЗ РФ. 08.04.2013. № 14. Ст. 1652.

Ленинским районным судом было указано, что предмет заключенного контракта, а именно весь объем предусмотренных контрактом услуг, соответствует определенным Законом Курской области от 25 сентября 2014 г. № 65-ЗКО (далее — Закон № 65-ЗКО) полномочиям предприятия как единственного поставщика, и возможность определения исполнителя соответствующих услуг конкурентным способом у заказчика отсутствовала, в связи с чем Комитет образования и науки Курской области правомерно руководствовался п. 6 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе, предоставляющим заказчику возможность осуществления закупки у единственного поставщика.

Таким образом, при осуществлении рассматриваемой закупки Комитетом образования не был нарушен порядок заключения контракта с единственным поставщиком, предусмотренный Законом о контрактной системе.

На основании изложенного, руководствуясь ч. 1 ст. 48 Закона о защите конкуренции, Курское УФАС России приняло решение о прекращении рассмотрения дела в связи с отсутствием в действиях предприятия и Комитета нарушения антимонопольного законодательства.

Апелляционной коллегией при рассмотрении настоящего дела отмечено следующее.

Как следует из материалов дела, между Комитетом образования и предприятием заключен Контракт на оказание услуг по обеспечению функционирования и технической поддержке региональной информационной системы в сфере образования (РИСО).

В качестве основания для заключения данного контракта без проведения конкурентной процедуры закупки указаны п. 6 ч. 1 ст. 93 Закона о контрактной системе и Закон № 65-ЗКО.

Таким образом, поскольку при принятии решения о заключении с предприятием рассматриваемого Контракта как с единственным поставщиком Комитет образования руководствовался законодательным актом субъекта Российской Федерации, а именно Законом № 65-ЗКО, определяющим полномочия предприятия по выполнению работ, являющихся предметом указанного контракта, то в рассматриваемом случае действия Комитета образования и предприятия по заключению такого контракта не могут быть признаны нарушающими антимонопольное законодательство.

Вместе с тем, принимая во внимание, что рассматриваемая ситуация стала возможной исключительно в связи с положениями Закона № 65-ЗКО, Апелляционной коллегией было отмечено следующее.

Основания для осуществления закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) установлены ст. 93 Закона о контрактной системе. Данная норма применяется в случаях отсутствия конкурентного рынка либо невозможности осуществления конкурентных способов определения поставщика для удовлетворения нужд заказчика.

Апелляционная коллегия констатирует, что Законом № 65-ЗКО фактически установлена исключительность полномочий по выполнению предприятием работ по обеспечению функционирования региональных информационных систем органов исполнительной власти Курской области и подведомственных им учреждений и предприятий.

Согласно апелляционному Определению Верховного Суда Российской Федерации от 25 октября 2017 г. № 78-АПГ 17-17 органы государственной власти субъектов Российской Федерации могут принимать правовые акты, предусматривающие способ определения поставщика (подрядчика, исполнителя) путем осуществления закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) исключительно в случаях, установленных Законом о контрактной системе, в том числе если подведомственные органу исполнительной власти предприятия обладают исключительными полномочиями в определенной сфере деятельности, которые не могут быть выполнены иными субъектами в силу прямого указания об этом в нормативных правовых актах.

Из п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» следует, что требования по заявлению антимонопольных органов в суд о признании недействующими актов органов власти, подаваемые в связи с нарушением органами власти ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции, подлежат удовлетворению в случае, если в оспариваемых актах органов власти не указана конкретная норма федерального закона, разрешившая органу власти принять оспариваемый акт.

Поскольку в рассматриваемом случае основанием для заключения Контракта являлось наделение предприятия полномочиями по выполнению работ, являющихся, в свою очередь, предметом заключенного Контракта, в нарушение требований Закона о контрактной системе и Закона о защите конкуренции, то Закон № 65-ЗКО, которым были установлены такие полномочия, должен рассматриваться как ограничивающий конкуренцию и создающий необоснованные препятствия для осуществления предпринимательской деятельности.

На основании изложенного ФАС России в порядке ст. 23 Закона о защите конкуренции подано административное исковое заявление о признании Закона № 65-ЗКО недействующим.

В решении, завершающем сегодняшний обзор, Апелляционная коллегия ФАС России пришла к выводу о том, что в качестве акта недобросовестной конкуренции могут быть квалифицированы действия хозяйствующих субъектов, входящих в одну группу лиц, которые по совокупности прямых и косвенных доказательств свидетельствуют о реализации недобросовестной модели поведения на торгах, направленной на создание необоснованных преимуществ одному из таких хозяйствующих субъектов (в частности, реализация схемы «таран»).

Практика Апелляционной коллегии ФАС России

Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 16 мая 2019 г. по делу № 20

В Липецкое УФАС России поступили обращения охраняемых организаций с жалобами на результаты и процедуру проведения открытого аукциона в электронной форме.

По результатам рассмотрения данных обращений Липецким УФАС России на основании ст. 39.1 Закона о защите конкуренции ООО «У» было выдано предупреждение о необходимости устранения причин и условий, способствовавших возникновению признаков нарушения ст. 14.8 Закона о защите конкуренции, путем перечисления в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие недобросовестного поведения хозяйствующих субъектов, входящих в группу лиц.

В установленные сроки предупреждение не было исполнено, в связи с чем Липецким УФАС России было возбуждено дело в отношении группы лиц в составе Обществ по признакам нарушения ст. 14.8 Закона о защите конкуренции.

В рамках рассмотрения дела установлены следующие обстоятельства.

Анализ хода проведения закупочной процедуры показал, что действия (бездействие) участников группы лиц характеризуются единой групповой моделью поведения, была применена схема «таран»: после подачи ценового предложения одного участника происходит последовательная подача ценовых предложений от иных участников картеля с целью снижения цены до экономически нецелесообразного для добросовестных участников уровня. В дальнейшем заявки указанных демпинговавших участников отклоняются в связи с заведомым несоответствием вторых частей заявок требованиям Закона о контрактной системе, победителем определяется участник сговора, чья заявка соответствовала требованиям законодательства и чье предложение о цене оказалось последним из допущенных.

Вышеизложенные действия Обществ, входящих в группу лиц, не были квалифицированы Липецким УФАС России как нарушение ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции в связи с тем, что на них распространяются положения ч. 7 и 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Вместе с этим Липецким УФАС России указанные действия группы лиц при участии в рассматриваемом аукционе были квалифицированы по ст. 14.8 Закона о защите конкуренции, в связи с тем что действия группы лиц при участии в электронном аукционе направлены на получение необоснованных преимуществ ООО «У», противоречат законодательству Российской Федерации, требованиям добросовестности, разумности и спра-

ведливости и способны причинить убытки конкурентам в форме упущенной выгоды (не полученного от исполнения контракта дохода), следовательно, являются актом недобросовестной конкуренции.

Жалобы группы лиц оставлены Апелляционной коллегией без удовлетворения, принятые по делу акты оставлены без изменения с учетом следующего.

На основе анализа имеющихся в материалах дела документов и доказательств Апелляционная коллегия констатирует, что при проведении аукциона Обществами была реализована схема «таран» для последующего заключения контракта с ООО «У» с минимальным снижением НМЦК. Данные действия группы лиц свидетельствуют о заключении между ними соглашения с целью поддержания цен на торгах.

Как следует из материалов дела, данные хозяйствующие субъекты подконтрольны одному физическому лицу, в связи с чем действия Обществ не подлежали квалификации по п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

При этом ст. 14.8 Закона о защите конкуренции предусмотрен общий запрет на совершение акта недобросовестной конкуренции.

Как указал Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Постановлении от 17 февраля 2011 г. № 11 «О некоторых вопросах применения особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях», при квалификации правонарушения как недобросовестной конкуренции следует обратить внимание на цель совершения противоправных действий. Для такой квалификации она должна быть направлена на получение преимуществ перед конкурентами при осуществлении предпринимательской деятельности.

С учетом всех фактических обстоятельств, установленных Липецким УФАС России, Апелляционная коллегия согласилась с выводами антимонопольного органа, что вышеуказанные действия группы лиц при участии в аукционе являются противоправными, направлены на получение преимуществ перед другими участниками аукциона и могли причинить им убытки.

При этом материалами дела подтверждается стратегия группы лиц, направленная на обеспечение победы в аукционе ООО «У», состоящего в группе лиц с ООО «К» и ООО «С».

Следовательно, действия группы лиц в составе ООО «У», ООО «К» и ООО «С» при участии в аукционе правомерно квалифицированы антимонопольным органом в качестве акта недобросовестной конкуренции, запрет на которую предусмотрен ст. 14.8 Закона о защите конкуренции. ■

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 (титальный 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, потребуется 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 высылается, с ней можно ознакомиться в редакции.

Если статья не принимается к печати, автору высылается 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, междустрочный интервал — одинарный или полуторный. Страницы должны быть пронумерованы.

Файл со статьей должен содержать:

- 1) титульный лист (на русском и английском языке);
- 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

Таблицы и рисунки рекомендуется 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 предоставляться 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 прочитываться текст и все значимые элементы.

Формулы

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 рекомендуется 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 составляется 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 с аспирантов 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, 2019

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 18.09.2019

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
Почта России, индекс ПЗ480