

Российское конкурентное право и экономика

Научно-практический электронный журнал

№ 3(16) 2015

25  ЛЕТ

АНТИМОНОПОЛЬНОМУ РЕГУЛИРОВАНИЮ В РОССИИ



Федеральная антимонопольная служба



**Федеральная
антимонопольная
служба**



Федеральная Антимонопольная Служба

СОДЕРЖАНИЕ

4 ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

ИНТЕРВЬЮ

6 СИНЕРГИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*ИНТЕРВЬЮ С РУКОВОДИТЕЛЕМ ФАС РОССИИ
АРТЕМЬЕВЫМ И.Ю.*

РУКОВОДИТЕЛЬ СТАВИТ ПРОБЛЕМУ

11 К ВОПРОСУ О РЕГУЛИРОВАНИИ КОНКУРЕНЦИИ В ОТРАСЛЕВОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

БАШЛАКОВ-НИКОЛАЕВ И.В.

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

18 ПРОГРАММА ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ЗАКЛЮЧЕНИЕ ОГРАНИЧИВАЮЩИХ КОНКУРЕНЦИЮ СОГЛАШЕНИЙ

Кулик Я.В.

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО

КОММЕНТАРИЙ СПЕЦИАЛИСТА

22 25 ЛЕТ МЕЖДУНАРОДНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА

*ДАВЫДОВА Л.Е.,
Ойнвид Т.Н.*

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

28 ИНСТИТУТ АНАЛИЗА РЫНКОВ: В НОГУ СО ВРЕМЕНЕМ

*Полищук А.В.,
Горшкова Е.А.*

34 КОММЕНТАРИЙ ФАС РОССИИ. ПРОДУКТОВОЕ РАЗНООБРАЗИЕ НА РЫНКАХ УПАКОВКИ

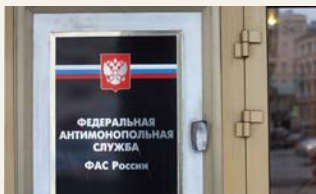
ГАЛИМХАНОВА Н.Ф.



Должны ли вопросы
защиты конкуренции
регулироваться отраслевым
законодательством?
Стр. 11



От технического
взаимодействия
к совместным
расследованиям.
Стр. 22



Анализ рынка —
исключительная
прерогатива ФАС России?
Стр. 28



Юридическая ответственность за несоблюдение требований Закона № 57-ФЗ.
Стр. 36



Обладает ли международный роуминг признаками трансграничности?
Стр. 47



Опыт Краснодарского УФАС России.
Стр. 61

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

СПЕЦИАЛИЗАЦИЯ

36 ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ НЕСОБЛЮДЕНИЯ ТРЕБОВАНИЙ ЗАКОНА ОБ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЯХ В СТРАТЕГИЧЕСКИЕ ОБЩЕСТВА

Осипчук Е. Л.

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

41 СУПЕРФИЦИЙ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Гуленков М. С.

АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ КОНТРОЛЬ

МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА

47 ВОПРОСЫ ОТНЕСЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО РОУМИНГА К ТРАНСГРАНИЧНОМУ РЫНКУ

*Рого А. В.,
Войченко С. В.,
Недыхалов В. Ю.*

МНЕНИЕ

МЕНЕДЖМЕНТ КАЧЕСТВА

52 КАК ВНЕДРИТЬ КЛЮЧЕВЫЕ ПОКАЗАТЕЛИ ЭФФЕКТИВНОСТИ ИЛИ «ОТ ДОБРА ДОБРА НЕ ИЩУТ»

Ремезов Н. И.

РЕГИОНАЛЬНАЯ ПРАКТИКА

ОБМЕН ОПЫТОМ

61 НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

Оберемок В. В.

УЧЕБНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ РАЗДЕЛ

68 РЫНОЧНАЯ ВЛАСТЬ И ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ЗАВИСИМОСТЬ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ПРАВА КОНКУРЕНЦИИ

Пранавера Кёлези

ДОРОГИЕ ЧИТАТЕЛИ!

В 2015 году мы отмечаем важную дату — 25 лет антимонопольного регулирования в России. За это время, и в частности за последние 10 лет, антимонопольный орган проделал огромную работу, чтобы приблизиться к лучшим практикам тех стран, где антимонопольное законодательство применяется на протяжении уже нескольких десятков лет. Деятельность Федеральной антимонопольной службы оценена ежегодным международным рейтингом эффективности конкурентных ведомств Всемирного обзора по конкуренции (*Global Competition Review, GCR*) на основании опроса экспертного сообщества и представителей СМИ, в котором также отмечена ее открытость и эффективность. 25-летию юбилею антимонопольного ведомства была посвящена Неделя конкуренции с участием гостей из зарубежных стран и Президента Российской Федерации.

Мы рады, что очередной номер журнала «Российское конкурентное право и экономика» был подготовлен совместно ФАС России и Некоммерческим партнерством «Содействие развитию конкуренции». Это уже стало доброй традицией и позволяет нам каждый год в преддверии конференции «Антимонопольное регулирование в России» освещать самые актуальные вопросы антимонопольной сферы, предоставлять бизнесу и экспертному сообществу площадку для обсуждения наиболее острых проблем, анализировать внедрение новых институтов, находить взвешенные конструктивные решения главных вопросов регулирования конкуренции.

Важная составляющая выпуска — интервью с руководителем ФАС России Игорем Юрьевичем Артемьевым, в котором глава конкурентного ведомства отвечает на наиболее острые на данный момент вопросы, имеющие с учетом последних событий принципиальное значение для экспертного и бизнес-сообщества: о регулировании параллельного импорта, о передаче ФАС России полномочий в сфере гособоронзаказа, о ФСТ и тарифообразовании, о необходимости введения института антимонопольного комплаенса и т.д. Другие, не менее актуальные на сегодняшний день темы нашли свое отражение в статьях и комментариях, предлагаемых вниманию читателя.

В течение всего прошедшего года Партнерство продолжало вести активную работу в самых разных плоскостях: был подготовлен Доклад об анализе ключевых направлений деятельности ФАС России, вошедший в ежегодный Доклад о состоянии конкуренции в нашей стране, совместно с Ассоциацией европейского бизнеса разрабатывается Кодекс добросовестных практик фармацевтических производителей.

Большим достижением сотрудничества ФАС России и НП «Содействие развитию конкуренции» стал выпуск постатейного научно-практического комментария к Федеральному закону «О защите конкуренции».

В законотворческой деятельности стоит отдельно выделить совместную работу экспертов ФАС России и Партнерства над «четвертым антимонопольным пакетом». Немалую часть поправок ко 2-му чтению в Государственной Думе составили изменения, подготовленные членами НП.

Продолжается активная деятельность рабочих групп Партнерства и конкурентного ведомства России по подготовке предложений и концепции поправок по общественной экспертизе и рассмотрению жалоб на решения территориальных органов ФАС России в Президиуме ФАС России, по изменениям в регламент проведения проверок (Приказ ФАС России № 340), программе освобождения от ответственности за антиконкурентные соглашения (*leniency program*), Проекту Постановления Правительства касательно новых общих исключений по вертикальным соглашениям (взамен Постановления Правительства № 583), совершенствованию порядка рассмотрения жалоб (заявлений) о нарушении антимонопольного законодательства при проведении торгов, внедрению антимонопольного комплаенса, изменениям в Приказ ФАС России № 129 от 17.04.2008 (Об утверждении формы предоставления сведений при обращении с ходатайствами и уведомлениями), а также в соответствующие регламенты, по общим условиям развития частных исков, подготовке разъяснений ФАС России по ряду вопросов применения КоАП РФ, по созданию постатейного комментария к Закону об инвестициях в стратегические компании № 57-ФЗ, а также над мероприятиями Плана методической помощи ФАС России. В 2015 году приступили к работе совместные группы по совершенствованию нормативно-правовой базы в сфере гособоронзаказа, доработке законопроекта о внесении изменений в 57-ФЗ и 160-ФЗ, подготовке разъяснений по порядку и методике анализа условий о неконкуренции в сделках МЭА, разработке методических рекомендаций по соотношению *FCPA/UK Bribery Act* и АМЗ.

Мы благодарим всех экспертов Партнерства и сотрудников ФАС России за проделанную в этом году работу, за открытый и эффективный диалог, в ходе которого вырабатываются механизмы, позволяющие успешно справляться с политическими и экономическими вызовами текущего времени.

Председатель Генерального совета
НП «Содействие развитию конкуренции», советник АБ
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»
Нумерова А. А.

Главный редактор научно-практического
электронного журнала
«Российское конкурентное право и экономика»,
помощник руководителя ФАС России
Сушкевич А. Г.

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 1

№ 3(16) 2015

В интервью «**Синергия антимонопольного законодательства**» руководитель ФАС России **Игорь Юрьевич Артемьев** освещает такие актуальные на сегодняшний день темы, как легализация параллельного импорта на уровне Евразийского экономического союза, основные принципы проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, внедрение и необходимость нормативного закрепления антимонопольного комплаенса, действующие критерии отнесения хозяйствующих субъектов к естественным монополиям, приоритеты антимонопольного регулирования в сфере гособоронзаказа, и отвечает на другие, не менее важные для юридического и бизнес-сообщества вопросы.

Начальник Юридического управления Федеральной антимонопольной службы кандидат экономических наук, магистр права **Игорь Васильевич Башлаков-Николаев** в статье «**К вопросу о регулировании конкуренции в отраслевом законодательстве**» исследует существующую практику и мнения ученых по данной проблеме и предлагает современный подход к пониманию необходимости в сложившихся экономических условиях регулировать вопросы защиты конкуренции посредством отраслевых норм.

СИНЕРГИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

По сложившейся за несколько последних лет традиции руководитель ФАС России Игорь Юрьевич Артемьев отвечает на вопросы членов некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции» по наиболее актуальным на сегодняшний день темам антимонопольного регулирования в России: регулирование параллельного импорта, естественные монополии, судебная реформа, возмещение судебных издержек. В интервью подробно освещаются и другие важные направления конкурентной политики ФАС России.

Игорь Юрьевич, в первую очередь хотелось бы спросить, чем объясняется столь высокая стоимость бензина при такой низкой цене на нефть?

Мировые цены на нефть незначительно влияют на стоимость бензина. В стоимость литра бензина входит около 10% стоимости нефти, при этом цена бензина на внутреннем рынке Российской Федерации формируется по другим принципам.

Так, в Российской Федерации с 1 января 2015 года вступили в действие поправки в Налоговый кодекс РФ. Согласно так называемому «налоговому маневру», налог на добычу полезных ископаемых увеличился в два раза, и, как следствие, с начала года на 25–30% выросла цена на нефть.

Когда заработает правовая база для регулирования параллельного импорта?

Для легализации параллельного импорта на уровне Евразийского экономического союза необходимо принять соответствующее изменение в Договор о ЕАЭС, наделяющее один из органов Союза полномочиями по определению перечня товаров, в отношении которых станет применяться международный принцип исчерпания прав.

Для определения перечня таких товаров следует разработать и оформить в нормативной форме документ, но вот какой именно сейчас точно сказать нельзя. Возможно, он будет утвержден Коллегией ЕЭК.

Кроме того, требуется утвердить критерии отбора этих товаров, а на уровне законодательства ЕАЭС и национальных законодательств каждой из стран принять нормы, регулирующие порядок их ввоза. В новых нормах будут закреплены особенности таможенного контроля, направленные



на минимизацию рисков, которые могут возникнуть при ввозе товаров параллельными импортерами. Особые меры таможенного контроля планируется предусмотреть в отношении товаров с высоким риском контрафакта. В первую очередь это касается фармацевтической продукции. Для нее, скорее всего, будет установлен ввоз через специализированные таможенные посты, оснащенные всем необходимым для хранения товаров, проведения экспертизы и направления запроса правообладателям.

В отношении остальных товаров, не требующих проведения экспертизы, планируется принять нормы по таможенному контролю в части предоставления дополнительных документов, подтверждающих их подлинность: регистрационные документы, сертификаты, информация от правообладателя и т.д. Этот список будет утвержден во время выработки такого порядка.

Первый этап, связанный с разработкой предложений критериев отбора товаров, предполагается завершить уже к концу этого года. Надеемся, что вся правовая база для регулирования параллельного импорта будет сформирована в 2016 году.

ИНТЕРВЬЮ

Сама идея легализации параллельного импорта уже была вынесена на обсуждение Евразийской экономической комиссии. На сегодня сформирована единая позиция Российской Федерации. Она вырабатывалась в ходе дискуссий с участием органов исполнительной власти: это и Минэкономразвития РФ, и Минпромторг РФ, и ФТС России. Достигнуто согласие в том, что легализация параллельного импорта целесообразна в отношении как минимум отдельных видов товаров.

Сейчас на уровне Евразийского экономического союза рассматривается, в том числе, вопрос, на какой основе — постоянной или временной — будет введен параллельный импорт. По результатам принятого решения на совете ЕЭК на основании предложений Российской Федерации подготовлен проект протокольного решения совета ЕЭК по дальнейшей работе по легализации параллельного импорта. Протокол уже подписал Игорь Шувалов, первый заместитель председателя Правительства Российской Федерации. Сейчас документ должен быть направлен на подпись в другие страны ЕАЭС, и мы надеемся на поддержку нашей позиции и успешное продолжение работы.

Будет ли ФАС России готовить критерии отнесения поименованных видов деятельности к стратегическим?

ФАС России постоянно анализирует перечень стратегических видов деятельности. Работа ведется в двух направлениях: мы рассматриваем информацию с точки зрения необходимости исключить какие-то виды деятельности, а также дополнить перечень другими, имеющими особое значение для обеспечения обороны и безопасности государства.

Так, в 2011 году из стратегических видов деятельности исключили шифрование и криптографию для коммерческих банков, а также эксплуатацию радиационных источников в гражданском секторе экономики, в 2014 году — деятельность, связанную с использованием возбудителей инфекционных заболеваний в пищевой промышленности.

В 2014 году были добавлены три вида деятельности, относящиеся к обеспечению транспортной безопасности, а также изменены критерии отнесения СМИ к стратегам.

Как сказалась на правоприменительной практике ФАС России судебная реформа в Российской Федерации?

В результате реформирования судебной системы и изменения порядка обжалования ненормативных актов органов власти в Верховный Суд РФ мы столкнулись с рядом проблем. К их числу, например, можно отнести пересмотр постановлений о привлечении к административной ответственности

без вызова сторон. Учитывая сложность антимонопольных споров, требуется предусмотреть очный порядок рассмотрения таких постановлений.

Планирует ли ФАС России ликвидировать собственную «монополию» на проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке и допустить независимых экспертов-экономистов, например, в процесс рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства?

Никакой «монополии» у нас нет. Возможность проводить анализ состояния конкуренции на товарном рынке независимыми экспертами закреплена законодательно принятием в 2006 году Закона о защите конкуренции. Участники дела могут подать нам ходатайство о проведении экспертизы независимыми экспертами-экономистами, в том числе, в форме анализа рынка. Или обратиться в суд, если дело находится в суде. Они могут и сами приобрести к материалам дела результаты независимой экспертизы. Например, по делу в отношении компании *Google*, рассмотрение которого как раз недавно завершилось в ФАС России, поступило несколько вариантов независимых экспертиз рынка. И каждая из них была рассмотрена.

ФАС России также может заказать проведение анализа рынка. Сейчас, например, у нас на рассмотрении находится дело по факту согласованных действий на рынке контейнерных перевозок по маршруту Порты Юго-восточной Азии—порт Усть-Луга (Санкт-Петербург). Дело приостановлено для проведения независимого анализа рынка.

Граждане регулярно обращаются в ФАС России и ее территориальные органы по факту нарушения их потребительских прав. В частности, по поводу качества товаров или услуг или случаев, когда услуга оказана ненадлежащим образом. Антимонопольные органы зачастую осуществляют проверки по указанным фактам, хотя подобные правоотношения регулируются Законом о защите прав потребителей и не имеют отношения к защите конкуренции. Можете ли Вы назвать причины, по которым ФАС России продолжает разбираться с отношениями, связанными с защитой прав потребителей, и будут ли в дальнейшем приниматься меры по адресации жалоб физических лиц в профильные ведомства?

Защита прав потребителей не является компетенцией ФАС России. Если к нам поступают такие обращения, они направляются по подведомственности в Роспотребнадзор.

Большинство физических лиц обращаются в антимонопольные органы по поводу проблем

ИНТЕРВЬЮ

с естественными монополиями, такими как, например, РЖД, энергетические компании, предприятия связи.

ФАС России подготовила поправки в Закон о защите конкуренции, предусматривающие исключение из сферы антимонопольного регулирования действий доминирующего хозяйствующего субъекта, ущемляющего интересы граждан и организаций, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Одновременно нужно предусмотреть административные способы защиты интересов граждан.

Игорь Юрьевич, весной Вы поддержали предложение экспертов о внедрении и необходимости нормативного закрепления антимонопольного комплаенса для дополнительной профилактики антимонопольных нарушений силами, прежде всего, самих компаний. Некоторые компании уже сегодня активно внедряют у себя систему комплаенса. Можно ли рассчитывать на скорейшее нормативное регулирование этого нового института?

Я продолжаю поддерживать необходимость нормативного регулирования такого института. Именно с целью минимизировать риски нарушения антимонопольного законодательства со стороны бизнеса, причем не только финансовые, но и репутационные, мы отразили основные направления этой работы в Стратегии развития антимонопольных органов.

Следует отметить, что «зачатки» института антимонопольного комплаенса уже предусмотрены в законодательстве. Например, в примечаниях к статье 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, в соответствии с которыми лицо, участвующее в картельном соглашении, освобождается от ответственности при условии выполнения им установленных требований.

Кроме того, работа по развитию и нормативному регулированию института антимонопольного комплаенса проводилась ФАС России на этапе подготовки так называемого «четвертого антимонопольного пакета». Были разработаны поправки к Закону о защите конкуренции, в соответствии с которыми вводился институт правил торговой практики.

Установление правил торговой практики могло бы способствовать открытости доминирующей компании для своих контрагентов и служить элементом предупреждения возможных действий, запрещенных антимонопольным законодательством. Однако в процессе обсуждения «четвертого антимонопольного пакета» эти предложения не нашли поддержки бизнес-сообщества и отдельных федеральных органов исполнительной власти,

в результате они были исключены из текста законопроекта.

В настоящий момент мы активно вырабатываем с бизнес-сообществом взаимоприемлемый механизм регулирования института антимонопольного комплаенса, в том числе руководствуясь международной практикой. Надеемся, что регулирование этого института будет включено в уже готовящийся «пятый антимонопольный пакет».

Останутся ли формальными критерии отнесения хозяйствующих субъектов к естественным монополиям?

В первую очередь говорить о формальном подходе к таким критериям не совсем корректно, поскольку они установлены федеральным законом — Законом о естественных монополиях.

Между тем в связи с упразднением Федеральной службы по тарифам ФАС России переданы ее функции, в том числе по введению государственного регулирования и ведению реестра субъектов естественных монополий. На практике ФСТ России подходила к этому вопросу формально: если хозяйствующий субъект в реестре — он субъект естественной монополии, если нет — значит, не субъект. А если забыли включить в реестр? Что, деятельность не подлежит государственному регулированию?

В отличие от подобной практики ФАС России занимает позиции исходя из требований законодательства о естественных монополиях — осуществляет хозяйствующий субъект деятельность в сфере деятельности субъекта естественной монополии, значит, естественной монополией и является. Таким образом, в каждом случае отнесения хозяйствующего субъекта к субъектам естественных монополий необходимо проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Однако не следует считать, что критерии отнесения хозяйствующих субъектов к субъектам естественных монополий нужны исключительно антимонопольному органу. Потребность в регулировании деятельности субъектов естественных монополий связана с необходимостью проведения эффективной государственной политики в сферах их работы.

В настоящий момент не все законодательно установленные сферы деятельности субъектов естественных монополий, по мнению ФАС России, являются естественно-монопольными. ФАС России будет анализировать соответствующие товарные рынки и предлагать внедрение более эффективных механизмов их регулирования.

Как отнеслась бы ФАС России к созданию в Российской Федерации специализированного антимонопольного суда?

ИНТЕРВЬЮ

Положительно, поскольку такой шаг позволит более тщательно разбираться в достаточно сложных вопросах, которые возникают в ходе рассмотрения антимонопольных дел.

Считает ли ФАС России разумным и правильным применять подход о взыскании судебных издержек в случаях, когда конкурентное ведомство проигрывает суды?

Не только ФАС России, но и иные органы государственной власти проигрывают суды, и, как следствие, сталкиваются с взысканием судебных расходов.

Если судом принято решение о признании незаконным решения государственного органа, то лицо, в чью пользу принят этот судебный акт, должно иметь возможность защищать свое нарушенное право или охраняемый законом интерес.

Это предусмотрено Конституцией.

Какую максимальную сумму судебных издержек взыскивали с ФАС России?

Хозяиствующие субъекты заявляют требования о взыскании с ФАС России судебных расходов, как правило, в достаточно большом размере. Суммы порой достигают 4 млн рублей. Однако суды существенно снижают их размер. Максимальная сумма судебных издержек, которая была взыскана с ФАС России, составила 200 000 рублей.

Что делает ФАС России, чтобы минимизировать такие случаи взыскания?

Выигрывает суды, а в случае проигрыша, доказывает чрезмерность заявленного размера денежных сумм.

Считает ли ФАС России необходимым что-либо менять в политике тарифообразования и нормативной базе?

Правительство поручило нам представить предложения по совершенствованию государственного регулирования в сфере естественных монополий с учетом лучших международных практик и при этом обратить особое внимание на повышение прозрачности такого регулирования, на переход к долгосрочным методам тарифной политики.

При формировании тарифов необходимо будет отказаться от принципа «затраты плюс», так как, по нашему мнению, расходы естественных монополий весьма неэффективны.

Таким образом, тарифы следует формировать по принципу «инфляция минус». То есть весь цикл производства естественных монополий должен находиться под надзором Правительства России и его уполномоченных органов.

Какие цели ставит перед собой ФАС России при реализации полномочий в сфере

гособоронзаказа? В чем конечная цель регулирования в этом секторе?

ФАС России обладает большим опытом работы по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства и законодательства о контрактной системе, что позволяет эффективно решать поставленные перед нами задачи по контролю в сфере государственного оборонного заказа. К тому же наши стандарты по госзакупкам являются более жесткими и требовательными по сравнению с теми, что применялись в этом секторе ранее.

Главная цель — предотвратить необоснованное повышение цен при выполнении гособоронзаказа, пресечь незаконные действия его участников, добиться, чтобы контроль и надзор в этой сфере стали максимально эффективными.

С какими барьерами в сфере гособоронзаказа ФАС России уже пришлось столкнуться? Какие возможности и какие механизмы антимонопольная служба считает наиболее эффективными для увеличения хозяйствующих субъектов в этом секторе?

Как известно, с 1 июля этого года действует новая редакция закона «О гособоронзаказе». ФАС России приняла самое активное участие в работе по совершенствованию законодательства и подготовила целый ряд предложений, направленных на обеспечение защиты публичных интересов Российской Федерации при исполнении ГОЗ. В случае неисполнения государственного контракта мы выявляем вину той или иной стороны и накладываем санкции на заказчиков либо исполнителей. При подготовке законопроекта о внесении изменений в 275-ФЗ мы стремились по максимуму использовать лучшие практики своей работы по Закону о защите конкуренции. Разумеется, с учетом специфики сферы ГОЗ.

ФАС России осуществляет активный мониторинг в сфере закрытых торгов и конкурсов на продукцию военного назначения, проводит плановые и внеплановые проверки в соответствии с законодательством. Недавно нам удалось раскрыть первый картель в сфере ГОЗ, выявляются новые картели. Соответствующие материалы мы передаем в правоохранительные органы для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. И борьба с самыми опасными экономическими преступлениями будет только ужесточаться, ведь речь в данном случае идет о бюджетных расходах нашей страны.

Видит ли ФАС России какие-либо риски в том, что после получения полномочий по установлению тарифов от ФСТ антимонопольный орган получил уникальный механизм прямого ценового контроля над рядом рынков, на которых тарифы, устанавливаемые

ИНТЕРВЬЮ

тарифными органами (ФСТ и региональные органы власти), выступают ценовыми ориентирами и для иных субъектов (не являющихся субъектами естественных монополий), действующих на тех же или смежных с ними рынках? Как ФАС России, будучи одновременно регулятором и тем, кто устанавливает ценовые ориентиры, собирается решать эти вопросы стратегически?

Деятельность ФАС России всегда строилась на обеспечении интересов потребителей товаров и услуг. Ориентация на интересы конечных потребителей сохранится и при регулировании тарифов, которые будут индексироваться по результатам выполнения программы снижения издержек естественных монополий. Полномочия антимонопольного ведомства позволяют видеть источники экономии издержек по всем материальным статьям затрат и оперативно корректировать политику субъектов в области тарифообразования.

ФАС России использует метод «сопоставимых рынков», который позволяет учитывать общую экономическую конъюнктуру при анализе цен и обеспечивать их соответствие рыночному уровню, а опыт анализа рыночной конъюнктуры у нас очень большой. При этом территориальная сеть ФАС России обеспечит единство подходов к регулированию тарифов.

Антимонопольная служба России участвует во внедрении механизмов прозрачного формирования рыночных цен. Индикатор цены на товар формируется на открытых торгах и биржах и впоследствии может стать ориентиром при утверждении тарифа.

Следует отметить, что Министерство Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства в 1998–2004 годах совмещало функции антимонопольного контроля и надзора и функции регулирования тарифов на услуги естественных монополий в транспорте и связи. Сочетание применения антимонопольного законодательства и современных подходов к тарифному регулированию позволило добиться перехода ряда естественно-монопольных видов деятельности в состояние конкуренции, примером может служить формирование современного рынка телекоммуникаций. Квалифицированные кадры с опытом работы в области тарифного регулирования в ФАС России сохранены.

Как ФАС России планирует реализовывать свои полномочия по прямому ценовому регулированию через тарифы ФСТ в тех сферах, где есть конкуренция с хозяйствующими субъектами? Например, портовые услуги, поставка газа.

ФАС России последовательно выступает за прекращение государственного регулирования тарифов

в сферах, где развиты конкурентные отношения (стивидорные компании в портах, конкурирующие порты и аэропорты, фиксированная телефонная связь). При наличии конкуренции на рынке необходимо проанализировать ситуацию на предмет возможности дерегулирования тарифов, что позволит перезапустить реформирование ряда монополий.

На первом этапе это может быть контроль деятельности, в том числе на основе правил недискриминационного доступа к товарам субъектов естественных монополий. Почти год природный газ реализуется ОАО «Газпром» не только по регулируемым ценам, но и по свободной цене при помощи организованных торгов. В настоящее время объем биржевых торгов природным газом достиг 950 млн куб. м в месяц, а стоимость природного газа для конечного потребителя в 30 регионах Российской Федерации меньше регулируемой цены на природный газ.

В целях повышения ликвидности рынка планируется реализовывать газ на организованных торгах в размере 35 млрд куб. м в год, для этого в ближайшее время будет осуществлен запуск биржевых торгов природным газом на сутки.

Одновременно ФАС России инициировано внесение изменений в постановление Правительства РФ по включению природного газа в перечень товаров, информация о внебиржевых договорах в отношении которых представляется для регистрации на биржу. В настоящее время формируется биржевой индикатор цен на газ и публикуется на сайте биржи, а с 2016 года будет формироваться и публиковаться еще внебиржевой индикатор, что позволит создать рыночный индикатор цены на природный газ и соответственно ориентир для формирования тарифа.

Видит ли ФАС России перспективы для перевода споров по НДК исключительно в судебную плоскость, учитывая гражданско-правовой характер и состязательность сторон такого спора?

Судебный порядок защиты права выступает альтернативой административному, однако в ряде случаев полномочия профильного госоргана позволяют более детально оценить отдельные аспекты спора и его влияние на состояние конкуренции. По мнению ФАС России, отказываться от наработанной процессуальной практики и опыта антимонопольного органа нецелесообразно, поскольку административный путь рассмотрения споров более эффективен.

Интервью с руководителем
ФАС России
Артемовым И. Ю.

К ВОПРОСУ О РЕГУЛИРОВАНИИ КОНКУРЕНЦИИ В ОТРАСЛЕВОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

В Российской Федерации идет постоянное обсуждение проблемы, следует ли вопросам защиты конкуренции быть предметом лишь Закона о защите конкуренции или же они могут и должны регулироваться отраслевым законодательством?

В соответствии с нормами статьи 3 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹ антимонопольное законодательство Российской Федерации, основанное на Конституции Российской Федерации и Гражданском кодексе Российской Федерации, состоит из Закона о защите конкуренции и иных федеральных законов, регулирующих отношения, связанные с защитой конкуренции.

Кроме того, в соответствии со статьей 3 Закона о защите конкуренции отношения, связанные с защитой конкуренции, могут регулироваться постановлениями Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством.

В Закон о защите конкуренции в период с 2006 по 2012 годы было внесено три антимонопольных пакета поправок, направленных на модернизацию антимонопольного законодательства. Ряд авторов² полагает, что, кроме модернизации Закона о защите конкуренции, в 2004–2012 годах удалось добиться внесения антимонопольных норм в отраслевое законодательство: Водный, Лесной, Градостроительный, Жилищный кодексы, в Федеральный закон от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах», в Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике», в Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации». Они утверждают, что в эти годы были разработаны и приняты правила недискриминационного доступа в ряде отраслей, например, правила недискриминационного доступа к нефтяной трубе³, этиленовому сырью, апатитовому концентрату, калийному

¹ Далее – Закон о защите конкуренции.

² См.: Честная конкуренция: государство, бизнес, общество. Отчет о результатах деятельности ФАС России в 2004–2012 годах / И.В. Кашунина, С.А. Пузыревский, М.А. Овчинников и др.; Под ред. И.Ю. Артемьева. М.: ФАС России, ЗАО «Гриф и К.», 2013. С. 10–11.

³ Правила обеспечения недискриминационного доступа к услугам субъектов естественных монополий по транспортировке нефти (нефтепродуктов) по магистральным трубопроводам в Российской Федерации, утвержденные постановлением Правительства Российской Федерации от 29 марта 2011 № 218.

Обычаями делового оборота вопросы защиты конкуренции не регулируются, а регулируются только нормами законодательства.

сырью, услугам аэропортов и т.д., что значительно снизило барьеры для выхода на рынок компаний, а также позитивно сказалось на развитии конкуренции и сдерживании роста цен в перечисленных отраслях.

ОТРАСЛЕВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОНКУРЕНЦИИ. ЗА И ПРОТИВ

Несмотря на то, что регулирование вопросов конкуренции уже давно осуществляется в отраслевых нормах, некоторые специалисты, анализируя эту область законодательной деятельности, выделяют неполный набор соответствующих норм.

Так, авторы монографии «Основы антимонопольного регулирования в Российской Федерации»⁴ среди норм, регулирующих вопросы конкуренции, в один ряд с Законом о защите конкуренции ставят и другие законодательные акты: Закон о рекламе, Закон о естественных монополиях, а также законы, действующие в большинстве сфер естественных монополий, – Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике», Федеральный закон от 10.01.2003 № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации», Федеральный закон от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации». Однако в своей работе они почему-то не упоминают остальные законы (регулирующие целые отрасли экономики), в которых содержатся нормы антимонопольного законодательства, например, Лесной, Водный, Воздушный кодексы.

⁴ См.: Основы антимонопольного регулирования в Российской Федерации: Монография; Под общ. ред. И.Ю. Артемьева. Полигран-Т. 2009. С. 71, 72.

РУКОВОДИТЕЛЬ СТАВИТ ПРОБЛЕМУ

Обычаями делового оборота вопросы защиты конкуренции не регулируются, а регулируются только нормами законодательства. Связано это с тем, что антимонопольные предписания, в целом ограничительные по своей направленности, по определению должны исходить от публичной власти и не могут формулироваться участниками гражданского оборота⁵.

Что же касается регулирования вопросов конкуренции в отраслевом законодательстве, то некоторые исследователи считают, что совершенствование антимонопольного законодательства не должно идти по пути включения антимонопольных и проконкурентных норм в отраслевые нормы.

Например, авторы доклада «Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений»⁶ (С. Авдашева, Н. Дзагурова, П. Крючкова, Г. Юсупова) главной целью антимонопольного законодательства считают способствование развитию конкуренции и оценивают результаты такого развития неоднозначно. Они указывают, что, во-первых, нужно сделать выбор между двумя разными стратегиями: речь идет либо о возврате антимонопольной политики к защите конкуренции, либо о продолжении применения антимонопольной политики как инструмента для достижения текущих и популистских целей, где антитраст замещается регулированием со всеми его дополнительными возможностями и недостатками, а антимонопольное законодательство перестает быть инструментом поддержки конкуренции, сохраняя название, а не суть. Во-вторых, уже можно предлагать меры по развитию.

В качестве путей возврата к антимонопольной политике защиты конкуренции авторы Доклада-2011 предлагают добиться независимости антимонопольных органов и судов, прекратив неконтролируемое изменение Закона о защите конкуренции и решительно перестав **создавать отраслевые антимонопольные** нормы, подобные содержащимся в Законе о торговле (недопустимо оправдывать правила, перераспределяющие выигрыши в пользу одной из групп участников рынка, целями защиты конкуренции). При этом авторы Доклада-2011 указывают, что целью применения антимонопольного законодательства не должна быть защита отдельных групп участников рынков – антимонопольные запреты следует направить против исключаящих практик, а не против ущерба.

По мнению С. Авдашевой, Н. Дзагуровой, П. Крючковой и Г. Юсуповой, необходима смена приоритетов в применении норм о злоупотреблении доминированием (снижение числа дел, возбуждаемых по факту монополично высокой цены) и

По мнению С. Авдашевой, Н. Дзагуровой, П. Крючковой и Г. Юсуповой, необходима смена приоритетов в применении норм о злоупотреблении доминированием и о вертикальных соглашениях.

о вертикальных соглашениях (снижение числа дел по факту нанесения ущерба в рамках добровольно заключенных договоров за пределами отраслей естественных монополий). Нанесение же ущерба вне связи с ограничением конкуренции вообще не следует рассматривать как нарушение антимонопольного законодательства. Предоставлять антимонопольным органам права на осуществление ОРД и требовать от ФАС России суперэффективной борьбы с тайными соглашениями не стоит вообще. Авторы Доклада-2011 уверены, что нельзя побуждать ФАС России преследовать участников рынка за недоказанные картельные соглашения, согласованные действия, злоупотребление доминирующим положением в форме монополично высокой цены, не стоит также применять и фиксированные штрафы за ущерб.

Таким образом, из анализа Доклада-2011 следует, что регулирование вопросов защиты конкуренции в отраслевом законодательстве допустимо, если введенные нормы не станут регулировать «защиту конкурентов». Такие же требования они предъявляют и к Закону о защите конкуренции.

В связи с исследованием вопроса о необходимости или возможности регулирования защиты конкуренции в отраслевом законодательстве стоит рассмотреть материалы исследования возможности количественного расчета того, насколько дорого обходится слабая конкуренция российской экономике. Данное исследование проводилось РАНХиГС⁷.

Давая в своей работе интегральную оценку по всей российской экономике, исследователи между тем опирались на методологию, в соответствии с которой в качестве единицы анализа выступала конкретная сфера (отрасль) экономики. Для исследования было выбрано несколько значимых, но разнородных отраслей.

Одним из результатов исследования стал вывод «о невозможности подходить с единой меркой к решению проблем развития конкуренции в разных отраслях, где проблемы различаются довольно серьезно». По мнению А. Шаститко⁸, данный вопрос затрагивает одну из фундаментальных дилемм конкурентной политики, которая связана с поиском баланса между набором универсальных и отраслевых мер защиты и развития конкуренции. Но сами выводы исследования указывают на то, что как раз отраслевое регулирование конкуренции, которое

⁵ См.: Основы антимонопольного регулирования в Российской Федерации: Монография; Под общ. ред. И.Ю. Артемьева. Полигран-Т. 2009. С. 75, 76.

⁶ Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений: Доклад / С. Авдашева, Н. Дзагурова, П. Крючкова, Г. Юсупова. Научн. ред. С. Авдашева. М.: Макс пресс, 2011. С. 12, 13. Далее также Доклад-2011.

⁷ См.: Круглый стол журнала «Экономическая политика» «Последствия слабой конкуренции: количественные оценки и выводы для политики». 4 декабря 2012 г. // Экономическая политика. 2013. № 1. С. 125–145.

⁸ Там же. С. 127.

Регулирующая роль государства в лице федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления имеет большое значение в переходной экономике.

осуществляется исходя из разного уровня развития конкуренции в различных отраслях экономики, является инструментом, способным изменять уровень конкуренции в той или иной отрасли, что указывает на позитивный характер и наличие объективной необходимости и потребности в отраслевом регулировании конкуренции.

И.М. Фомина⁹ полагает, что увеличение числа субъектов и оптимизация структуры рынков могут происходить под воздействием экономических регуляторов при дополнительном стимулировании государством. Причем регулирующая роль государства в лице федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления имеет большое значение в переходной экономике. Данный вывод говорит в пользу отраслевого регулирования защиты конкуренции.

Д.А. Гаврилов¹⁰, в свою очередь, считает внедрение антимонопольных требований в отраслевое законодательство в виде специальных норм или их совокупности, корреспондирующих нормам Закона о защите конкуренции и базирующихся на них, исключительно важным шагом. По его мнению, это иллюстрирует комплексный правовой механизм отраслевого регулирования, равного ко всем компаниям, которые первоначально или факультативно занимаются определенным видом деятельности.

Е.Ю. Борзило¹¹ в своей работе указывает на то, что нормы, регламентирующие конкуренцию, закрепленные более чем в 20 законах, регулирующих различные отрасли жизнедеятельности, зачастую носят фрагментарный характер. При этом она отмечает, что, например, Закон о торговле, будучи актом антимонопольного законодательства, интересен тем, что содержит отраслевой подход, является результатом обобщения практики в отдельно взятой отрасли, позволяет привести примеры недозволенного поведения для отдельных отраслей. Вместе с тем, по мнению Е.Ю. Борзило, Закон о торговле является отдельным нормативным актом, который, «работая» на базе Закона о защите конкуренции, все же формирует собственное правовое поле. Автор считает очевидным, что нарушения в сфере торговли будут отличаться, например, от нарушений в сфере добычи и производства углеводородов.

⁹ Конкуренция и антимонопольное регулирование: Учебное пособие для вузов / С.Б. Авдашева, В.А. Аронин, И.К. Ахполов и др.; Под ред. А.Г. Цыганова. М.: Логос, 1999. С. 197.

¹⁰ Гаврилов Д.А. Антимонопольный контроль: теория и правоприменительная практика. // Конкуренция и право. Март, 2014. № 2. С. 7.

¹¹ Е.Ю. Борзило. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут, 2014. С. 34, 35.

Однако при всей логической целесообразности использования отраслевого подхода в антимонопольном регулировании дополнительное отдельное регулирование отрасли на уровне федерального закона Е.Ю. Борзило представляется неразумным, а Закон о торговле, по ее мнению, не должен стать первым в череде серии «законов о конкуренции» для каждой отдельно взятой отрасли, поскольку это нарушит конституционный принцип единства экономического пространства России и единства правового регулирования.

Вместе с тем Е.Ю. Борзило не учитывает, что антимонопольные нормы в отраслевом законодательстве регулируют отношения, хотя и в сфере конкуренции, но посредством специфических отраслевых механизмов. В части Закона о торговле это, например, институт ограничения доли торговой сети через ограничение размера торговых площадей, институт регулирования бонусов.

Если мы рассмотрим особенности регулирования защиты конкуренции в сфере государственного оборонного заказа, то для данной отрасли характерно, что экономические отношения в большинстве случаев не являются рыночными, а наука еще не дала рецептов и описания методов и способов регулирования защиты конкуренции в данной сфере.

Между тем в соответствии с нормами статьи 14 Закона о государственном оборонном заказе установлены формальные основания, по которым доминирующим признается положение головного исполнителя, исполнителя государственного оборонного заказа, положение хозяйствующего субъекта, если он осуществляет или имеет возможность осуществлять поставки по государственному оборонному заказу продукции, сырья, материалов и комплектующих изделий, выполнение работ, оказание услуг, необходимых для реализации государственного оборонного заказа, и в отношении этого хозяйствующего субъекта выполняется хотя бы одно из следующих условий:

- хозяйствующий субъект включен в установленном порядке в реестр единственных поставщиков (исполнителей, подрядчиков);
- хозяйствующий субъект является единственным производителем продукции по государственному оборонному заказу, использованием которой и (или) ее составных частей, и (или) комплектующих изделий при выполнении государственного оборонного заказа предусмотрено конструкторской или иной документацией либо требованиями государственного заказчика.

На указанных головных исполнителей и исполнителей распространяется запрет на злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке.

В ЗАЩИТУ ОБЕСПЕЧЕНИЯ КОНКУРЕНЦИИ В ОТДЕЛЬНОЙ ОТРАСЛИ

Одной из причин введения отраслевого регулирования конкуренции является наличие того фактора, что в отраслях экономики существуют отраслевые регуляторы, оказывающие влияние на общественные отношения в отрасли, в том числе связанные с конкуренцией.

А.Ю. Артемьев¹², например, полагает, что отраслевые ведомства (министерства) рассматривают отрасли экономики и компании как отдельные элементы министерской корпорации. В своем интервью руководитель ФАС России отмечает: «С учетом того, что они (отраслевые ведомства. — *Ред.*) еще и бюджетом обладают, то они распределяют: тебе я сегодня дам, а потом — тебе, а тебя я не люблю, ты плохой. Вся экономика держится на субсидиях и каких-то преференциях от госслужащих и никакие *KPI* не вырывают».

В защиту обеспечения конкуренции в отдельной отрасли выступает также эксперт Центра экономического прогнозирования Газпромбанка Наталья Порохова¹³. Она отмечает, что основную часть потенциального роста ВВП (около 5 трлн руб) может обеспечить **развитие конкуренции**, в первую очередь в сегменте *b2b* и в госзаказе. Н. Прохорова полагает, что до 15% эффективности закупочного процесса теряется из-за большого числа посредников и завышения цен.

А.Г. Цыганов¹⁴ считает, что здоровая экономика — это экономика, основанная на конкуренции. Но, по его мнению, в нашей действительности конкуренция еще не стала нормой жизни предпринимателей. ФАС России постоянно возбуждает сотни дел в отношении как крупных компаний-монополистов, так и органов власти и местного самоуправления. Люди зачастую сталкиваются с необоснованным ростом тарифов, отсутствием доступа на тот или иной рынок, с произволом чиновников. Ясно, что ситуацию нужно менять. При этом заместитель руководителя ФАС России подчеркивает, что за последние 10 лет внимание Правительства РФ к развитию конкуренции колоссально увеличилось, а те меры, которые были приняты, в том числе внедрение Дорожной карты по развитию конкуренции и совершенствование антимонопольного законодательства, являются важным шагом на пути к справедливой конкуренции.

Интересным, по словам А.Г. Цыганова, является то, что «плохие» отраслевые практики ведения бизнеса порой переносят в Россию крупные международные корпорации. По его мнению, это наблюдается в машиностроении, фармацевтике,

Если исходя из специфики отрасли экономики возникает потребность в регулировании вопросов защиты конкуренции, сделать это можно через включение антимонопольных норм в отраслевое законодательство.

в продовольственном секторе и пр. «Нашу задачу (ФАС России. — *Ред.*) мы видим в том, чтобы донести до иностранных компаний, работающих в России, основы антимонопольного законодательства. Для этого, например, нами совместно с Ассоциацией европейского бизнеса был разработан кодекс правильных практик ведения бизнеса в автомобильной отрасли. Ранее мы получали огромное количество жалоб на произвол крупных компаний. Сейчас проблема решена, и мы намерены перенести этот опыт на другие отрасли рынка».

Положительными факторами развития антимонопольного законодательства через включение проконкурентных и антимонопольных норм в отраслевое законодательство является включение в правовое регулирование общественных отношений в отдельных отраслях экономики норм, регулирующих вопросы защиты конкуренции в отраслях экономики.

Данная модель правового регулирования «приближает» антимонопольные нормы к конкретным правовым отношениям в соответствующей отрасли, непосредственно включает «механизмы» конкуренции исходя из специфики общественных отношений в отрасли. Кроме того, благодаря такому подходу внедрение антимонопольных норм в регламентацию деятельности субъектов определенных отраслевых общественных отношений становится более гармоничным.

Необходимо отметить, что, если исходя из специфики отрасли экономики возникает потребность в регулировании вопросов защиты конкуренции, сделать это можно через включение антимонопольных норм в отраслевое законодательство. Введение же в сферу регулирования отдельных отраслей экономики специальных «отраслевых» правил защиты конкуренции путем включения норм в Закон о защите конкуренции представляется нелогичным и не соответствует требованиям юридической техники. Такова структура Закона о защите конкуренции, в котором, впрочем, сделано исключение для финансовых рынков. Связано это, по всей видимости, с большим количеством особенностей, установленных для правового регулирования конкуренции финансовых рынков.

Интересным, по словам А.Г. Цыганова, является то, что «плохие» отраслевые практики ведения бизнеса порой переносят в Россию крупные международные корпорации.

¹² Если будет хуже — мы обратимся к президенту. Интервью с руководителем ФАС России И.Ю. Артемьевым // РБК Дэйли. 2014. 3 июля. № 118 (1893). С. 5.

¹³ Разогнать экономику поможет экономия // РБК Дэйли. 2014. 26 июня. № 113 (18888).

¹⁴ По материалам ежегодного Московского форума деловых партнерств «Россия-Европа: Сотрудничество без границ». http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35619.html по состоянию 25.6.2014.

Отраслевое регулирование защиты конкуренции возникает сначала в естественно-монопольных отраслях как одно из условий демополизации, а затем распространяется на конкурентные отрасли.

ВЗГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ БОРЬБЫ С КОРРУПЦИЕЙ

На проблему включения в отраслевое законодательство антимонопольных норм необходимо взглянуть и через призму проблем борьбы с коррупцией.

С.В. Максимов¹⁵, например, полагает, что, несмотря на принятые государством меры, инерция негативного влияния на экономику необоснованных административных барьеров и избыточной «опеки» бизнеса со стороны государства продолжает действовать, новых, более разумных, границ между государственным регулированием экономики и саморегулированием не появилось.

Касается ли это замечание отраслевого регулирования вопросов защиты конкуренции? По всей видимости, да, так как включение антимонопольных норм в отраслевое законодательство, вероятно, все же позволит обеспечить повышение эффективности регулирования вопросов защиты конкуренции.

Рассматривая основные аспекты борьбы с коррупцией, С.В. Максимов¹⁶ подчеркивает, что любое изменение правового регулирования не должно стать самоцелью – в результате реформы необходимо сбалансировано обеспечить:

- сохранение социальной стабильности;
- более высокий уровень защищенности прав и законных интересов граждан, коммерческих и некоммерческих организаций и государства от различных угроз, в том числе возникающих в сфере экономических отношений (включая собственность и предпринимательство);
- гарантии и стимулы свободного предпринимательства и конкуренции, включая снижение неналоговых издержек, связанных с открытием и ведением бизнеса в России;
- снижение государственных расходов на содержание госаппарата, наделенного контрольно-надзорными полномочиями, и на осуществление контрольной (надзорной) деятельности;
- рост квалификации и уровня оплаты труда всех категорий государственных контролеров;
- повышение инвестиционной привлекательности Российской Федерации.

Так же и с конкуренцией: если включение специальных норм о конкуренции будет способствовать

¹⁵ Максимов С.В. Коррупция и новая антикоррупционная политика России». М.: ЗАО «ЮрИнфоР», 2014. С. 175.

¹⁶ Там же. С. 176.

решению вопросов защиты и развития конкуренции, то такое правовое регулирование вполне оправдано.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНЦИИ В РАЗЛИЧНЫХ ОТРАСЛЯХ ЭКОНОМИКИ

Общие нормы антимонопольного законодательства регламентируются Законом о защите конкуренции. Отраслевыми нормами антимонопольного законодательства установлены специальные меры защиты конкуренции в некоторых отраслях экономики. Это, например, торговая деятельность, электроэнергетика, теплоэнергетика, водоснабжение, водоотведение.

Необходимо отметить, что в сфере электроэнергетики, теплоэнергетики, водоснабжения, водоотведения специальное антимонопольное регулирование было введено через показатель отраслевой принадлежности (электроэнергетика), а также через показатель принадлежности к естественно-монопольным видам деятельности.

Отраслевое регулирование защиты конкуренции возникает сначала в естественно-монопольных отраслях как одно из условий демополизации, а затем распространяется на конкурентные отрасли (отраслевое регулирование торговой деятельности). Характерно, например для отрасли электроэнергетики, что отраслевое регулирование защиты конкуренции появилось вместе с проведением реформы, в соответствии с которой в данной отрасли возникли конкурентные виды деятельности (купля-продажа и генерация электрической энергии), а также остались два естественно-монопольных вида (передача электрической энергии (мощности), оперативно-диспетчерское управление).

Особенности правового регулирования защиты конкуренции в различных отраслях экономики устанавливаются, как правило, отраслевыми правовыми актами, содержащими антимонопольные нормы. Данные нормы являются частью антимонопольного законодательства Российской Федерации.

Приведем несколько примеров, когда мерами защиты и развития конкуренции можно не только изменить отношения между участниками товарных рынков, но и повлиять на цены на соответствующих рынках.

Например, совсем недавно на основании метода сопоставления цен ФАС России предложила уравнивать цены авиабилетов на равные расстояния. И.Ю. Артемьев указал¹⁷, что причина различия в ценах кроется, как правило, в монопольном положении перевозчиков. Он привел в пример ситуацию, когда

¹⁷ ФАС предлагает уравнивать цены авиабилетов на на одинаковые расстояния // Российская газета. 2014. 3 июля. <http://news.mail.ru/economics/18755241/>.

РУКОВОДИТЕЛЬ СТАВИТ ПРОБЛЕМУ

рейс Москва–Астана может стоить дороже, чем Москва–Нью-Йорк тем же бортом. В этом легко убедиться, подготовив таблицы сопоставимости, в которых сравниваются цены на полеты одним и тем же бортом на одно и то же расстояние в том же сезоне в Европе и у нас.

Начальник Управления контроля топливно-энергетического комплекса ФАС России Дмитрий Махонин в своем выступлении на конференции «Рынок нефтепродуктов РФ: основные векторы движения»¹⁸, говоря о структуре рынка нефти и нефтепродуктов в Российской Федерации за 2013 год, выделил основные проблемы внутреннего рынка нефти и нефтепродуктов, связанные с нарушением антимонопольного законодательства, в частности, создание дискриминационных условий, препятствие доступу на рынок; установление монопольно высокой цены, необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар.

Вместе с тем, он отметил позитивную роль в нефтяной отрасли отраслевых мер по подписанию торговых политик нефтяных компаний, целью которых являются предупреждение нарушений действующего законодательства Российской Федерации, а также организованное обособление по видам деятельности предприятий, занимающихся оптовой и розничной реализацией нефтепродуктов.

ОТРАСЛЕВЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ РАЗВИТИЯ КОНКУРЕНЦИИ

Регулирование вопросов защиты и развития конкуренции в отраслевом законодательстве является отражением современных тенденций регулирования отношений в сфере защиты конкуренции и формой правового регулирования вопросов защиты и развития конкуренции.

Такая реальность реализована через формирование всевозможных планов и дорожных карт развития конкуренции. Связано это с тем, что вопросы защиты конкуренции и ее развития по определению могут вводиться только сверху, то есть компетентными органами власти, уполномоченными осуществлять соответствующее регулирование.

Ранее отраслевые мероприятия развития конкуренции формировались через принятие программы развития конкуренции. Так, Программа развития конкуренции в Российской Федерации и План мероприятий по реализации Программы развития конкуренции в Российской Федерации на 2009–2015 годы были утверждены распоряжением Правительства Российской Федерации от 19.05.2009 № 691-р. Планом мероприятий по реализации

На данном этапе развития антимонопольного регулирования целесообразно создавать отраслевые антимонопольные нормы.

Программы развития конкуренции были предусмотрены аспекты отраслевого регулирования вопросов защиты и развития конкуренции.

План мероприятий (Дорожная карта) «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» утвержден распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р и содержит мероприятия, связанные с отраслевым регулированием вопросов защиты конкуренции.

Так, пункт 4.1 этой Дорожной карты включает мероприятия по определению направлений развития конкуренции в инфраструктурных отраслях, в том числе и в сферах естественных монополий, которые предусматривают утверждение планов мероприятий по развитию конкуренции в сферах естественных монополий и смежных с ними рынков. Пунктом 4.4 того же документа предусмотрено принятие правил недискриминационного доступа в сферах естественных монополий и сопряженных инфраструктурных сферах деятельности, для которых должны быть утверждены правила недискриминационного доступа, обеспечивающие для любых лиц, осуществляющих деятельность на территории Российской Федерации, недискриминационный доступ к услугам в сфере естественных монополий и сопряженных инфраструктурных сферах деятельности.

Необходимо отметить, что эта Дорожная карта близка к завершению. По состоянию на 16.06.2015 из 91 мероприятия Дорожной карты (со сроком исполнения 2013–2014 гг. и январь–май 2015 г.) исполнено 74 (более 80%). В процессе исполнения находится 11 мероприятий, 8 из которых приходится на ФАС России (связаны с Четвертым антимонопольным пакетом), и по одному мероприятию — на Минэкономразвития России, Минтранс России и ФСТ России.

Таким образом, на данном этапе развития антимонопольного регулирования целесообразно создавать отраслевые антимонопольные нормы. Вместе с тем, следующим этапом развития антимонопольного регулирования могла бы стать разработка Конкурентного кодекса, содержащего особую часть, регламентирующую защиту и развитие конкуренции в отраслевом разрезе.

Башлаков-Николаев И. В.,

канд. экон. наук,

магистр права,

начальник Юридического управления

ФАС России

¹⁸ Выступление в рамках сессии «Тенденции на внутреннем рынке нефтепродуктов РФ. Фискальная политика. Перспективы перехода на Евро-4 в 2015 году» на конференции «Рынок нефтепродуктов РФ: основные векторы движения». 9, 10 октября 2014. http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35933.html. Дата обращения: 15.10.2014.

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 2

№ 3(16) 2015

Одним из важнейших направлений развития российского антимонопольного законодательства на ближайшие годы является совершенствование программы освобождения от ответственности за заключение ограничивающих конкуренцию соглашений. Член Генерального совета некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции», партнер, руководитель антимонопольной практики юридической фирмы *ARTDELEX* **Ярослав Владимирович Кулик** в статье **«Программа освобождения от ответственности за заключение ограничивающих конкуренцию соглашений»** отвечает на вопрос, какие положения антимонопольного законодательства необходимо усовершенствовать для повышения привлекательности *leniency*-программы при выборе участниками картелей стратегии своего взаимодействия с антимонопольным органом.

В 2015 году конкурентному ведомству России исполняется 25 лет. В этой связи начальник Управления международного экономического сотрудничества ФАС России **Леся Евгеньевна Давыдова** и заместитель начальника Управления международного экономического сотрудничества **Татьяна Николаевна Ойвид** подготовили статью **«25 лет международного сотрудничества»**, в которой подробно анализируют историю и перспективы развития такого важного направления деятельности ФАС России, как международное сотрудничество с конкурентными ведомствами других государств, ведь укрепление взаимодействия с зарубежными коллегами неразрывно связано со становлением конкурентной политики в России, с совершенствованием антимонопольного законодательства и практики его применения.

В статье кандидата экономических наук, доцента МГУ им. М.В. Ломоносова **Алексея Владимировича Полищука** и старшего юриста ООО «СИБУР» **Екатерины Александровны Горшковой** **«Институт анализа рынков: в ногу со временем»** рассматриваются некоторые наиболее актуальные аспекты проведения конкурентным ведомством России процедуры анализа состояния конкуренции на товарных рынках. Точка зрения Федеральной антимонопольной службы на поднятые в статье проблемы представлена в комментарии ФАС России **«Продуктовое разнообразие на рынках упаковки»**, подготовленном начальником Управления контроля промышленности ФАС России **Галимхановой Нелли Фидратовной**.

ПРОГРАММА ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

ЗА ЗАКЛЮЧЕНИЕ ОГРАНИЧИВАЮЩИХ КОНКУРЕНЦИЮ СОГЛАШЕНИЙ

Одним из важнейших направлений развития российского антимонопольного законодательства на ближайшие годы является совершенствование программы освобождения от ответственности за заключение ограничивающих конкуренцию соглашений (*leniency program*).

Актуальность и насущность задач в этой сфере признается ФАС России, которая в сотрудничестве с ведущими экспертами в области законодательства о конкуренции ведет соответствующую работу. Так, 4 декабря 2014 года по итогам совместного заседания некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции»¹ и ФАС России был одобрен план действий рабочей группы Некоммерческого партнерства по совершенствованию программы освобождения от ответственности за заключение ограничивающих конкуренцию соглашений.

Как известно, картели зачастую — это устные соглашения, выявить которые крайне сложно, эффективные же *leniency*-программы позволяют антимонопольным органам по всему миру раскрывать наиболее серьезные картели за счет предоставления их участникам необходимых гарантий при сотрудничестве с антимонопольным органом, а также за счет освобождения от ответственности.

Какие же положения антимонопольного законодательства необходимо усовершенствовать в целях повышения привлекательности *leniency*-программы при выборе участниками картелей стратегии своего взаимодействия с антимонопольным органом?

ОСНОВНЫЕ ЗАДАЧИ

В настоящее время основные положения *leniency*-программы закреплены примечанием к статье 14.32 КоАП РФ, устанавливающей, что лицо (группа лиц), добровольно заявившее в антимонопольный орган о заключении им недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения или об осуществлении недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий, освобождается

¹ Далее также Некоммерческое партнерство.

от административной ответственности при выполнении им первым (из числа участников картеля или согласованных действий) в совокупности следующих условий:

- на момент обращения лица с заявлением антимонопольный орган не располагал соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении;
- лицо отказалось от участия или дальнейшего участия в соглашении либо от осуществления или дальнейшего осуществления согласованных действий;
- представленные сведения и документы являются достаточными для установления события административного правонарушения.

Одной из ближайших задач в рамках совершенствования *leniency*-программы, установленной рабочей группой, было определено внедрение так называемой системы маркеров (*marker system*), используемой, например, в законодательстве Европейского союза с 2006 года. Отсутствие системы маркеров в исследованиях Международной конкурентной сети (*International Competition Network*) с 2008 года считается фактором, препятствующим распространению практики добровольных сообщений о картелях (как следствие, негативно влияющим на всю систему *leniency*)².

Система маркеров нацелена на сохранение и защиту места заявителя в «очереди» (среди возможных заявлений от иных участников картеля) на определенный срок в обмен на смягчение (или освобождение от) наказания. Система маркеров позволяет антимонопольному органу и заявителю (участнику картеля) взаимодействовать в рамках четких условий и сроков, при которых будут действовать соответствующие гарантии. При этом

² См., например, Anti-Cartel Enforcement Manual // Chapter 2. Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy, апрель 2014 г.

заявитель получает возможность подготовить свое заявление по программе *leniency* (т.е. максимально полно раскрыть и подтвердить обстоятельства картеля), а антимонопольный орган гарантирует, что «подождет» и сохранит за ним на определенный срок приоритет.

В частности, система маркеров устанавливает срок, в течение которого первый заявитель должен представить документы и сведения, подтверждающие его участие и роль в картеле, изобличающие участие и роли других участников, описывающие товарный рынок, в отношении которого действовало соглашение, содержание соглашения, период существования картеля и иные значимые для антимонопольного органа обстоятельства. На этот срок в обмен на раскрытие информации за заявителем сохраняется его «место» первого обратившегося с таким заявлением, если с аналогичными заявлениями придут другие участники картеля. Если же заявитель раскроет лишь часть информации или станет иным образом препятствовать расследованию, нарушая согласованный порядок взаимодействия с антимонопольным органом, действие предоставленного ему приоритета может быть в одностороннем порядке прекращено.

На совместном заседании ФАС России и членов Некоммерческого партнерства, которое состоялось 25 июня 2015 года, рабочей группой была представлена концепция порядка подачи, приема и рассмотрения заявлений об освобождении от административной ответственности в соответствии с примечанием к статье 14.32 КоАП РФ. Концепцией было определено несколько наиболее важных задач.

1. Предоставить потенциальному заявителю возможность анонимной проверки отсутствия приоритета (маркера) у иного лица (в том числе по телефону). Зачастую для принятия органами управления хозяйствующего субъекта, юридического лица, решения об использовании *leniency*-программы необходимо убедиться в отсутствии заявления иного участника картеля, так как это юридическое лицо рассчитывает на полное освобождение от административной ответственности, принимая такое значимое бизнес-решение.

2. Установить требования к первичному заявлению:
- наличие сведений о товарном рынке (без сознательного ограничения границ такого рынка), на котором совершено нарушение, сведений об известных участниках запрещенного соглашения, о периоде действия запрещенного соглашения;
 - наличие заявления заявителя о готовности непрерывного, полного и открытого сотрудничества с антимонопольным органом при рассмотрении заявления и расследовании нарушения, о готовности представить необходимые

документы в соответствии с обоснованными требованиями антимонопольного органа;

- подписание заявления уполномоченным лицом (так, если заявление подписывается по доверенности, то в ней должно быть прямо предусмотрено право подписывать и подавать такие заявления в рамках программы освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства).

Установить единый порядок приема и регистрации заявлений, регламентирующий, в частности:

- единую форму административных действий при приеме и регистрации заявлений (определение должностного лица, уполномоченного принимать и регистрировать заявления на личном приеме, единообразное совершение действий — единые правила проставления отметок и регистрации);
- порядок разрешения спорных ситуаций при определении даты и времени подачи заявлений в случае подачи нескольких заявлений по одному и тому же предмету разными лицами в разных часовых поясах, а также при подаче заявления через канцелярию антимонопольного органа или почтой;
- оформление антимонопольным органом типового документа, подтверждающего факт подачи заявления и предоставление заявителю так называемого условного или предварительного маркера, предполагающего предоставление в течение разумного срока основного маркера.

В настоящее время единственным подтверждением принятия заявления служит либо штамп канцелярии антимонопольного органа, либо личная подпись уполномоченного должностного лица (как правило, управления по борьбе с картелем или иного соответствующего подразделения территориального органа). При этом антимонопольный орган фиксирует соответствующие сведения в специальном журнале. Правовой определенности о том, что началась процедура сотрудничества с антимонопольным органом, которая должна привести к освобождению от административной ответственности, у заявителя обычно нет.

4. Предусмотреть возможность заключения соглашения между заявителем и антимонопольным органом, регламентирующего порядок и сроки взаимодействия антимонопольного органа и заявителя (то есть основного маркера), с учетом следующих минимальных требований:

- минимальный срок для представления дополнительных документов и сведений заявителем для заявлений типа А составляет 30 дней (см.: «Для справки»); минимальный срок для заявлений типа Б может быть установлен антимонопольным органом;

ДЛЯ СПРАВКИ

Заявления о заключении картельного соглашения или совершении согласованных действий можно условно разделить на две категории:

- тип А — заявление подано при отсутствии у антимонопольного органа сведений о признаках заключения запрещенного соглашения или совершения согласованных действий (из заявлений или сообщений третьих лиц и/или результатов проверки, проведенной самим антимонопольным органом);
 - тип Б — заявление подано при наличии у антимонопольного органа сведений о признаках заключения запрещенного соглашения или совершения согласованных действий.
- наличие заявления заявителя о готовности непрерывного, полного и открытого сотрудничества с антимонопольным органом при рассмотрении заявления и расследовании нарушения, о готовности представить необходимые документы в соответствии с обоснованными требованиями антимонопольного органа;
 - наличие обязательства заявителя в определенных соглашением сроки представить определенные соглашением документы и сведения, подтверждающие значимые для раскрытия картеля обстоятельства;
 - наличие ограниченных оснований и порядка прекращения действия маркера и правовые последствия такого прекращения.

Наличие такого соглашения, признаваемого и защищаемого юридически, позволит предусмотреть два важных момента.

Во-первых, возможность расширения действия «маркера» на нарушения, изначально не заявленные нарушителем. Это необходимо, например, в том случае, если другой участник картеля представляет доказательства, которые бы отягчали возможную ответственность первого заявителя, либо изобличает его участие в ином запрещенном соглашении (либо антимонопольный орган получает такую информацию из иных источников). У первого заявителя есть обязанность полного и открытого сотрудничества с антимонопольным органом и, как представляется, должна быть возможность эту обязанность выполнить.

Во-вторых, оформление закрытой части решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства, содержащей подтверждение о выполнении заявителем требований примечания к статье 14.32 КоАП РФ и о наличии оснований для освобождения от ответственности. Этот вопрос является одним из определяющих для эффективного применения *leniency*-программы. В настоящее время из-за наличия двух административных процедур — рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и дела об административном правонарушении, которое может

быть возбуждено в течение 12 месяцев с момента вынесения решения антимонопольным органом, — заявитель оказывается в ситуации правовой неопределенности, поскольку не имеет четких гарантий, что сотрудничество с антимонопольным органом завершится освобождением от административной ответственности.

Для того чтобы обеспечить реализацию указанных выше предложений, необходимо внести поправки в Закон о защите конкуренции, предоставляющие ФАС России полномочия определять такой порядок своим приказом, подлежащим регистрации в Минюсте России, а также принять соответствующий приказ ФАС России.

ПРОЕКТ ПОПРАВК

Рабочей группой был разработан проект соответствующих поправок, который в целом был одобрен ФАС России (как в лице Управления по борьбе с картелями, так и Правового управления). В настоящее время ведется работа по согласованию конкретных формулировок положений проекта.

Проект предусматривает, что ФАС России в рамках своей компетенции и в соответствии с Законом о защите конкуренции в целях обеспечения реализации прав физических и юридических лиц разрабатывает и утверждает порядок принятия, регистрации и рассмотрения заявлений и документов, содержащих сведения о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе порядок принятия, регистрации и рассмотрения заявлений о заключении лицом (группой лиц) недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения или об осуществлении лицом (группой лиц) недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий, поданных лицом (группой лиц) в целях освобождения от предусмотренной федеральным законом административной ответственности за совершение указанных действий.

Новый порядок должен содержать:

- сведения о мерах, принимаемых антимонопольным органом в целях обеспечения конфиденциальности представленных лицом (группой лиц) сведений и документов;
- порядок ведения антимонопольным органом журнала учета поступивших заявлений о заключении лицом (группой лиц) недопустимого соглашения или об осуществлении лицом (группой лиц) согласованных действий и представлении из него выписок;
- сведения о совершаемых антимонопольным органом действиях или составляемом антимонопольным органом и выдаваемом лицу (группе лиц) документе, подтверждающем подачу заявления лицом (группой лиц) первым из числа

участников картеля или согласованных действий;

- порядок предоставления лицу (группе лиц), обратившемуся с заявлением о заключении лицом (группой лиц) картельного соглашения или об осуществлении лицом (группой лиц) согласованных действий, срока, в течение которого такое лицо (группа лиц) должно представить в антимонопольный орган сведения и документы, достаточные для установления события нарушения антимонопольного законодательства, и в течение которого такое лицо (группа лиц) сохраняет предусмотренные законодательством права первого из числа участников недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения или недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий³;
- порядок заключения антимонопольным органом и лицом (группой лиц), обратившимся с заявлением о заключении лицом (группой лиц) недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения или об осуществлении лицом (группой лиц) недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий, соглашения о порядке и сроках взаимодействия в целях представления лицом (группой лиц) сведений и документов, достаточных для установления события нарушения антимонопольного законодательства, а также требования к содержанию такого соглашения, включая обязательство антимонопольного органа поддерживать действие маркера в течение всего срока действия соглашения;
- порядок использования антимонопольным органом, в том числе комиссией, представленных лицом (группой лиц) заявления, сведений, документов;
- порядок взаимодействия федерального антимонопольного органа и его территориальных органов в целях обеспечения соблюдения прав и законных интересов граждан и юридических лиц при принятии, регистрации и рассмотрении заявлений о заключении недопустимого соглашения или об осуществлении согласованных действий;
- порядок реализации иных прав и обязанностей антимонопольного органа и лица (группы лиц), обратившегося с заявлением о заключении лицом (группой лиц) недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения или об осуществлении лицом (группой лиц) недопустимых в соответствии

с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий, предусмотренных настоящим Федеральным законом.

Наиболее сложной является проблема синхронизации предложенной системы маркеров с порядком регистрации сообщений о преступлениях, поскольку правоохранительные органы уполномочены самостоятельно возбуждать уголовные дела по статье 178 УК РФ⁴. В настоящее время рабочей группой прорабатываются подходы, которые позволят избежать спорных ситуаций при направлении заявлений о заключении картельного соглашения от разных участников картеля в правоохранительный и антимонопольный органы.

В заключение хотелось бы отметить, что «четвертым антимонопольным пакетом», принятым в середине сентября Государственной Думой Российской Федерации во втором чтении, предполагается внести поправки в статью 14.32 КоАП РФ. Новые изменения должны смягчить ответственность для второго и/или третьего ответчика, добровольно сообщившего о заключении им недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения (картеля) и в совокупности выполнившего следующие условия:

- лицо не является организатором заключения соглашения;
- лицо признало факт совершения административного правонарушения;
- лицо отказалось от участия или дальнейшего участия в соглашении (картеле);
- представленные сведения и документы являются достаточными для установления события административного правонарушения.

Смягчение ответственности будет выражаться в назначении минимального административного штрафа. Данный механизм также внесет свой значимый вклад в содействие эффективному раскрытию картелей.

Кулик Я. В.,
член Генерального совета
НП «Содействие развитию конкуренции»,
партнер, руководитель антимонопольной практики
юридической фирмы **ARTDELEX**

³ Далее — маркер.

⁴ Ограничение конкуренции путем заключения между хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), запрещенного в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, если это деяние причинило крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекло извлечение дохода в крупном размере.

25 ЛЕТ МЕЖДУНАРОДНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА

ОТ ТЕХНИЧЕСКОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ К СОВМЕСТНЫМ РАССЛЕДОВАНИЯМ

В 2015 году антимонопольным органам России исполняется 25 лет, и мы все с гордостью произносим эту цифру – 25!

В этой связи хотелось бы подробно осветить такое важное направление деятельности ФАС России, как международное сотрудничество с конкурентными ведомствами других государств, поскольку укрепление взаимодействия с зарубежными коллегами неразрывно связано со становлением конкурентной политики в России, с совершенствованием антимонопольного законодательства и практики его применения.

Все начиналось в первой половине девяностых годов XX века, это было время серьезных и тяжелых экономических реформ в нашей стране. Если внимательно изучить документы той поры, становится понятно, что Россия входила в новый этап своего развития, постепенно трансформируясь в государство с рыночной экономикой, ключевая роль в которой отводилась конкуренции.

14 июля 1990 года в соответствии с решениями I Съезда народных депутатов РСФСР о государственном суверенитете РСФСР и разграничении функций управления организациями на территории РСФСР в перечень республиканских министерств и государственных комитетов вошел Государственный комитет РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур¹.

На ГКАП России была возложена одна из важнейших государственных функций — обеспечение экономической целостности страны, что нашло отражение в Указе Президента РСФСР Б.Н. Ельцина «О едином экономическом пространстве РСФСР» от 12 декабря 1991 года. Согласно этому документу свободное перемещение товаров, работ и услуг, а также принятие мер по соблюдению прав граждан и юридических лиц по свободной реализации или приобретению товаров, работ, услуг обеспечивалось на всей территории государства.

Перед российским антимонопольным органом была поставлена непростая задача — в сжатые сроки разработать новое законодательство, подготовить целый комплекс подзаконных актов, обеспечить

На ГКАП России была возложена одна из важнейших государственных функций — обеспечение экономической целостности страны.

их реализацию. Так сложилось, наверное, еще в период становления антимонопольного органа, что конкурентное ведомство России станет организацией, способной в любое, даже самое сложное, время быстро реагировать на любые вызовы, предлагая эффективные меры по выходу из сложных экономических ситуаций.

С самых первых дней своего создания ГКАП России начал активно развивать такое направление деятельности, как международное сотрудничество, в задачи которого входила помощь молодым специалистам с нуля создавать систему антимонопольного регулирования в России. Основные цели, которые ставил перед собой антимонопольный орган в рамках осуществления международного сотрудничества в тот период, — это налаживание контактов, обмен опытом, повышение квалификации российских специалистов, содействие в разработке законодательства.

В начале девяностых годов одним из основных направлений деятельности в этой сфере для ГКАП России стало установление тесного взаимодействия с международными организациями, роль которых в процессе становления системы антимонопольного регулирования в России сложно переоценить. С первых дней было налажено сотрудничество с такими международными организациями, как Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР), Мировой банк.

В первые 10–15 лет работы российского антимонопольного органа в его интересах был реализован ряд проектов технического содействия, как по линии указанных выше международных организаций, так и по линии Европейского союза (так называемые проекты технического содействия

¹ Далее также ГКАП России.

(ТАСИС)) и агентства США по международному развитию (*USAID*).

В рамках работы с международными организациями в нашей стране и за рубежом было проведено огромное количество консультаций с иностранными экспертами, исследований, курсов профессиональной подготовки сотрудников российского антимонопольного органа. В результате в России удалось в сжатые сроки разработать необходимую нормативную правовую базу, обеспечивающую функционирование системы антимонопольного регулирования.

Отдельного внимания, конечно, заслуживает совместная деятельность российского антимонопольного органа с ОЭСР и ЮНКТАД, которые к моменту его создания имели уже более чем тридцатилетнюю историю и значительный опыт работы в сфере конкурентной политики.

ОЭСР уже в девяностые годы входила в число самых влиятельных международных организаций, именно поэтому установление взаимодействия с этой организацией было определено в качестве одного из приоритетных направлений сотрудничества. Еще до подачи в 1996 году Российской Федерацией официальной заявки на вступление в ОЭСР в конце декабря 1995 года наша страна получила статус наблюдателя в Комитете ОЭСР по законодательству и политике в области конкуренции. Предоставление статуса наблюдателя в этом комитете стало признанием ее успеха в развитии конкурентной политики.

Начиная с этого времени российский антимонопольный орган стал активным участником продвижения процесса вступления России в ОЭСР, предполагающего подтверждение соответствия политики страны политике стран-членов ОЭСР в целом ряде областей экономики, в том числе и в области конкуренции.

Благодаря многолетней и плодотворной работе в рамках ОЭСР в июле 2013 года Комитет по конкуренции ОЭСР дал положительное заключение о соответствии конкурентной политики и законодательства Российской Федерации стандартам ОЭСР. Комитет по конкуренции стал шестым комитетом ОЭСР из двадцати двух, в рамках которых переговоры о присоединении России к данной международной организации формально завершены.

Однако учитывая, что процесс присоединения Российской Федерации к ОЭСР еще продолжается, перед российским антимонопольным органом с учетом текущей внешнеполитической ситуации стоит важная задача по сохранению за Россией статуса страны с конкурентной политикой, соответствующей высоким стандартам этой международной организации. При этом ранее представленные рекомендации ОЭСР по дальнейшему совершенствованию российского антимонопольного

По прошествии 25 лет российское антимонопольное ведомство стало одним из ключевых экспертов, участвующих в выработке согласованных подходов в вопросах международного сотрудничества в сфере защиты и развития конкуренции, перестав получать помощь со стороны ЮНКТАД.

законодательства, а также продолжающаяся активная работа в рамках ОЭСР по выработке современных согласованных подходов к осуществлению правоприменительной деятельности определяют сотрудничество ФАС России с ОЭСР в качестве одного из приоритетных направлений международной деятельности.

С момента своего учреждения в 1964 году **ЮНКТАД** в системе ООН играет роль координирующего центра, занимающегося проблемами развития торговли и смежными с этой сферой вопросами, в частности, вопросами конкуренции, финансов, инвестиций, устойчивого развития. Проблемы отрицательного воздействия ограничительно деловой практики предприятий на конкуренцию начали вплотную изучаться в рамках ЮНКТАД уже в начале семидесятых годов прошлого века. С тех пор и до настоящего времени в сферу деятельности ЮНКТАД в области конкурентной политики входит реализация двух основных направлений: первое — связано с оказанием развивающимся странам содействия в развитии конкурентной политики и законодательства, а второе — с помощью в укреплении международного сотрудничества в вопросах защиты и развития конкуренции.

Накопленный ЮНКТАД опыт позволил Генеральной Ассамблее ООН принять в 1980 году Комплекс согласованных на многосторонней основе принципов и правил для контроля за ограничительно деловой практикой. К настоящему времени он уже несколько раз пересматривался, однако принципы, заложенные в него еще в 1980 году, до сих пор остаются неизменными.

Сотрудничество с ЮНКТАД было актуальным для российского антимонопольного органа в девяностые годы, таким же актуальным оно остается и сейчас. Однако следует отметить, что по прошествии 25 лет российское антимонопольное ведомство стало одним из ключевых экспертов, участвующих в выработке согласованных подходов в вопросах международного сотрудничества в сфере защиты и развития конкуренции, перестав получать помощь со стороны ЮНКТАД. В настоящее время ФАС России самостоятельно реализует проекты технического содействия по линии этой международной организации другим странам, в частности государствам-участникам СНГ.

Еще одно направление международной деятельности, получившее активное развитие с момента

Практическое взаимодействие антимонопольных органов разных стран при расследовании нарушений антимонопольного законодательства, затрагивающих интересы нескольких сторон, является важным механизмом, обеспечивающим эффективность проводимых расследований.

создания ГКАП России, — это **двустороннее сотрудничество с зарубежными конкурентными ведомствами** с целью расширения контактов с иностранными партнерами, изучения их практики и обмена опытом.

Уже в 1993 году было подписано первое межведомственное соглашение о сотрудничестве с конкурентным ведомством Франции. В 1994 году — с конкурентными ведомствами Болгарии и Финляндии. Высокий уровень отношений с рядом антимонопольных органов определил в начале девяностых годов подписание межправительственных соглашений о сотрудничестве в сфере антимонопольной политики, в частности, с Болгарией, Китаем, Польшей.

К настоящему времени договорной портфель российского антимонопольного законодательства включает в себя более 40 документов различного уровня, определяющих возможность сотрудничества с зарубежными конкурентными ведомствами. При этом география сотрудничества настолько расширилась, что перестала охватывать лишь ближайших соседей на западе и востоке, а затронула даже другие континенты. В «копилке» российского антимонопольного органа двусторонние документы о сотрудничестве с конкурентными ведомствами Бразилии, Мексики, США, Эквадора.

С течением времени в результате наработки новых и укрепления уже существующих связей с зарубежными партнерами изменялись и цели двустороннего сотрудничества, что определило изменение форм его реализации. Влияние на этот процесс оказала как уже существующая практика взаимодействия с зарубежными конкурентными ведомствами, так и деятельность российского антимонопольного органа в рамках международных организаций и интеграционных объединений. И это не только ОЭСР и ЮНКТАД, имеющие долгую историю, но и организации, созданные относительно недавно. Речь идет о Международной конкурентной сети (МКС), которая к настоящему времени сумела выйти на уровень ОЭСР и ЮНКТАД.

МКС представляет собой объединение государственных ведомств различных стран, занимающееся исключительно вопросами антимонопольной политики, применения конкурентного права, развития эффективного международного сотрудничества в этой области, и является единственной в своем роде. Российский антимонопольный орган имеет солидный стаж работы в МКС с момента ее

создания в 2002 году. Все это время мы не только используем опыт, накопленный МКС, но и стремимся вносить весомый вклад в ее развитие.

Передовые достижения МКС были использованы ФАС России при совершенствовании российского антимонопольного законодательства, в частности при подготовке редакции Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а также последующих изменений к нему.

Наше ведомство имеет значительный опыт деятельности в рабочих и руководящих органах МКС. В разные годы ФАС России являлась сопредседателем в рабочих группах по адвокатированию, регламенту, а начиная с 2014 года Федеральная антимонопольная служба сопредседатель в подгруппе № 2 Рабочей группы по борьбе с картелями, занимающейся вопросами правоприменительной практики в сфере борьбы с картелями. Нельзя не отметить, что с 2006 года российское конкурентное ведомство входит в Координационный комитет — руководящий орган МКС, сопредседательство в котором было подтверждено в 2013 и 2015 годах.

Тот факт, что ФАС России включена в состав руководящего и ряда рабочих органов МКС, с полным основанием можно рассматривать как признание положительной репутации российского конкурентного ведомства, характеризующее Федеральную антимонопольную службу не только как эффективного правоприменителя, но и как ответственного организатора и исполнителя крупных международных проектов.

В последние годы в рамках ОЭСР, ЮНКТАД, МКС, интеграционных объединений с участием стран СНГ, а также неформального объединения стран БРИКС² все более активно обсуждается вопрос развития **международного сотрудничества антимонопольных органов разных стран в сфере правоприменения**. Формат такого сотрудничества с практической точки зрения представляется новым и пока редко применяется. Вместе с тем международное конкурентное сообщество признает, что именно практическое взаимодействие антимонопольных органов при расследовании нарушений антимонопольного законодательства, затрагивающих интересы нескольких сторон, является важным механизмом, обеспечивающим эффективность проводимых расследований. Предпосылки расширения практического взаимодействия антимонопольных органов разных стран обусловлены глобализацией мировой экономики, характеризующейся ростом транснациональных слияний и расширением трансграничной монополистической деятельности.

Возможность такого взаимодействия оговаривается между антимонопольными органами-

² Бразилия, Россия, Индия, Китай и Южная Африка.



партнерами и закрепляется в двусторонних либо многосторонних соглашениях о сотрудничестве. При этом существуют различные формы взаимодействия, отличающиеся степенью обязательств и разнообразием форм сотрудничества сторон соглашения. Речь идет уже о качественно новом уровне сотрудничества, отличающемся от практики нашей страны периода становления системы антимонопольного регулирования. В России такие соглашения получили название «соглашения нового уровня», первые из них стали заключаться ФАС России в начале 2000-х годов, в том числе с конкурентными ведомствами Австрии, Венгрии и Мексики.

«Соглашения нового уровня» между ФАС России и зарубежными конкурентными ведомствами включают в себя такую форму сотрудничества, как взаимное уведомление сторонами друг друга при выявлении фактов действий хозяйствующих субъектов на территории одного из государств, когда они оказывают или могут оказать негативное воздействие на конкуренцию на территории другого государства.

В соглашениях, предусматривающих такую форму сотрудничества, прописываются последовательность действий антимонопольных органов в случае выявления указанных фактов, порядок оформления уведомлений. «Соглашения нового уровня» предусматривают также запрос информации о деятельности хозяйствующих субъектов другой стороны и запрос консультаций, необходимых для проведения расследования запрашивающим антимонопольным органом.

Важным элементом «соглашений нового уровня» является обязательство сторон о неразглашении сведений и обеспечении режима конфиденциальности информации, которая стала им известна в процессе совместной работы в рамках реализации соответствующего соглашения.

Важным элементом «соглашений нового уровня» является обязательство сторон о неразглашении сведений и обеспечении режима конфиденциальности информации, которая стала им известна в процессе совместной работы в рамках реализации соответствующего соглашения. Однако обязанность по предоставлению сторонами друг другу сведений, доступ к которым ограничен законодательством государств сторон, в таких соглашениях отсутствует.

Таким образом, уведомление, запрос информации и запрос консультаций представляют собой базовые формы сотрудничества с зарубежными антимонопольными органами, содержащиеся в «соглашениях нового уровня». Обмен конфиденциальными данными, проведение процессуальных действий по запросу стороны-партнера, координация правоприменительной деятельности сторон, осуществление правоприменительной деятельности по запросу стороны-партнера — более прогрессивные формы взаимодействия антимонопольных органов.

Наличие в соглашении о сотрудничестве элементов «соглашения нового уровня», возможность использования более или менее прогрессивных

ФАС России ставит перед собой задачу не останавливаться на достигнутом, а продолжать развивать международное сотрудничество в различных форматах с использованием любых возможных форм взаимодействия.

форм сотрудничества определяется договаривающимися сторонами в каждом конкретном случае и зависят от степени их доверия друг другу, в том числе в вопросах обеспечения должной степени защиты конфиденциальности информации, а также от авторитета сторон в международном конкурентном сообществе.

Следует отметить, что в последние годы Россия продвинулась в направлении применения прогрессивных форм взаимодействия. При этом возможность их использования появилась не в двусторонних соглашениях о сотрудничестве, а в многосторонних. Речь, в частности, идет о Соглашении о единых принципах и правилах конкуренции от 9 декабря 2010 года и пришедшем ему на смену Договоре о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года. Этому есть логичное объяснение. Развитие евразийской интеграции, наблюдаемое в последние 5–7 лет, обусловлено высокой степенью доверия стран-участниц друг к другу в целом и их антимонопольных органов в частности.

Если обратиться к истории вопроса развития интеграционных процессов на евразийском пространстве, то становится ясно — этот процесс имеет достаточно долгую историю, а точнее, свыше 20 лет. Все эти годы антимонопольные органы стран-участниц евразийской интеграции кропотливо изучали международный опыт и нарабатывали собственный, что в конечном итоге обеспечило возможность применения ими передовых форм сотрудничества при правоприменении.

Нельзя не отметить значительный вклад в достижение полученного результата **Межгосударственного совета по антимонопольной политике**³, в состав которого входят руководители антимонопольных органов государств-участников СНГ.

С момента своего создания в 1993 году МСАП стал основной площадкой для сотрудничества антимонопольных органов стран Содружества, в центре его внимания всегда находились вопросы выработки согласованных подходов в правоприменительной сфере. В 2006 году в целях развития практического взаимодействия антимонопольных органов стран СНГ решением членов МСАП был создан Штаб по совместным расследованиям нарушений антимонопольного законодательства государств-участников СНГ⁴, объектами исследования становятся рынки, успешное функционирование

которых обеспечивает создание инфраструктуры, являющейся основой формирования общего экономического пространства в рамках СНГ, а также оказывает непосредственное влияние на благосостояние граждан наших стран.

В число рынков, ставших объектами исследования Штаба в 2008–2010 годах, вошел и рынок телекоммуникаций. В рамках проведения исследования данного рынка антимонопольные органы России и Казахстана, выявив признаки нарушения антимонопольного законодательства при формировании тарифов на услуги связи в роуминге, впервые применили меры совместного антимонопольного реагирования. В результате антимонопольные органы Российской Федерации и Республики Казахстан в рамках национального законодательства синхронно провели соответствующие расследования и возбудили дела в отношении своих доминирующих операторов. По результатам рассмотрения дел компании сотовой связи и в России, и в Казахстане были признаны виновными в установлении и поддержании монопольно высоких цен на услуги связи в роуминге, а также в навязывании условий договора, невыгодных для контрагента, в том числе комплексной услуги подвижной радиотелефонной связи по усредненному тарифу независимо от предпочтений абонента.

Итогом проведенной работы стало снижение российскими операторами тарифов на услуги связи в международном роуминге по отдельным направлениям в 1,5–4 раза. О многократном снижении тарифов объявили и казахстанские операторы. Достигнутый результат свидетельствует о высокой эффективности применения согласованных мер антимонопольного реагирования, обеспечивающих развитие конкуренции на рынках, получение потребителями очевидной выгоды, развитие социально-экономического взаимодействия на пространстве СНГ.

Этот опыт потом был широко использован при формировании договорно-правовой базы Единого экономического пространства Беларуси, Казахстана и России, а в дальнейшем и Евразийского экономического союза (ЕАЭС).

Естественно, выработать и применять эффективные формы сотрудничества антимонопольным органам стран СНГ и ЕАЭС было проще, поскольку наши государства имеют историческую общность экономических связей и являются ближайшими соседями. Сотрудничество же с конкурентными ведомствами других стран не всегда имеет такую радужную перспективу. Вместе с тем, ФАС России ставит перед собой задачу не останавливаться на достигнутом, а продолжать развивать международное сотрудничество в различных форматах с использованием любых возможных форм взаимодействия. Ведь даже самые простые формы сотрудничества позволяют достичь высоких результатов.

³ МСАП.

⁴ Далее — Штаб.



Примером могут служить переговоры ФАС России с конкурентными ведомствами Норвегии и Вьетнама в рамках расследования так называемых «рыбных картелей». Успех расследования этих дел во многом обусловлен проведенными с антимонопольными органами Норвегии и Вьетнама консультациями. В основе этого взаимодействия лежала взаимная заинтересованность сторон, ведь в ходе расследования были выявлены барьеры входа на российский рынок поставщиков рыбы из этих двух стран, нарушавшие условия конкуренции.

Может показаться, что приведенных примеров мало, практического опыта недостаточно. Отчасти это так, но лишь отчасти. Повторимся, что во всем мире таких примеров не так уж и много. Именно поэтому опыт, которым российский антимонопольный орган делится с международным конкурентным сообществом, получает высокую оценку и учитывается при выработке согласованных на международной уровне подходов к работе в данной сфере, обеспечивая ФАС России необходимый авторитет в глазах зарубежных партнеров.

Все это открывает возможность для расширения практики международного сотрудничества при правоприменении и, как следствие, для повышения эффективности работы нашего ведомства.

Подтверждением положительной оценки деятельности российского антимонопольного органа являются результаты, полученные ФАС России в Рейтинге эффективности конкурентных ведомств⁵, ежегодно публикуемом авторитетным международным изданием «Всемирный обзор по конкуренции» (ВОК).

⁵ Далее — Рейтинг.

Изначально, в 2005 году, Служба занимала последнюю, 38 строчку, Рейтинга. Однако в течение всех последующих лет в продвижении ФАС России в Рейтинге отмечалась положительная динамика. По итогам 2014 года российское конкурентное ведомство уже занимает место с 17 позиции, получив 3 балла и оценку хорошо, и входит в одну группу с конкурентными ведомствами таких государств, как Австрия, Норвегия, Португалия, Финляндия, Швеция, Венгрия, Польша, Канада и др.

Для ФАС России ценным представляется не только продвижение в «антимонопольном чарте», но и видение ВОК «основных неудач и достижений» оцениваемых им конкурентных ведомств, в том числе антимонопольной службы России. Это помогает нашему ведомству объективно оценивать сильные и слабые стороны своей деятельности, принимать корректирующие меры.

За 25 лет сделано немало. Но перед российским антимонопольным органом еще стоят сложные и амбициозные задачи, решению которых будет способствовать дальнейшее активное развитие международного сотрудничества.

Давыдова Л. Е.,
начальник Управления
международного экономического сотрудничества

Ойновид Т. Н.,
заместитель начальника
Управления международного
экономического сотрудничества

ИНСТИТУТ АНАЛИЗА РЫНКОВ: В НОГУ СО ВРЕМЕНЕМ

В этом году антимонопольное ведомство России празднует свое двадцатипятилетие¹. Этап строительства базовых институтов, который логически завершился возложением на него функций по регулированию тарифов, можно считать законченным. На этом фоне в последнее время все заметнее проявляется повышенное внимание, которое ФАС России уделяет совершенствованию своих важнейших инструментов.

К одному из самых ходовых элементов инструментария специалисты по антимонопольному праву относят так называемые «анализы рынков», которые конкурентное ведомство России проводит по отношению к товарным рынкам, попадающим в зону внимания службы по самым разнообразным поводам. Процедура этих исследований регулируется Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке², утвержденным приказом ФАС № 220³.

В текущем году Порядок был изменен⁴, поправки действуют с середины марта, оценка работающих новелл со стороны руководителей ФАС России, думаем, прозвучит уже скоро, и не считая конструктивным вступать в заочную полемику, в настоящей статье мы попытаемся разобрать некоторые наиболее актуальные вопросы проведения «анализов рынков».

ЧТО ТАКОЕ «РЕГИОН»

Что касается правил определения территориальных границ товарных рынков, то в Порядок было введено важное уточнение, позволившее ликвидировать проблему, ставившую в тупик многих специалистов в области экономической географии и регионоведения.

Напомним, что в экономической теории под регионом понимается конкретная территория, где сложились системные экономические (экономико-социальные) связи между субъектами, которые отличают данную территорию от других территорий (внешней среды). Очевидно, что такое определение является весьма широким и позволяет объединить в регион и несколько государств (например, Азиатско-Тихоокеанский регион, регион Персидского

залива, Скандинавия), и одну административную область одного государства (например, субъекты РФ), и несколько административных областей одного государства (например, Северо-Западный регион РФ), и несколько сопредельных районов граничащих друг с другом государств (например, «Золотой треугольник» на границах Таиланда, Мьянмы и Лаоса). Поэтому ссылка на понятие *региональный рынок*, которое ранее часто встречалось на практике, вызывала резонное желание провести сверку исходных позиций и убедиться, что собеседники говорят об одном и том же.

В этой связи уточнение Порядка и введение определения, что понятие *региональный* обозначает рынок в границах субъекта РФ, *межрегиональный* — рынок для нескольких субъектов РФ, *местный/локальный* — рынок в границах муниципалитета, *федеральный* — рынок в границах РФ или за ее пределами, оказались весьма своевременными.

Однако, учитывая одновременное усиление глобализационных процессов и международной конкуренции, предположим, что ФАС России все чаще придется сталкиваться с трансграничными нарушениями, а значит, все активнее применять российское антимонопольное законодательство экстра-территориально, опираясь на положение статьи 3 закона «О защите конкуренции»⁵.

Например, если ФАС России станет расследовать международные картели, которые определяют цены для каких-либо регионов мира (включая или не включая Россию) и при этом оказывают влияние на состояние конкуренции в нашей стране, то служба может столкнуться с недостаточной полнотой терминологического аппарата, поскольку в новом Порядке понятие *регион за границами РФ* не предусмотрено. Для этих случаев круг понятий, связанных с территориальными границами товарных рынков, на наш взгляд, должен быть дополнен, чтобы правильно отражать и другие разновидности региональных рынков, но уже трансграничных.

¹ Первое в России антимонопольное ведомство носило название Государственный комитет РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур (ГКАП России).

² Далее также Порядок.

³ Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».

⁴ Приказ ФАС России от 30.01.2015 № 33/15 «О внесении изменений в Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный приказом Федеральной антимонопольной службы от 28.04.2010 № 220».

⁵ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Далее также Закон о защите конкуренции.



ПРОДУКТОВОЕ РАЗНООБРАЗИЕ

Весьма распространено мнение, что товарный дефицит плановой экономики и резкий контраст по сравнению с продуктовым разнообразием в развитых капиталистических странах стали одним из основных психологических оправданий демонтажа советского строя в нашей стране. С тех пор российская экономика по многим показателям приблизилась к показателям развитых стран; количество товаров, конкурирующих на одних рынках, резко возросло, и, на наш взгляд, этот факт является очевидным.

При выпуске в рыночный оборот разнообразных новых продуктов неудивительно, что определение продуктовых границ остается крайне дискуссионной темой при проведении анализов рынков. В российской литературе наиболее удачной работой по теории определения продуктовых границ рынка мы бы признали работу С.Б. Авдашевой, А.Е. Шаститко, Е.Н. Калмычковой в рамках широкого лекционного курса, посвященного антимонопольному регулированию⁶. Однако на практике возникает множество сложных ситуаций, которые теория не в состоянии разрешить оперативно. Зачастую правоприменителям приходится сталкиваться с искусственными симплификациями рынков, что серьезно искажает экономические реалии и в перспективе создает трудности как для хозяйствующих субъектов, так и для самой антимонопольной службы России. Нам пока неясно, сгладят ли поправки в Порядок наиболее

Зачастую правоприменителям приходится сталкиваться с искусственными симплификациями рынков, что серьезно искажает экономические реалии и в перспективе создает трудности как для хозяйствующих субъектов, так и для самой антимонопольной службы России.

острые противоречия или же наоборот их усилят, однако, как мы надеемся, точечная критика поможет службе выбрать правильный баланс.

В качестве иллюстрации можно воспользоваться самым актуальным информационным поводом. Так, 23 июля текущего года ФАС России вынесла предписание предприятиям стекольной промышленности, объединенным в так называемый Стеклосоюз, предостережения о недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению антимонопольного законодательства, со ссылкой на часть 1 статьи 11 (картель) и на часть 1 статьи 11.1 (согласованные действия, ограничивающие конкуренцию) Закона о защите конкуренции⁷. Опираясь на формулировки размещенного на сайте Стеклосоюза протокола организационного заседания по созданию «Антикризисного штаба стекольной промышленности по координации совместных действий в условиях финансово-экономического кризиса», служба пришла к выводу, что деятельность Стеклосоюза может привести к ограничению или устранению конкуренции как на рынке алкогольной продукции, так и на смежных рынках: тары и упаковки, ПЭТ (полиэтилентерефталат)-гранулята

⁶ Авдашева С.Б., Шаститко А.Е., Калмычкова Е.Н. Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта // Экономический журнал ВШЭ. 2007. № 1. С. 113–121.

⁷ Официальный сайт ФАС России: http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_36800.html.



Обратим внимание, что применительно к активности Стеклосоюза ФАС России признала необходимость в защите от недобросовестной конкуренции рынка «тары и упаковки».

и пр. Согласно опубликованному протоколу одной из основных задач антикризисного штаба является «лоббирование мер по увеличению объемов и рынков сбыта стекольной продукции, включая ограничение использования ПЭТ-тары». «Исполнение решений антикризисного штаба Стеклосоюза может привести к серьезным нарушениям антимонопольного законодательства», — приводятся в пресс-релизе ФАС России слова одного из руководителей конкурентного ведомства⁸.

Обратим внимание, что применительно к активности Стеклосоюза ФАС России признала необходимость в защите от недобросовестной конкуренции рынка «тары и упаковки». Предлагаем сравнить этот подход с подходом, который Федеральная антимонопольная служба демонстрировала ранее, например, в известном судебном споре с компаниями группы «Рексам»⁹. Напомним кратко фабулу того дела.

⁸ Официальный сайт ФАС России: http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_36800.html.

⁹ Дело № А40-42759/10-153-190, решение Арбитражного суда города Москвы от 27.07.2010, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18.10.2010 № 09АП-23448/2010-АК, Постановление ФАС Московского округа от 01.02.2011 № КА-А40/17929-10, Постановление Президиума ВАС РФ от 08.11.2011 № 4267/11.

Так, в 2007 году одна из компаний группы «Рексам» в порядке контроля за экономической концентрацией получила разрешение ФАС России на приобретение ряда российских предприятий при будущей доле создаваемой группы лиц более 90% на рынке алюминиевых банок и крышек к ним.

В 2010 году по жалобе потребителя ФАС России установила доминирующее положение компаний группы «Рексам» с долей более 90% на рынке алюминиевых банок и признала их нарушившими антимонопольное законодательство путем создания неравных условий для отдельных потребителей (разные минимальные объемы заказа одной продукции, разная базовая валюта при ценообразовании, навязывание условия о доставке и запрет самовывоза). Решение антимонопольного ведомства было оспорено в судебном порядке, первая и апелляционная инстанции приняли решения в пользу «Рексам», кассационная инстанция отменила решения предыдущих инстанций и вынесла финальное решение в пользу ФАС России.

В ходе процесса группа «Рексам» настаивала на необходимости рассматривать продуктовые границы товарного рынка более широко, так как надлежащий рынок должен включать и другие товары («изделия из стекла, пластика»), с чем согласились суды первой и апелляционной инстанций, указав, что алюминиевая банка



может быть заменена иной упаковкой. ФАС России такой подход отвергала, настаивая на отдельном рынке алюминиевых банок, невозможности замены алюминиевых банок стеклянными или ПЭТ-бутылками, и финальное судебное постановление подтвердило законность и обоснованность позиции конкурентного ведомства.

Скорее всего, позиция ФАС России по вопросу продуктовых границ рынка алюминиевых банок, которая в итоге в судебном порядке доказала свою состоятельность (основываясь на мнении потребителей), к настоящему времени не изменилась. Кроме того, как указал суд кассационной инстанции, сама компания «Рексам», осуществляя в 2007 году сделку по приобретению конкурентов, фактически согласилась и с определенными ФАС России границами рынка алюминиевой банки, и с предписанием по дальнейшему поведению на этом рынке в качестве доминирующего субъекта.

ФАС России также проводит исследования отдельного «рынка комбинированного материала на основе картона для упаковки жидких и вязких пищевых продуктов» (пакеты типа *Tetra Pak*)¹⁰. Эти и другие рынки тары для жидких и вязких пищевых продуктов антимонопольное ведомство оценивает изолированно друг от друга на том основании, что опросы потребителей показывают технологическую невозможность замены одного вида упаковки на другой. Вопросу, стоит ли безусловно доверять мнению потребителей, будет посвящена одна

Скорее всего, позиция ФАС России по вопросу продуктовых границ рынка алюминиевых банок, которая в судебном порядке доказала свою состоятельность, к настоящему времени не изменилась.

из следующих частей настоящей статьи, пока же позволим себе следующее наблюдение.

Не будет преувеличением сказать, что сегодня рынок тары для жидких и вязких пищевых продуктов столкнулся с самым жестким испытанием: после реализации корпоративных программ по импортозамещению в условиях снижающегося спроса общие мощности оказались избыточными. В условиях кризиса некоторые игроки явно выходят за границы приличного поведения. Так, например, 1 июня текущего года стартовала скандальная рекламная кампания «Запретим пластиковую бутылку — спасем Россию!», вызвавшая возмущение со стороны целых отраслей — как производителей пластиковой упаковки для пищевой промышленности, так и предприятий пищевой промышленности, упаковывающих свою продукцию в безопасный и экономичный пластик¹¹.

К чести ФАС России, служба не стала наблюдать со стороны за бесконтрольным распространением на весь рынок тары для жидких и вязких пищевых продуктов «черного пиара» и развязыванием на этом рынке пропагандистских войн, а дала всем участникам четкую установку, что будет жестко пресекать подобные тенденции.

¹⁰ См., например, Обзор рынка комбинированного материала на основе картона для упаковки жидких и вязких пищевых продуктов за 2007 год: http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_21772.html.

¹¹ Пузырев Д. Производители стеклотары решили заработать на запрете пива в пластике. Сайт РБК: <http://top.rbc.ru/business/23/07/2015/55b11c179a7947b199ab0276>.



Консервативный подход ФАС России к существующим изолированно друг от друга рынкам — упаковки на основе полимерных материалов (пластиковая бутылка, пластиковый стакан, полиэтиленовый пакет и пр.); упаковки на основе бумаги, картона; стеклотары (стеклянная бутылка, стеклянная банка); металлической тары (алюминиевая банка, жестяная банка)¹² — в сложившихся на сегодняшний день экономических условиях де-факто означал бы незащищенность экономических субъектов перед нарушениями на рынке с более широкими продуктовыми границами — рынке тары для жидких и вязких пищевых продуктов.

Описанная выше реакция ФАС России по вынесению предостережения в адрес Стеклосоюза непосредственно подводит исследователей к идее о необходимости более широкого взгляда на продуктовые границы товарных рынков: актуально говорить уже не об изолированных рынках нескольких продуктов, а об объединенном рынке этих продуктов, для которых технический прогресс сделал возможной взаимозаменяемость.

Конечно, мы осознаем, что такой кейс вряд ли можно назвать полноценной официальной позицией, тем более, затруднительно такой тренд сформулировать и закрепить в формате нормативно-правового акта, но мы все же надеемся, что правоприменительная практика ФАС России будет учитывать современное многообразие решений и продуктов, конкурирующих на одном товарном рынке.

¹² Обзор рынка комбинированного материала на основе картона для упаковки жидких и вязких пищевых продуктов за 2007 год.

ГИПНОТИЧЕСКОЕ ВЛИЯНИЕ «ТЕСТА ГИПОТЕТИЧЕСКОГО МОНОПОЛИСТА»

В новом Порядке «тест гипотетического монополиста» при исследовании вопроса о наборе взаимозаменяемых товаров оказался в несколько привилегированном положении по сравнению с другими исследовательскими техниками (анализ перекрестной эластичности спроса, анализ ценообразования и ценовой динамики): во-первых, избрание «теста гипотетического монополиста» не требует от антимонопольной службы обоснования, в то время как для выбора любой иной исследовательской техники нужно делать дополнительное обоснование причин выбора; во-вторых, при использовании «теста гипотетического монополиста» отпадает необходимость в поддержке выводов, сделанных другими техниками, в то время как для других техник подобного послабления нет.

Такие «удобства» в реальной жизни делают «тест гипотетического монополиста» практически безальтернативной методикой. Однако причины предпочтения по отношению к данной методике все же неясны: у исследователя остается сомнение, что же делает этот метод таким особенным в глазах ФАС России — удобство и быстрота применения или уверенность в результатах. К слову, само попадание теста в корзину инструментов для подбора границ рынка, на наш взгляд, требует отдельной истории, так как исходно «тест гипотетического монополиста» начал использоваться для оценки возможных антиконкурентных последствий при слияниях и поглощениях.

Напомним, что «тест гипотетического монополиста» сводится к заполнению потребителями опросника, ключевым вопросом которого является следующий: «Какими товарами и в какой части Вы (потребители) предпочтете заменять исследуемый товар, если его цена в долгосрочной перспективе увеличится на 5–10% по сравнению с текущим уровнем, а цены на остальные товары останутся неизменными?». Собственно, суть данного метода наиболее достоверно передана в его исходном наименовании на английском языке — *SSNIP* (*Small but Significant Non-transitory Increase in Prices*), что в дословном переводе означает «небольшое, но заметное, не временное повышение цен». Тест показывает обобщенную реакцию потребителя на возможное повышение стоимости товара. Иначе говоря, сам по себе этот метод является отражением ситуации в глазах потребителя продуктов.

Однако следует учитывать, что за высказанное на этот счет мнение потребитель никакой ответственности не несет. Возникает резонный вопрос, а кто на самом деле может проконтролировать отклонение реального поведения потребителя от декларируемого. Ведь потребитель, заполняя опросник, прекрасно понимает значение теста и механику оценки ответов, при этом ничто не мешает потребителю злоупотребить предоставившейся возможностью и использовать данный шанс для достижения своих имущественных выгод.

Кроме того, даже само наименование данной методики в Порядке можно толковать как «навешивание ярлыков», что также провоцирует потребителей на безответственное заполнение опросника и на общий обвинительный уклон анализа полученных результатов. Мы хотели бы обратить внимание и на тот факт, что на языке «оригинала» «тест гипотетического монополиста» известен под более нейтральным названием *SSNIP*, которое изначально настраивает на объективный и непредвзятый исследовательский подход.

НАВЫКИ АНАЛИЗА — В МАССЫ!

В заключение считаем необходимым затронуть тему субъекта деятельности по проведению анализов рынка. На сегодняшний день Порядок прописан таким образом, что анализ рынка проводится самим антимонопольным органом — в руках службы сосредоточены все властные полномочия по сбору информации, полнота которой в большей степени определяет возможность проведения качественно-количественного анализа.

Тем не менее, на практике возникает масса ситуаций, когда компаниям необходимо иметь собственный анализ определенного рынка, не важно, будет ли такой анализ произведен силами компании или независимыми профессиональными организациями. К числу таких случаев, когда требуется

анализ, полностью следующий официальной методике (Порядку), но проведенный не по инициативе регулятора, можно отнести следующие:

- предварительная проработка вопросов о горизонтальной экспансии фирмы;
- обнаружение и анализ действующего против фирмы запрещенного антимонопольным законодательством объединения (вплоть до картеля);
- самоанализ активности фирмы в порядке программ антимонопольного комплаенса.

Кроме того, не так давно в профессиональном сообществе горячо обсуждались идеи по внедрению в российскую антимонопольную практику механизмов частного преследования (*private enforcement*) и отдельных элементов системы коллективных исков (*classaction*)¹³. Пока что было решено отказаться от таких резких нововведений, но очевидно, что с течением времени эти вопросы вновь выйдут на повестку дня.

В то же время продвижение частноправовых начал в конкурентном праве невозможно без статуса предприятий как субъектов, имеющих право на подключение к процедуре анализа рынка. Если не затрагивать проблему специальных, эксклюзивных полномочий ФАС России по сбору информации, то представляется, что соответствующие исследования (строго следуя методике, описанной в Положении) на базе доступной рыночной информации могли бы проводить и дорожащие своей репутацией профессиональные участники рынка бизнес-услуг. При этом в интересах всех стейкхолдеров проведение независимых исследований максимально точно в соответствии с Порядком. Исследования, проведенные с отклонениями от требований Порядка, способны дискредитировать саму идею независимого анализа рынка. В качестве первого шага к самостоятельным исследованиям рынков может быть предложено обучение специалистов компаний, проводящих исследования, в специальном учебном центре ФАС России и дальнейшее наставничество антимонопольного ведомства в этой области.

Полищук А. В.,
канд. экон. наук,
доц. МГУ
им. М.В. Ломоносова

Горшкова Е. А.,
старший юрист
ООО «СИБУР»

¹³ Групповые иски и кратные убытки в российском праве // Ваш комментарий для журнала «ЗАКОН». http://zakon.ru/discussion/2013/9/19/grupповые_iski_i_kratnye_ubytki_v_rossijskom_prave_vash_kommentarij_dlya_zhurnala_zakon.

КОММЕНТАРИЙ ФАС РОССИИ

ПРОДУКТОВОЕ РАЗНООБРАЗИЕ НА РЫНКАХ УПАКОВКИ

Одним из ключевых и зачастую спорных этапов проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке является определение его продуктовых границ. От того какая группа товаров будет признана продуктовыми границами, зависят иные характеристики товарного рынка, такие как географические границы, объем товарного рынка, состав хозяйствующих субъектов и их доли.

Сужение или расширение продуктовых границ товарного рынка может оказать существенное влияние на оценку состояния конкуренции на товарном рынке, и рынки упаковок для жидких пищевых продуктов не являются исключением.

С точки зрения функционального применения все виды упаковок (тары) для жидких пищевых продуктов одинаковы и предназначены для профессионального использования производителями жидких пищевых продуктов в качестве изделия, обеспечивающего сохранность продукции (товаров) в процессе хранения и транспортировки. Вместе с тем проведенные ФАС России в разные периоды времени анализы состояния конкуренции показали, что различные виды упаковок не являются взаимозаменяемыми товарами и существуют определенные ограничения замены одного вида упаковки на другой.

Так, позиция ФАС России по вопросу продуктовых границ алюминиевых банок остается неизменной с 2007 года. При проведении анализа состояния конкуренции на рынке алюминиевых банок антимонопольное ведомство основывалось на мнении потребителей и отсутствии технологической возможности замены одного вида упаковки на другой. Согласно информации, полученной от покупателей алюминиевых банок, для розлива напитков в каждый вид упаковки требуется специальное оборудование: на одном и том же оборудовании невозможно осуществлять розлив в различную упаковку. Таким образом, замена одного вида упаковки на другой потребует и полной смены прежнего оборудования, что повлечет финансовые и временные затраты для покупателей упаковки.

Последний проведенный анализ состояния конкуренции на рынках алюминиевых банок в 2015 году в рамках контроля за экономической концентрацией по рассмотрению ходатайства о приобретении компанией *Ball Corporation* российских заводов *Rexam* дал аналогичные результаты.

Кроме того, в 2015 году в целях анализа состояния конкуренции на рынке комбинированного материала на основе картона для упаковки жидких и вязких пищевых продуктов (молочной продукции) ФАС России провела опрос покупателей, который показал, что данный вид упаковки невозможно

заменить на иной, в том числе в силу ограниченных возможностей технологического оборудования по переключению с одного вида упаковки на другой.

Опрос покупателей доказывает, что на сегодняшний день нельзя говорить о каком-то технологическом прогрессе, который сделал возможной взаимозаменяемость различных видов упаковок.

В свою очередь Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, указывает на то, что определение продуктовых границ товарного рынка основывается на мнении покупателей о взаимозаменяемости товаров. Использование любого иного метода исследования, не учитывающего позицию потребителей, требует обоснования.

Существует мнение о бесосновательно privilegiрованном положении применяемого ФАС России метода «теста гипотетического монополиста» по сравнению с другими исследовательскими техниками. Однако это нельзя расценивать как веское основание не доверять точке зрения покупателей и полученным результатам относительно продуктовых границ рынка алюминиевых банок.

Отсутствие требования обоснования выбора «теста гипотетического монополиста» в качестве метода определения продуктовых и географических границ товарного рынка не говорит о его безальтернативности, а лишь вытекает из определенных терминов «взаимозаменяемые товары» и «товарный рынок», изложенных в статье 4 Закона о защите конкуренции. В основу данных терминов законодатель вложил мнение приобретателя о готовности заменить один товар другим при потреблении, о наличии возможности либо целесообразности приобрести товар в определенных границах и об отсутствии такой возможности либо целесообразности за ее пределами.

В том случае, когда продуктовые и географические границы рынка алюминиевых банок и иных видов упаковки целесообразно исследовать иными методами, участники вправе представить в ФАС России обоснование их использования. Кроме того, участники рынка могут представить любую информацию, в том числе анализ состояния конкуренции товарного рынка, проведенный профессиональной организацией. При этом новый порядок обязывает антимонопольный орган описать данный источник информации и высказать о нем свое мнение.

Галимханова Н. Ф.,
начальник Управления контроля промышленности
ФАС России

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 3

№ 3(16) 2015

Статья «**Правовые последствия несоблюдения требований закона об иностранных инвестициях в стратегические общества**» кандидата юридических наук, заместителя начальника управления-начальника правового отдела Управления контроля иностранных инвестиций ФАС России **Осипчук Екатерины Леонидовны** посвящена вопросам юридической ответственности за несоблюдение требований Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства». Актуальность публикации обусловлена целями данного закона, а также степенью общественной опасности нарушений установленных Законом № 57-ФЗ требований.

Статья «**Суперфиций в российском гражданском законодательстве**», подготовленная главным специалистом-экспертом Федеральной антимонопольной службы, преподавателем Экономико-юридического колледжа кандидатом юридических наук **Михаилом Сергеевичем Гуленковым**, посвящена изучению некоторых аспектов суперфиция — ограниченного вещного права, которое предполагается ввести в российское гражданское законодательство. Особое внимание автор уделит рассмотрению различных сфер использования данного правового института.

Вопросы отнесения международного роуминга к трансграничному рынку анализируются в одноименной статье, подготовленной директором Департамента управления регуляторными рисками ПАО «МТС» кандидатом юридических наук **Андреем Викторовичем Рего**, руководителем направления Департамента управления регуляторными рисками ПАО «МТС» **Сергеем Витальевичем Войченко** и руководителем по взаимодействию с органами государственной власти ПАО «ВымпелКом» **Виталием Юрьевичем Недыхаловым**.

В своей статье «**Как внедрить ключевые показатели эффективности или «от добра добра не ищут»**» ведущий эксперт Управления Федеральной антимонопольной службы по Саратовской области, заслуженный эксперт ФАС России **Николай Иванович Ремезов** анализирует возможности применения КПЭ как инструмента системы управления. Используя серьезные научные доказательства, автор постепенно подводит читателей к выводу о необходимости ввести для территориальных управлений ФАС России отдельные КПЭ по процессам, увеличив таким образом и возможность для управлений проявить свои способности в отдельных направлениях деятельности, и число лидеров по отдельным номинациям корпоративного соревнования. Автор предлагает сделать выбор в пользу применения КПЭ на основе требований международных стандартов *ISO* серии 9000, предложив другим федеральным органам власти, Правительству РФ (в том числе и «Открытому Правительству») рассмотреть перспективы широкого внедрения данных стандартов, получивших признание во всем мире.

ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ НЕСОБЛЮДЕНИЯ ТРЕБОВАНИЙ ЗАКОНА ОБ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЯХ В СТРАТЕГИЧЕСКИЕ ОБЩЕСТВА

Рассматривая вопрос юридической ответственности за несоблюдение требований Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»¹, следует принимать во внимание основные цели данного закона — обеспечение обороны страны и безопасности государства.

За нарушение Закона № 57-ФЗ с учетом его основных целей законодательством Российской Федерации установлена гражданско-правовая и административная ответственность. Представляется целесообразным рассмотреть данные виды ответственности в привязке к материальным нормам права, за нарушение которых она и предусмотрена.

Итак, Законом № 57-ФЗ введены изъятия ограничительного характера для иностранных инвесторов и для группы лиц, в которую входит иностранный инвестор²:

- при их участии в уставных капиталах хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства³;
- при совершении указанными лицами сделок, предусматривающих приобретение в собственность, владение или пользование ими имущества таких хозяйственных обществ, которое относится к основным производственным средствам и стоимость которого составляет двадцать пять и более процентов определенной на последнюю отчетную дату по данным бухгалтерской отчетности балансовой стоимости активов хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение;

- при совершении иных сделок, действий, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов или группы лиц над такими хозяйственными обществами.

В соответствии с частью 1 статьи 4 Закона № 57-ФЗ совершение сделок, иных действий, влекущих за собой установление контроля иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение, и указанных в части 1.1 статьи 7 данного закона сделок, предусматривающих приобретение имущества таких хозяйственных обществ, допускается при наличии решения Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российскую Федерацию⁴ о предварительном согласовании таких сделок, действий в соответствии с Законом № 57-ФЗ. Согласование оформляется федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на выполнение функций по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации⁵, и имеет определенный срок действия.

⁴ Постановление Правительства РФ от 06.07.2008 № 510 «О Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации». Далее — Правительственная комиссия.

⁵ В соответствии с постановлением Правительства РФ от 06.07.2008 № 510 «О Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации», Положением о Федеральной антимонопольной службе, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 331, уполномоченным органом является ФАС России. Далее — уполномоченный орган.

¹ Далее — Закон № 57-ФЗ.

² Далее — группа лиц.

³ Далее также хозяйственное общество, имеющее стратегическое значение.



Виды сделок, на которые распространяется действие Закона № 57-ФЗ, указаны в статье 7 данного закона.

Согласно части 1 статьи 8 Закона № 57-ФЗ иностранный инвестор либо входящее в группу лиц юридическое или физическое лицо⁶, которые намереваются совершить какую-либо из указанных в частях 1–4 статьи 7 данного закона сделок или установили контроль над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение, в соответствии с частью 5 статьи 7 Закона № 57-ФЗ **обязаны подать** в двух экземплярах в уполномоченный орган **ходатайство** о предварительном согласовании такой сделки или таких сделок либо ходатайство о согласовании установления контроля⁷.

Гражданско-правовые последствия несоблюдения данного требования предусмотрены статьей 15 Закона № 57-ФЗ, в соответствии с которой сделки, совершенные без предварительного согласования, ничтожны. Суд применяет последствия недействительности ничтожной сделки в соответствии с гражданским законодательством.

В случае если сделка, в результате совершения которой установлен контроль иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственным

⁶ Далее — заявитель.

⁷ Далее — ходатайство.

В случае совершения юридическим лицом административного правонарушения и выявления конкретных должностных лиц, по вине которых оно было совершено, допускается привлечение к административной ответственности по одной и той же норме как юридического лица, так и указанных должностных лиц.

обществом, имеющим стратегическое значение, совершена без учета требований Закона № 57-ФЗ и к указанной сделке невозможно применить последствия недействительности ничтожной сделки, а также в случае, если иностранный инвестор в установленный срок не представил в уполномоченный орган ходатайство о согласовании установления контроля в соответствии с частью 5 статьи 7 Закона № 57-ФЗ, суд по иску уполномоченного органа принимает решение о лишении иностранного инвестора или группы лиц права голоса на общем собрании акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение.

В случае лишения иностранного инвестора или группы лиц в судебном порядке права голоса на общем собрании акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, принадлежащие иностранному

Правоприменительная практика уполномоченного органа показывает, что существующие административные санкции за непредставление в уполномоченный орган уведомления в отношении иностранного инвестора не позволяют обеспечить соблюдение установленного статьей 14 Закона № 57-ФЗ требования.

инвестору или группе лиц голоса не учитываются при определении кворума общего собрания акционеров (участников) такого хозяйственного общества и при подсчете голосов на общем собрании акционеров (участников) такого хозяйственного общества.

Решения общего собрания акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, иных органов управления такого хозяйственного общества и сделки, совершенные таким хозяйственным обществом, после уведомления иностранным инвестором или группой лиц в нарушение требований Закона № 57-ФЗ контроля над таким хозяйственным обществом могут быть признаны в судебном порядке недействительными по иску уполномоченного органа.

Кроме того, за непредставление в уполномоченный орган ходатайств, представление ходатайств, содержащих заведомо недостоверные сведения, либо за нарушение установленных законодательством об иностранных инвестициях на территории Российской Федерации порядка и сроков подачи ходатайств Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях предусматривает наказание в виде административного штрафа.

В соответствии с частью 1 статьи 19.8.2 КоАП РФ за совершение указанных административных правонарушений граждане несут административную ответственность в виде штрафа в размере от 3 до 5 тыс. руб., должностные лица — от 30 до 50 тыс. руб., юридические лица — от 500 тыс. руб. до 1 млн руб.

Согласно КоАП РФ, в качестве должностного лица организации субъектами административной ответственности могут являться как руководители (генеральный директор, руководители структурных подразделений), так и другие сотрудники, совершившие административное правонарушение в связи с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций.

В случае совершения юридическим лицом административного правонарушения и выявления конкретных должностных лиц, по вине которых оно было совершено, допускается привлечение к административной ответственности по одной и той же норме как юридического лица, так и указанных должностных лиц.

Следует обратить внимание на норму статьи 6 Федерального закона от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»⁸, в соответствии с которой сделки, совершаемые иностранными государствами, международными организациями или находящимися под их контролем организациями, в результате которых приобретает право прямо или косвенно распоряжаться более чем 25% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный капитал российского хозяйственного общества, или иная возможность блокировать решения органов управления такого хозяйственного общества подлежат предварительному согласованию в порядке, предусмотренном статьями 9–12 Закона № 57-ФЗ.

Исключения составляют сделки, в которых участвуют международные финансовые организации, созданные в соответствии с международными договорами, участником которых является Российская Федерация, или международные финансовые организации, с которыми Российская Федерация заключила международные договоры. Перечень указанных международных финансовых организаций утверждается Правительством Российской Федерации.

Вместе с тем, в соответствии с пунктом 23 Правил осуществления предварительного согласования сделок и согласования установления контроля иностранных инвесторов или группы лиц, в которую входит иностранный инвестор, над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, утвержденными постановлением Правительства Российской Федерации от 17.10.2009 № 838, в случае, если при рассмотрении ходатайства, поступившего в том числе в соответствии с требованиями Закона № 160-ФЗ, уполномоченным органом будет установлен факт неотнесения общества к хозяйственным обществам, имеющим стратегическое значение, уполномоченный орган принимает решение о возврате ходатайства.

Тем не менее с учетом требований статьи 6 Закона № 160-ФЗ ходатайство должно быть подано в уполномоченный орган в обязательном порядке, в противном случае наступают правовые последствия, предусмотренные статьей 15 Закона № 57-ФЗ и частью 1 статьи 19.8.2 КоАП РФ.

Если заявителем ходатайство подано в установленном Законом № 57-ФЗ порядке и правительственной комиссией принято решение о предварительном согласовании сделки или о согласовании установления контроля **при наличии соглашения с заявителем об обеспечении выполнения заявителем определенных обязательств**, то заявитель **обязан** их выполнять.

⁸ Далее — Закон № 160-ФЗ.

При отказе заявителя принять на себя полностью или частично определенные правительственной комиссией обязательства либо в случае незаключения указанного соглашения в установленные сроки уполномоченный орган в течение трех рабочих дней оформляет соответствующим актом решение об отказе в предварительном согласовании сделки или согласовании установления контроля.

В случае принятия на себя определенных правительственной комиссией обязательств за грубое или неоднократное невыполнение иностранным инвестором либо входящим в группу лиц юридическим или физическим лицом таких обязательств частью 4 статьи 15 Закона № 57-ФЗ предусмотрена гражданско-правовая ответственность в виде лишения иностранного инвестора или группы лиц в судебном порядке по иску уполномоченного органа права голоса на общем собрании акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение. В этом случае принадлежащие иностранному инвестору или группе лиц голоса не учитываются при определении кворума общего собрания акционеров (участников) такого хозяйственного общества и при подсчете голосов на общем собрании его акционеров (участников).

В соглашении с заявителем предусматриваются и иные последствия неисполнения последним принятых на себя обязательств, в том числе выплата неустойки, применение иных мер гражданско-правовой ответственности, а также порядок возмещения причиненных таким неисполнением убытков.

Наряду с требованием о предварительном согласовании определенных сделок и действий Закон № 57-ФЗ предусматривает **требование о представлении** иностранным инвестором или группой лиц в порядке, установленном постановлением Правительства Российской Федерации от 27.10.2008 № 795, в уполномоченный орган **информации о приобретении пяти и более процентов акций (долей)**, составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение, а также о совершении сделок, иных действий, решение о предварительном согласовании которых принято в соответствии с данным законом.

В настоящее время за несоблюдение указанного требования законодательством Российской Федерации предусмотрена только административная ответственность.

Так, часть 2 статьи 19.8.2. КоАП РФ за непредставление в уполномоченный орган уведомлений (информации), представление уведомлений (информации), содержащих заведомо недостоверные сведения, либо за нарушение установленных законодательством об иностранных инвестициях на территории Российской Федерации порядка

Юридическая ответственность за нарушение требований, предусмотренных законодательством об иностранных инвестициях на территории Российской Федерации, характеризуется, с одной стороны, признанием сделок ничтожными и двусторонней реституцией, а с другой стороны, отношением высокими административными штрафами.

и сроков подачи уведомлений (информации) предусматривает наказание в виде административного штрафа: для граждан — в размере от 2 до 3 тыс. руб., для должностных лиц — от 15 до 30 тыс. руб., для юридических лиц — от 250 до 500 тыс. руб.

Вместе с тем правоприменительная практика уполномоченного органа показывает, что существующие административные санкции за непредставление в уполномоченный орган уведомления в отношении иностранного инвестора не позволяют обеспечить соблюдение установленного статьей 14 Закона № 57-ФЗ требования.

Не смотря на то что назначение административного наказания не освобождает лицо от исполнения обязанности, за неисполнение которой административное наказание было назначено, после наложения на иностранного инвестора административного штрафа информация, в соответствии со статьей 14 Закона № 57-ФЗ, в уполномоченный орган может поступать не всегда.

Отдельно следует сказать об имеющейся сложности привлечения иностранного инвестора, местом нахождения которого является территория иностранного государства, к административной ответственности. Это обусловлено невозможностью отслеживать дату вручения процессуальных документов, направленных через ФГУП «Почта России» иностранным лицам, привлекаемым к административной ответственности, либо уклонением таких лиц от получения корреспонденции, что позволяет недобросовестным иностранным инвесторам уходить от ответственности. Такая ситуация препятствует уполномоченному органу надлежащим образом выполнять функции по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации.

Учитывая изложенное, представляется целесообразным введение дополнительной меры воздействия, побуждающей недобросовестных иностранных инвесторов соблюдать действующее законодательство Российской Федерации. Такой мерой может стать возможность уполномоченного органа обращаться в суд с иском о лишении иностранного инвестора права голоса на общем собрании акционеров (участников) хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, в случае если он не представит соответствующую информацию (уведомление).



Особое внимание следует обратить на часть 4 статьи 13 Закона № 57-ФЗ, в соответствии с которой **физические и юридические лица**, в том числе держатели реестров акционеров акционерных обществ, имеющих стратегическое значение, **обязаны представлять по требованию уполномоченного органа в установленный срок достоверные документы**, объяснения в письменной или устной форме и иные необходимые для осуществления уполномоченным органом своих функций **сведения**, включая информацию, составляющую государственную, коммерческую, служебную и иную охраняемую законом тайну.

За непредставление в уполномоченный орган сведений (информации), в том числе за непредставление сведений (информации) по требованию указанного органа в установленный им срок либо представление в указанный орган заведомо недостоверных сведений (информации), частью 3 статьи 19.8.2 КоАП РФ предусмотрено наказание в виде административного штрафа: для граждан — в размере от 3 до 5 тыс. руб., для должностных лиц — от 30 до 50 тыс. руб., для юридических лиц — от 500 тыс. до 1 млн руб.

Таким образом, юридическая ответственность за нарушение требований, предусмотренных законодательством об иностранных инвестициях на территории Российской Федерации, характеризуется, с одной стороны, признанием сделок ничтожными и двусторонней реституцией, а с другой стороны, относительно высокими административными штрафами.

Законодатель, регламентируя данную сферу отношений, безусловно, исходит из общественной и государственной значимости контроля иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также возможных негативных последствий неконтролируемого прихода иностранных инвесторов в такие общества.

Осипчук Е. Л.,
канд. юрид. наук,
заместитель начальника управления-
начальник правового отдела
Управления контроля
иностранннх инвестиций
ФАС России

СУПЕРФИЦИЙ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ

Как отмечают В.П. Камышанский, П.А. Зелюка и С.А. Иванов, расширение перечня вещных прав в современном законодательстве отвечает интересам участников гражданского оборота и позволяет эффективнее осуществлять правомочия владения и пользования¹.

По мнению современных авторов, суперфиций — это вещное право владения и пользования земельным участком в целях возведения на нем и эксплуатации зданий и сооружений и владения и пользования находящимися (возведенными) на чужом земельном участке зданиями и сооружениями за плату, которое может переходить в порядке сингулярного и универсального правопреемства². Суперфиций имеет строго определенное предназначение — пользование зданием или сооружением, возведенным на чужом земельном участке³.

В свете активного развития строительной отрасли следует с одобрением и поддержкой относиться к предполагаемому внедрению в российское законодательство такого ограниченного вещного права, как суперфиций (право застройки)⁴.

Согласно части 1 статьи 300 проекта Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁵, правом застройки является право владения и пользования чужим земельным участком в целях возведения на нем здания или сооружения и его последующей эксплуатации. Представляется целесообразным дать общую характеристику суперфиция, уделив внимание сферам использования данного вещного права.

¹ Камышанский В.П., Зелюка П.А., Иванов С.А. Суперфиций и эмфитевзис в гражданском праве: история и современность // СПС «Консультант Плюс».

² Батурич В.А. Система ограниченных вещных прав в современном гражданском законодательстве. Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2009.

³ Оськина И., Лупу А. Суперфиций как альтернатива сервитуту // СПС «Консультант Плюс».

⁴ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // СПС «Консультант Плюс»; Проект ФЗ № 47538-6 «О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

⁵ Далее — Законопроект.

ДЛЯ СПРАВКИ

Суперфиций (*superficies*) в дословном переводе означает все то, что прочно связано с землей.

В свете активного развития строительной отрасли следует с одобрением и поддержкой относиться к предполагаемому внедрению в российское законодательство такого ограниченного вещного права, как суперфиций.

СУПЕРФИЦИЙ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Суперфиций впервые встречается в римских источниках, а в настоящее время является традиционным правовым институтом для многих зарубежных стран, таких, например, как Германия, Австрия, Швейцария, Хорватия, Словения, Украина, Эстония⁶.

Ю. Барон определяет римский суперфиций как «вещное, полное, наследственное и отчуждаемое право пользования и извлечения плодов на здание, принадлежащее навсегда или на условленное продолжительное время тому, кто возвел это здание на чужом участке с согласия собственника»⁷. В римском праве суперфиций устанавливался путем заключения договора с собственником земельного участка путем отказа назначенного собственником в распоряжении на случай смерти либо по судебному решению⁸. Получатель суперфиция был уполномочен отчуждать свое право, закладывать его, обременять сервитутами или узурфруктом⁹.

⁶ Емелькина И.А. Система ограниченных вещных прав на земельный участок. 2-е изд., исп. и доп. / И.А. Емелькина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 196.

⁷ Барон Ю. Система римского гражданского права: в 6 кн. / Пред. канд. юрид. наук В.В. Байбака. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 460.

⁸ Там же. С. 460–461.

⁹ Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. 3-е изд., испр. и доп. / Д.В. Дождев; Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 477.



В германском праве суперфиций регламентирован Законом о наследственным праве застройки и, как отмечает Т. Лассон, является обременением земельного участка таким образом, что правомочное лицо вправе иметь на поверхности участка строительное сооружение. Германское наследственное право застройки характеризуется как самое серьезное обременение собственности, поскольку собственник утрачивает право владения участком и все соответствующие выгоды, и имеет такие важные признаки, как установление на определенный срок, отчуждаемость и наследуемость¹⁰.

Гражданский кодекс Италии характеризует суперфиций как наследуемое и отчуждаемое вещное право на недвижимую вещь. После истечения срока, на который суперфиций был установлен, право собственности на недвижимую вещь переходит собственнику земельного участка. Аналогичный правовой режим суперфиция регламентирован гражданским законодательством Швейцарии¹¹.

В целях научного познания правового института суперфиция несомненный интерес представляет диссертационное исследование О.А. Кругловой

Гражданский кодекс Италии характеризует суперфиций как наследуемое и отчуждаемое вещное право на недвижимую вещь. После истечения срока, на который суперфиций был установлен, право собственности переходит собственнику земельного участка.

на тему «Право застройки чужого земельного участка: гражданско-правовые проблемы», в котором суперфиций определяется как отчуждаемое ограниченное вещное право, относящееся к группе прав пользования, предоставляющее лицу, имеющему право застройки, правомочия владения и пользования чужим земельным участком исключительно для целей возведения (реконструкции) над или под поверхностью земельного участка здания (сооружения) и его последующей эксплуатации¹². К дифференцирующим признакам, определяющим специфику суперфиция, О.А. Круглова относит:

- право застройки имеет узкоспециальное назначение (может предоставляться исключительно для целей строительства и последующей эксплуатации построенного здания);

¹⁰ Лассон Т. Вещное право Германии // <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/10861>.

¹¹ Бышков П.А. Ограниченные вещные права на земельные участки в странах континентальной Европы и России. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 99.

¹² Круглова О.А. Право застройки чужого земельного участка: гражданско-правовые проблемы. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 8.



- право застройки допускает изменение правообладателем свойств и качеств земельного участка;
- право застройки является отчуждаемым¹³.

Анализируя положения Законопроекта в части права застройки, а также практику законодательного регулирования суперфиция в Германии, Австрии, Швейцарии, Италии, данный исследователь делает вывод о возможности возведения построек не только на земельном участке (как это следует из буквального толкования Законопроекта), но и под ним¹⁴.

К данному предложению следует относиться с одобрением, поскольку подобный подход значительно расширяет сферу применения суперфиция и предоставляет больший объем правомочий пользователю, что в конечном итоге соответствует целям модификации российского законодательства о вещном праве. Также, по мнению О.А. Кругловой, застройка чужого земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности с возможностью приобретения застройщиком права собственности на построенное здание, должна осуществляться исключительно путем договора об установлении права застройки¹⁵.

¹³ Круглова О.А. Право застройки чужого земельного участка: гражданско-правовые проблемы. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 80–82.

¹⁴ Там же. С. 84.

¹⁵ Там же. С. 85.

Анализируя положения Законопроекта в части права застройки, а также практику законодательного регулирования суперфиция в других странах, О.А. Круглова делает вывод о возможности возведения построек не только на земельном участке, но и под ним.

Стоит отметить, что в законодательствах зарубежных стран суперфиций используется в самых разных сферах. Например, в Германии — для строительства и эксплуатации мостов, путевых устройств, автозаправочных станций, канализационных сооружений, дорог, линий электропередач, фонарей, спортивных объектов, площадок для кемпинга, подвалов и подземных гаражей. В Италии суперфиций предоставляется футбольным ассоциациям в целях развития данного вида спорта. В Португалии — для сооружения подземных автостоянок. В Австрии, Германии, Бельгии, Италии, Испании, Португалии, Польше суперфиций устанавливается в отношении уже существующих строений, а пользователь получает право на их реконструкцию, достройку. В законодательстве же таких государств, как Аргентина, Бельгия, Испания, Каталония, Нидерланды, Португалия, суперфиций предоставляется и на насаждения¹⁶.

¹⁶ Свистунова М.В. Право застройки и сфера его применения // СПС «Консультант Плюс».



СУПЕРФИЦИЙ. ПЕРСПЕКТИВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ

Как следует из изложенного, суперфиций может быть задействован для решения многих задач. По нашему мнению, одним из перспективных направлений для его использования в Российской Федерации является публично-частное партнерство—государственно-частное и муниципально-частное¹⁷.

В научной литературе отмечается, что современные реалии требуют наличия адекватных и эффективных условий для осуществления хозяйственной деятельности. Участники экономических отношений все чаще акцентируют внимание на необходимости привлечения частного капитала для осуществления задач и проектов, реализация которых являлась ранее исключительно прерогативой государства. Общей и достаточно острой проблемой для публичных образований всех уровней является дефицит бюджетных средств, в связи с чем поднимаются вопросы бюджетной обеспеченности обязательств, взятых на себя государством, главным образом в социальной сфере. Следовательно, в число наиболее перспективных направлений для обеспечения социально-экономического роста в России входит развитие института государственно-частного партнерства.

¹⁷ Далее также ПЧП, ГЧП, МЧП.

В число наиболее перспективных направлений для обеспечения социально-экономического роста в России входит развитие института государственно-частного партнерства.

Как утверждает Д.А. Самоловов, к государственно-частному партнерству могут быть отнесены самые разные отношения между государственным и частным партнером: арендные отношения, лизинговые отношения, экспертная и консультационная деятельность при совместной разработке нормативных правовых актов, меры государственной поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, социальное партнерство¹⁸. Отметим, что 13.07.2015 Президентом Российской Федерации был подписан Федеральный закон № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁹.

Как указывает П.А. Гагарин, государственно-частное партнерство для России является относительно новой формой средне- и долгосрочного взаимодействия государства и бизнеса для решения

¹⁸ Самоловов Д.А. Отношения государственно-частного партнерства в Российской Федерации: основные признаки и необходимость правового регулирования // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2014. № 6. С. 30–31.

¹⁹ Далее — Закон о ПЧП.



общественно значимых задач на взаимовыгодных условиях (впервые в нашей стране такое понятие появилось в Законе Санкт-Петербурга от 25.12.2006 № 627-100 «Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах»).

Традиционными сферами государственно-частного партнерства во всех странах служили объекты социальной и транспортной инфраструктуры, а движущей силой процесса была тенденция к сокращению участия государства в экономике. В основе идеи ГЧП лежит теория смешанной экономики, однако нельзя считать, что им является любое взаимодействие государства и частного капитала. Критерием может служить выполнение бизнесом функций, которые традиционно были возложены на государство. Развитие и поддержание производственной, транспортной, социальной инфраструктуры — наиболее типичный пример.

В зарубежной правоприменительной практике имеются различные подходы к законодательному регулированию государственно-частного партнерства. Во Франции, Англии, Японии, Австралии нет единых нормативных актов, регламентирующих ГЧП, его основные принципы содержатся

в различных законодательных актах и нормах гражданского права (в данных странах ГЧП наиболее развито). В то же время во многих государствах имеются отдельные законы о государственно-частном партнерстве, например, в Германии, Бразилии, Греции, Египте, Анголе и др. Российская Федерация, наряду с Украиной, Молдовой, Кыргызстаном, где приняты законы о ГЧП, относится ко второй группе стран²⁰.

Исследователи проблем государственно-частного партнерства сходятся во мнении, что оно в первую очередь носит социально ориентированный характер и что наличие социально значимой цели является обязательным признаком ГЧП²¹.

В качестве еще одной характерной черты ГЧП выделяется его длительный характер. Так, в зарубежной практике законодательного регулирования срок ГЧП достигает 50 лет²².

Согласно пункту 1 статьи 1 Закона о ПЧП, его целью является создание правовых условий

²⁰ Гагарин П.А. Государственно-частное партнерство: проблемы и перспективы развития // Финансовая газета. 2013. № 14. С. 10–11.

²¹ См., например; Белицкая А.В. Государственно-частное партнерство: понятие, содержание, правовое регулирование. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 55–56; Варнавский В.Г. Государственно-частное партнерство. М.: ИМЭО РАН, 2009. Т. 1. С. 11.

²² Самоловов Д.А. Указ. соч. С. 36.

для привлечения инвестиций в экономику Российской Федерации и повышения качества товаров, работ, услуг, обеспечение которыми потребителей относится к ведению органов государственной власти и местного самоуправления. В силу пунктов 3–5 статьи 3 Закона о ПЧП соглашением о ГЧП, МЧП является гражданско-правовой договор между публичным партнером (Российская Федерация либо субъект Российской Федерации, либо муниципальное образование) и частным партнером (российское юридическое лицо, с которым заключено соглашение о ПЧП), который заключен на срок не менее чем три года.

Согласно части 1 статьи 73 Закона о ПЧП, объектом соглашения о ГЧП, МЧП, могут являться, в том числе, частные автомобильные дороги, мосты, объекты железнодорожного транспорта, объекты трубопроводного транспорта, порты, аэродромы, аэропорты, объекты по производству, передаче и распределению электрической энергии, объекты здравоохранения, включая объекты, предназначенные для санаторно-курортного лечения и иной деятельности в сфере здравоохранения, объекты образования, культуры, спорта, объекты, используемые для организации отдыха граждан и туризма, иные объекты социального обслуживания населения, объекты благоустройства территорий, в том числе для их освещения, мелиоративные системы и др.

Если сравнить перечень объектов, в отношении которых возможно заключение соглашения о ПЧП, и приведенный выше перечень объектов, в отношении которых устанавливается суперфиций, становится очевидным, что эти перечни во многом схожи друг с другом.

Согласно статье 33 Закона о ПЧП, земельный участок, на котором расположен объект соглашения о ПЧП и (или) который необходим для осуществления деятельности, предусмотренной данным соглашением, предоставляется частному партнеру в аренду на срок, не превышающий срок действия соглашения о ПЧП. Учитывая выявленную в данной статье схожесть между объектами суперфиция и объектами ПЧП, по нашему мнению, договором, предусматривающим переход прав в отношении земельного участка, может служить договор об установлении суперфиция (в случае, если ПЧП предполагает возведение (реконструкцию) над или под поверхностью земельного участка здания (сооружения) и его последующую эксплуатацию). Согласно Законопроекту, суперфиций устанавливается на срок от 50 до 100 лет. Долгосрочный характер указанного вещного права соответствует идее государственно-частного партнерства как длительного взаимодействия государства и бизнеса.

На основании изложенного можно сделать вывод о целесообразности использования суперфиция в правоотношениях, возникающих между сторонами



публично-частного партнерства, то есть о целесообразности предоставления частному партнеру данного вещного права на земельный участок, принадлежащий публичному партнеру.

По нашему мнению, введение в отечественный оборот института суперфиция окажет положительное влияние и на конкуренцию между хозяйствующими субъектами. В науке конкурентного права выделяются такие важнейшие составные элементы конкуренции, как:

- соперничество, то есть приобретение субъектами предпринимательства преимуществ в своей деятельности;
- совершение самостоятельных действий, так как достаточно большое число участников рынка не исключает возможность координации своих действий или воздействия каких-либо внешних обстоятельств;
- действия, то есть связанные с волей участников оборота поступки, порождающие гражданско-правовые последствия²³.

Легализация суперфиция в российском праве предоставит хозяйствующим субъектам (главным образом, осуществляющим деятельность на рынке строительства) большую свободу выбора в своих действиях (в первую очередь при вступлении в отношения, касающиеся вопросов владения и пользования земельными участками), что, по нашему мнению, окажет положительное влияние на конкуренцию между данными хозяйствующими субъектами.

Гуленков М. С.,
канд. юрид. наук,
главный специалист-эксперт ФАС России,
преподаватель Экономико-юридического
колледжа

²³ Конкурентное право России: Учебник [Текст]. 2-е изд., перераб. и доп. / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, И.В. Башлаков-Николаев и др.; Отв. ред. И.Ю. Артемьев, С.А. Пузыревский, А.Г. Сушкевич; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2014. С. 92.

ВОПРОСЫ ОТНЕСЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО РОУМИНГА К ТРАНСГРАНИЧНОМУ РЫНКУ

29 мая 2014 года между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией подписан Договор о создании Евразийского экономического союза (ЕАЭС) – международной организации региональной экономической интеграции. 10 октября 2014 года подписан Договор о присоединении Республики Армения к Договору о ЕАЭС, а 23 декабря 2014 года – Договор о присоединении Кыргызской Республики.

Общие для ЕАЭС правила конкуренции определены в статье 76 Договора о ЕАЭС и включают в себя следующие группы нарушений:

- запрет на злоупотребление доминирующим положением;
- недопущение недобросовестной конкуренции;
- запрет картелей;
- запрет отдельных «вертикальных» соглашений, за исключением тех, которые признаются допустимыми в соответствии с приложением № 19 к Договору о ЕАЭС;
- запрет координации деятельности.

Следует отметить, что Договор о ЕАЭС не определяет запрещенные согласованные действия в качестве антиконкурентного поведения субъектов рынка. Однако из этого не следует вывод, что такие действия разрешены. Отсутствие этого запрета, следуя логике статьи 76 Договора о ЕАЭС и приложения № 19 к нему, означает, что рассмотрение данных нарушений не входит в компетенцию Евразийской экономической комиссии (ЕЭК), а остается в сфере полномочий национальных антимонопольных органов в соответствии с национальным антимонопольным законодательством каждого из государств-членов ЕАЭС.

В связи с образованием ЕАЭС полномочия национальных антимонопольных органов и ЕЭК по контролю за соблюдением норм и правил в сфере защиты конкуренции разделены.

В связи с образованием ЕАЭС полномочия национальных антимонопольных органов и ЕЭК по контролю за соблюдением норм и правил в сфере защиты конкуренции разделены.

Рынок относится к трансграничному, если географические границы товарного рынка охватывают территорию двух и более государств-членов ЕАЭС.

Так, в соответствии с частью 7 статьи 76 Договора о ЕАЭС, пресечение нарушений хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, а также физическими лицами и некоммерческими организациями государств-членов, не осуществляющими предпринимательскую деятельность, общих правил конкуренции, в случае если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках *на территориях двух и более государств-членов*, за исключением финансовых рынков, осуществляется ЕЭК в порядке, предусмотренном приложением № 19 к Договору о ЕАЭС. Соответственно, если рынок не является трансграничным, пресечением нарушений должны заниматься национальные антимонопольные органы на «национальном» рынке по правилам, предусмотренным национальным законодательством конкретного государства.

Таким образом, ключевым вопросом при разделении полномочий ЕЭК и национальных антимонопольных органов является вопрос об отнесении соответствующего товарного рынка к трансграничному (сфера полномочия ЕЭК) или национальному (сфера полномочий национальных антимонопольных органов).

Предлагается более детально изучить вопрос возможности отнесения услуг международного роуминга к трансграничному рынку. Для этого, прежде всего, следует установить, какой собственно рынок может быть определен как трансграничный и какие условия необходимы для применения

ДЛЯ СПРАВКИ

При коллективном доминировании совокупная доля объема реализации или закупки нескольких субъектов рынка, каждый из которых занимает доминирующее положение на трансграничном рынке и чьи действия приводят к нарушению установленного запрета, от объема товара, обращающегося на территории каждого из государств-членов ЕАЭС, затронутых нарушением, должна составлять для не более чем трех субъектов рынка не менее 50% либо не более чем для четырех субъектов рынка — не менее 70%. Однако в любом случае доля хотя бы одного из указанных субъектов рынка не должна быть менее чем 15% на территории каждого из государств-членов ЕАЭС.

предусмотренных Договором о ЕАЭС общих принципов и правил конкуренции.

Критерии отнесения рынка к трансграничному утверждены Решением Высшего Евразийского экономического совета № 29 от 19.12.2012¹ (далее — Критерии). Согласно пункту 2 данного Решения, *рынок относится к трансграничному, если географические границы товарного рынка охватывают территорию двух и более государств-членов ЕАЭС.*

Кроме того, в соответствии с Критериями для целей пресечения ЕЭК нарушений на трансграничном рынке должны соблюдаться в совокупности дополнительные условия применительно к каждой из групп нарушений, указанных в статье 76 Договора о ЕАЭС. Так, например, для целей пресечения картеля не меньше двух субъектов рынка должны быть зарегистрированы на территории разных государств-членов ЕАЭС. Аналогичное требование предусмотрено в случае пресечения недобросовестной конкуренции.

В целях пресечения злоупотребления доминирующим положением при индивидуальном доминировании доля объема реализации или закупки хозяйствующего субъекта-монополиста на трансграничном рынке обязана составлять не менее 35% от общего объема товара, обращающегося на территории каждого из государств-членов ЕАЭС, затронутых нарушением. При этом нарушение запрета должно или может приводить к недопущению, ограничению, устранению конкуренции на трансграничном рынке либо ущемлению интересов других лиц на территории двух и более государств-членов ЕАЭС (см.: «Для справки»).

Таким образом, единственным критерием отнесения того или иного товарного рынка к трансграничному является охват его географическими границами территории как минимум двух государств-членов ЕАЭС. Все другие условия пресечения отдельных нарушений являются дополнительными к критерию трансграничности рынка.

Для целей определения географических границ трансграничного товарного рынка в соответствии

Единственным критерием отнесения того или иного товарного рынка к трансграничному является охват его географическими границами территории как минимум двух государств-членов ЕАЭС.

с пунктом 23 Методики оценки состояния конкуренции, утвержденной Решением Совета Евразийской экономической комиссии № 7 от 30.01.2013², должно выполняться следующее условие: покупатель приобретает товар либо имеет экономическую, техническую или иную возможность приобретения товара, либо считает целесообразным приобрести товар, но при этом не имеет такой возможности, либо считает нецелесообразным приобрести товар вне географических границ данного рынка.

Кроме того, как следует из пункта 26 Методики, при определении географических границ рынка в целях установления его соответствия Критериям выявляются следующие признаки трансграничности товарного рынка:

- поставка товара с территории одного государства на территорию другого государства;
- поставка товара с территории третьих стран на территорию двух или более государств-членов.

Другими словами, товарный рынок может быть признан в качестве трансграничного лишь в том случае, если субъект рынка одного из государств-членов ЕАЭС осуществляет поставку аналогичного или взаимозаменяемого товара (работы, услуги) с территории этого государства на территорию другого государства-члена ЕАЭС, например, из Российской Федерации в Республику Беларусь или из Республики Беларусь в Республику Казахстан и (или) Республику Армения и наоборот. А покупатели, соответственно, могут приобрести данный товар (работу или услугу) в равной степени как у продавца, расположенного в одном с покупателем государстве-члене ЕАЭС, так и у другого продавца, расположенного в ином государстве-члене ЕАЭС.

Возникает вопрос: насколько это требование выполнимо в отношении международного роуминга?

Упрощенный подход может наталкивать на положительный ответ, поскольку абонент оператора связи одного из государств-членов ЕАЭС, пребывая на территории другого государства-члена ЕАЭС, продолжает пользоваться услугами подвижной связи и не совершает при этом каких-либо действий по заключению договора об оказании услуг связи с иностранным оператором.

Вместе с тем для однозначного ответа на данный вопрос необходимо проанализировать национальное законодательство ЕАЭС, национальное законодательство в сфере связи государств-членов

¹ Данное Решение, как и другие упоминаемые в статье Решения Евразийской экономической комиссии, в силу ч. 2 ст. 99 Договора о ЕАЭС сохраняют свою юридическую силу после вступления в силу Договора о ЕАЭС и подлежат применению в части, не противоречащей ему.

² Далее — Методика.



ЕАЭС, а также технические и технологические особенности организации международного роуминга.

Проведенный анализ приводит к противоположному выводу: условие о трансграничности применительно к международному роумингу не может быть соблюдено. Связано это с тем, что услуга связи при организации международного роуминга не поставляется национальным (например, российским) оператором связи на территорию другого государства-члена ЕАЭС (например, в Республику Армения или в Республику Казахстан). Ее оказывает иностранный оператор того государства-члена ЕАЭС, на территории которого находится абонент в международном роуминге (в Республике Армения, Республике Беларусь, Республике Казахстан или Кыргызской Республике).

Рассмотрим вопросы предоставления услуг связи международного роуминга более подробно на примере регулирования оказания услуг подвижной связи в Российской Федерации и с учетом Порядка торговли услугами электросвязи, предусмотренного Протоколом о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций, являющимся приложением № 16 к Договору о ЕАЭС³.

³ Далее — Порядок торговли услугами электросвязи.

Согласно пункту 6 Порядка торговли услугами электросвязи, деятельность по оказанию услуг электросвязи осуществляется на основании выданных уполномоченными органами государств-членов ЕАЭС лицензий в пределах установленных в них территориальных границ.

1. Согласно пункту 6 Порядка торговли услугами электросвязи, деятельность по оказанию услуг электросвязи осуществляется на основании выданных уполномоченными органами государств-членов ЕАЭС лицензий в пределах установленных в них территориальных границ.

Требование об обязательности наличия лицензии при возмездном оказании услуг связи также содержится в законодательстве Российской Федерации (ст. 29 ФЗ «О связи» № 126-ФЗ от 07.07.2003⁴).

Лицензионной территорией российского оператора подвижной связи может быть территория как РФ в целом, так и отдельного субъекта или нескольких субъектов. Однако в любом случае данная территория ни при каких обстоятельствах не должна выходить за пределы РФ (лицензионная территория

⁴ Далее — ФЗ «О связи».



указывается в тексте лицензии), поскольку осуществлению деятельности по оказанию услуг связи предшествует создание оператором подвижной связи сети связи, которая в соответствии с пунктом 1 статьи 13 ФЗ «О связи» *предназначена для оказания услуг связи на территории Российской Федерации*. Сети подвижной связи входят в состав сети связи общего пользования, которая, согласно пункту 1 статьи 12 ФЗ «О связи», входит в состав единой сети электросвязи Российской Федерации, состоящей из *расположенных на территории Российской Федерации сетей электросвязи*.

Следовательно, российский оператор связи в силу законодательных требований не имеет ни правовых, ни технических возможностей самостоятельного оказания услуг связи на территории иного иностранного государства, в том числе государства-члена ЕАЭС.

2. Услуги подвижной радиотелефонной связи оказываются с использованием радиочастотного спектра.

В соответствии с пунктом 7 Порядка торговли услугами электросвязи при осуществлении деятельности по оказанию услуг электросвязи с использованием радиочастотного спектра кроме лицензии на осуществление деятельности на территории государства-члена ЕАЭС необходимо получить решение уполномоченного органа государства-члена ЕАЭС о выделении соответствующих полос радиочастот,

радиочастотных каналов или радиочастот для эксплуатации радиоэлектронного средства и присвоении (назначении) соответствующих радиочастот и (или) радиочастотных каналов.

Согласно пункту 3 статьи 24 ФЗ «О связи», присвоение (назначение) радиочастоты или радиочастотного канала осуществляется только российскому юридическому лицу. Кроме того, исходя из перечня документов, прилагаемых к заявлению на получение лицензии (п. 2 ст. 30 ФЗ «О связи»), соответствующую лицензию на осуществление деятельности в области оказания услуг связи в Российской Федерации может получить только российское юридическое лицо.

Указанное в совокупности исключает правовую и техническую возможность оказания иностранным оператором услуг подвижной связи на территории Российской Федерации.

3. В российском законодательстве в области связи «роуминг» определяется как *обеспечение оператором связи возможности абоненту с применением идентификационного модуля пользоваться услугами подвижной связи, оказываемыми другим оператором связи, с которым у абонента договор об оказании услуг подвижной связи не заключен*⁵ (п. 2 Правил оказания услуг телефонной связи,

⁵ Сопоставимое по смыслу определение *роуминг* содержится также в законодательствах Республики Беларусь и Республики Казахстан. В законодательствах Республики Армения и Кыргызской Республики определение *роуминг* не приводится.

утвержденных постановлением Правительства РФ от 09.12.2014 № 1342). Таким образом, роуминг не является отдельной услугой связи.

В соответствии с Разделом XI Перечня лицензионных условий осуществления деятельности в области оказания соответствующих услуг связи, утвержденного постановлением Правительства РФ от 18.02.2005 № 87, одним из лицензионных условий оператора подвижной радиотелефонной связи является обеспечение предоставления абоненту *возможности пользования* услугами подвижной радиотелефонной связи *при нахождении за пределами территории, указанной в лицензии*.

Рассматривая данное лицензионное условие в правовой взаимосвязи с определением роуминга, приходим к выводу, что применительно к международному роумингу обязанностью российского оператора связи является обеспечение предоставления абоненту *возможности пользоваться* услугами связи при нахождении за пределами лицензионной территории, *оказываемыми другим оператором, с которым у абонента договор об оказании услуг подвижной связи не заключен*.

Таким образом, исходя из определения роуминга и лицензионных условий в международном роуминге, то есть когда абонент находится за пределами лицензионной территории российского оператора, услуги связи ему оказывает другой оператор («визитный», иностранный), а не тот, с которым у абонента заключен договор на оказание услуг подвижной связи («домашний», российский). Иными словами, если абонент российского оператора находится, например, в Республике Армения, то услуги подвижной связи в международном роуминге ему оказывает армянский оператор связи, а российский оператор связи лишь технически обеспечивает возможность получения им таких услуг от армянского оператора и взимает плату за их оказание.

С учетом указанного выше в пунктах 1–3 при организации международного роуминга не выполняется важнейшее требование, необходимое для квалификации данного товарного рынка как трансграничного, а именно: не осуществляется поставка товара с территории одного государства на территорию другого государства-члена ЕАЭС. Следовательно, географические границы розничного рынка международного роуминга не охватывают территорию двух и более государств-членов ЕАЭС.

Следует также отметить, что поскольку единственным критерием отнесения рынка к трансграничному являются географические границы товарного рынка, то наличие или отсутствие на территории разных государств-членов ЕАЭС операторов связи, входящих в одну группу лиц, не влияет на возможность признания международного роуминга трансграничным рынком.

Обеспечение оператором связи возможности абоненту пользоваться услугами подвижной связи

Географические границы розничного рынка международного роуминга не охватывают территорию двух и более государств-членов ЕАЭС.

в международном роуминге осуществляется посредством заключения между «домашним» (национальным) и «визитным» (иностранным) операторами связи межоператорского соглашения и осуществления технического взаимодействия для целей организации телефонных соединений, получения доступа в Интернет, приема и отправления текстовых сообщений в международном роуминге.

В связи с этим в рамках предоставления услуг международного роуминга, помимо оказания услуг связи абонентам, можно выделить также рынок межоператорских услуг, оказываемых «визитным» оператором «домашнему» оператору в рамках заключенного между ними соглашения в целях обеспечения возможности получения абонентом услуг подвижной связи при его нахождении в сети связи «визитного» оператора (оптовый рынок). Однако географические границы указанного рынка также локализованы территорией конкретного государства, где у «визитного» оператора связи расположена сеть связи, используемая для целей исполнения межоператорского роумингового соглашения.

Таким образом, услуги международного роуминга и межоператорские услуги в рамках роуминговых соглашений не обладают признаками трансграничного рынка, как это определено в нормативных актах ЕАЭС, и являются исключительно национальными товарными рынками, географические границы которых ограничены территорией каждого из государств-членов ЕАЭС. В связи с этим для контроля за конкуренцией на таких национальных рынках подлежит применению исключительно национальное антимонопольное законодательство каждого из государств-участников ЕАЭС.

PS: Авторы благодарят АА. Нумерову, ДА. Гаврилова и ВЕ. Пружанского, чьи наработки были использованы в настоящей статье.

Рого А. В.,
канд. юрид. наук,
директор Департамента управления
регуляторными рисками ПАО «МТС»

Войченко С. В.,
руководитель направления
Департамента управления
регуляторными рисками ПАО «МТС»

Недыхалов В. Ю.,
руководитель по взаимодействию
с органами государственной власти
ПАО «ВымпелКом»

КАК ВНЕДРИТЬ КЛЮЧЕВЫЕ ПОКАЗАТЕЛИ ЭФФЕКТИВНОСТИ

ИЛИ «ОТ ДОБРА ДОБРА НЕ ИЩУТ»

Федеральная антимонопольная служба призывает территориальные органы активно включиться в работу по внедрению ключевых показателей эффективности в практику оценки результатов своей деятельности.

Сегодня словосочетание *ключевые показатели эффективности*¹ стало очень модным. Его применяют все — от руководителей Правительства Российской Федерации до менеджера, управляющего персоналом небольшого склада. Однако каждый почему-то вкладывает в это понятие собственный смысл. Между тем, его применение в России имеет свою историю.

Показатель *KPI (Key Performance Indicators)* пришел к нам вместе с американскими и западноевропейскими компаниями, где он используется уже несколько десятилетий. В России *KPI* принято переводить как ключевой показатель эффективности. На самом деле это не совсем верно. Правильнее будет назвать его «ключевой показатель результата деятельности», так как английское слово *performance* включает в себя не только понятие эффективности, но и понятие результативности.

При всей близости этих терминов между ними имеется существенное различие. Например, в международном стандарте *ISO 9000:2005* «Системы менеджмента качества Основные положения и словарь» приведены такие определения:

- **результативность (effectiveness)** — степень реализации запланированной деятельности и достижения запланированных результатов;
- **эффективность (efficiency)** — связь между достигнутым результатом и использованными ресурсами.

Таким образом, *KPI* в значении «ключевой показатель результата деятельности» более объемен и содержит в себе как степень достижения результата, так и затраты на его получение.

Что касается использования термина *KPI* в законодательной и нормативной правовой базе Российской Федерации, то тут налицо фактическое отсутствие практики. Во всяком случае, словарь финансовых и юридических терминов (в него включены только термины, определения которых

¹ Далее также *KPI*.

Система КПЭ может быть действительно полезна лишь для организации, имеющей свою стратегию, цели по каждому направлению деятельности, долгосрочные программы развития и оперативные планы деятельности.

даны в нормативно-правовых актах), размещенный на официальном сайте компании «Консультант-Плюс», не содержит подобной статьи².

Сегодня все, конечно же, согласятся, что система *КПЭ* — это инструмент измерения степени приближения организации к поставленным целям. Показатели позволяют определять результативность и эффективность движения по пути к намеченным целям. Спецификой системы *КПЭ* является такое построение индивидуальных показателей отдельных сотрудников или подразделений организации, которое позволит обеспечить наилучшие показатели организации в целом. Система помогает сделать слаженной работу по достижению общих целей.

Вместе с тем, представляется, что применение системы *КПЭ* как инструмента системы управления по-настоящему актуально только в такой организации, которая уже имеет отлаженную структурированную систему управления. Система *КПЭ* может быть действительно полезна лишь для организации, имеющей свою стратегию, цели по каждому направлению деятельности, долгосрочные программы развития и оперативные планы деятельности. Попытка же просто применить модную систему *КПЭ* без опоры на действующую систему управления вряд ли приведет к успеху.

ОПЫТ ВНЕДРЕНИЯ КПЭ

Министерство финансов РФ

Одними из первых в Правительстве Российской Федерации об использовании системы ключевых показателей эффективности заговорили в Министерстве

² www.consultant.ru/law/ref/ju_dict/.

финансов РФ. В своем выступлении на заседании расширенной коллегии Федерального казначейства 17 февраля 2010 года заместитель председателя Правительства РФ, министр финансов А.Л. Кудрин подчеркнул: «Наша задача, чтобы все то, что мы исполняем, мы могли бы еще и преобразовывать в понятный продукт для наших клиентов и граждан, которые обращаются к этому материалу с целью иметь подробную информацию о том, как живет государство, как оно тратит средства налогоплательщиков... Информационная система Казначейства впоследствии позволит нам существенно раскрывать эффективность любых видов расходов до любой детализации... Это будет единая интегрированная информационная система управления государственными финансами... Минфин поддержит предложение Федерального казначейства по открытию доступа широкому кругу пользователей к системе ключевых показателей эффективности исполнения бюджета Министерства финансов»³.

Всего через два года (в июле 2012 г.) на совещании «Опыт применения информационно-аналитической системы мониторинга ключевых показателей исполнения бюджетов (ИАС КПЭ) для финансовых и контрольно-счетных органов в субъектах РФ», проходившем в г. Саратове, его участники, являющиеся основными пользователями информационной системы, уже обсуждали результаты ее применения. Речь тогда шла о взаимодействии в рамках одной системы Министерства финансов РФ, Федерального казначейства, Счетной палаты РФ, а также Минэкономразвития РФ, Минрегиона РФ, Минздрава РФ, Минтруда РФ, Росстата и других органов исполнительной власти.

На том же совещании было отмечено, что информатизация процесса анализа эффективности бюджетных расходов позволяет, в том числе, при выполнении государственного (муниципального) заказа выявлять нарушения, допущенные участниками закупочного процесса⁴.

Росимущество

Росимущество 16 апреля 2014 года опубликовало «Методические указания⁵ по применению ключевых показателей эффективности государственными корпорациями, государственными компаниями, государственными унитарными предприятиями, а также хозяйственными обществами, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации в совокупности превышает пятьдесят процентов»⁶. В этом документе наконец-то появляется определение понятия *ключевой показатель эффективности*: «Ключевой показатель эффективности (КПЭ) — оценочный



критерий достижения цели, используемый для определения эффективности деятельности, поддающийся количественному измерению и являющийся значимым с точки зрения долгосрочных и среднесрочных задач. Показатели КПЭ являются измерителями целей определенных стратегий развития и плановых значений, заложенных в долгосрочной программе развития госкомпании».

Сформулированное в этом определении предназначение КПЭ весьма неоднозначно: то ли для измерения самих целей и плановых значений, то ли для оценки степени достижения цели. Однако важно отметить, что для применения КПЭ по этой методике необходимо наличие определенных стратегий и их целей, долгосрочной программы развития с плановыми значениями, а также долгосрочных и среднесрочных задач, позволяющих определять эффективность деятельности.

Согласно формулировке, данной в Методических указаниях, основными целями внедрения КПЭ являются **перевод стратегии и долгосрочной программы развития госкомпании в форму конкретных показателей оперативного управления, оценка текущего состояния их достижения и создание основы для принятия управленческих решений в долгосрочной и среднесрочной перспективах**. Кроме того, в Методических указаниях определены основные задачи системы КПЭ, основные задачи компаний в рамках разработки и внедрения системы КПЭ и принципы системы КПЭ.

Обращает на себя внимание неоправданно большое количество целей и задач системы КПЭ, а также их чрезмерная широта. Например, в числе задач компании при разработке и внедрении системы КПЭ названы:

³ Интернет-портал Правительства Российской Федерации: archive.government.ru/docs/9436.

⁴ Информационные технологии в управлении общественными финансами // Электронная Россия. 2012. Сентябрь. № 9. <http://bujet.ru/article/200731>.

⁵ Далее также Методические указания.

⁶ <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/705287/>.

- разработка перечня КПЭ в соответствии со стратегическими целями;
- разработка механизма установления целевых значений КПЭ;
- разработка процедур, обеспечивающих реализацию процесса подготовки инициатив для достижения стратегических целей («План стратегических инициатив»).

А в числе принципов:

- комплексная характеристика деятельности компании;
- наличие оперативных показателей деятельности и стратегических показателей развития;
- ориентированность на рост финансовых и производственных результатов.

Создается впечатление, что по замыслу разработчиков Методических указаний разработка и внедрение системы КПЭ является одним из основных процессов обеспечения достижения стратегических целей государственной компании. А сама система КПЭ должна играть роль некоего фантастического **ключевого фактора успеха**: выбор «правильных» и «хороших» КПЭ позволит достичь стратегических целей. Как будто до постановки вопроса о разработке и внедрении этой системы никто в компаниях никогда не занимался подготовкой инициатив для достижения стратегических целей и только ее разработка позволит ставить такие задачи перед компаниями.

Минтруда России

Минтруда России 10 декабря 2012 года на своем официальном сайте опубликовало информацию о формировании системы КПЭ⁷, с помощью которой будут оцениваться такие области деятельности, как открытость министерства, его внутренняя эффективность и социальный эффект.

Процесс разработки системы при этом должен состоять из:

- дизайна КПЭ, включающего в себя верификацию существующих КПЭ, адаптацию КПЭ к текущим и новым задачам, выбор целевых значений и частоты оценки КПЭ;
- создания механизма отслеживания КПЭ, включающего дизайн процесса сбора и анализа данных для КПЭ и разработку концепции технологической платформы отслеживания КПЭ;
- реинжиниринга процессов;
- контроля и стимулирования, представляющих из себя определение основных этапов и уровня необходимого контроля за внедрением и работой системы КПЭ (мотивации к их достижению).

Такой сложный в описании процесс разработки системы КПЭ приводит в итоге к семи простым

⁷ www.rosmintrud.ru/ministry/opengov/3.

и однообразным показателям: удельный вес гражданских служащих во всей Российской Федерации, удельный вес должностей или органов власти и т.п. Например, показатель № 6: *удельный вес (в %) выявленных случаев несоблюдения государственными гражданскими служащими Российской Федерации (это все федеральные государственные гражданские служащие и все государственные гражданские служащие по всем субъектам РФ) требований к служебному поведению и (или) требований об урегулировании конфликта интересов*. А теперь вопрос: какую же из трех выбранных областей деятельности министерства будет отражать этот показатель: открытость, внутреннюю эффективность или все-таки социальный эффект? И какова концепция технологической платформы отслеживания данного показателя?

Заметим, что для оценки эффективности своих подведомственных бюджетных и казенных учреждений Минтруда РФ продолжает использовать те показатели, которые привычно называет «целевые показатели эффективности работы»⁸.

Минэкономразвития РФ

Минэкономразвития РФ в соответствии со своим приказом от 5 июня 2013 № 304 в рамках деятельности Совета по внедрению проектного управления в федеральных органах исполнительной власти и органах исполнительной власти субъектов РФ утвердило «Методические рекомендации по внедрению проектного управления в органах исполнительной власти»⁹.

Одним из рассматриваемых в этом документе процессов управления является управление мотивацией участников проектов. Этот процесс состоит из подпроцессов: определение КПЭ, оценка КПЭ, определение коэффициентов премирования, расчет премии участников проектной деятельности и организация выплаты премии. Для расчета коэффициентов премирования используют различные типы КПЭ: КПЭ проекта, КПЭ блока мероприятий, индивидуальный КПЭ, а при внедрении интегрированной системы мотивации еще и КПЭ процессов и общие КПЭ органа исполнительной власти. Там же даны определения некоторых из этих терминов. Например:

- **КПЭ проекта** определяет эффективность реализации проекта в части достижения результатов проекта, качества и своевременности достигнутых результатов проекта. Показатель един для всех участников проекта;
- **КПЭ блока мероприятий** определяет эффективность выполнения блока мероприятий в части

⁸ Приказ Министерства труда и социальной защиты РФ от 30.04.2013 № 190н «О целевых показателях эффективности работы федеральных государственных бюджетных учреждений и федеральных государственных казенных учреждений, находящихся в ведении Министерства труда и социальной защиты, критериях оценки эффективности и результативности их работы и условиях премирования руководителей».

⁹ Распоряжение Министерства экономического развития РФ от 14.04.2014 № 26Р-АУ.



достижения качества и своевременности результатов блока мероприятий. Показатель един для всех исполнителей соответствующего блока мероприятий и уникален для всех блоков мероприятий;

- **Индивидуальный КПЭ** определяет индивидуальную эффективность участников проекта в части качества и своевременности выполнения контрольных событий и поручений, эффективности взаимодействия с другими участниками проекта, своевременности предоставления отчетности. Показатель уникален для каждого участника проекта.

Однако все эти определения вместо четкого указания экономических и юридических характеристик соответствующего понятия только добавляют новые, никак не определенные понятия. Чего стоит одна только формулировка «*эффективность участника в части качества и своевременности выполнения контрольных событий*»? Определения же упоминаемых в тексте *КПЭ процесса* и *общих КПЭ органа власти* вообще отсутствуют.

Все типы КПЭ в этих методических рекомендациях используются исключительно для расчета коэффициентов премирования участников проекта в рамках утвержденной системы мотивации органа исполнительной власти, при этом нет никакой привязки к стратегическим целям, не говоря уже о согласованности коллективных и индивидуальных показателей.

Агентство стратегических инициатив

Автономная некоммерческая организация «Агентство стратегических инициатив» предложило, а Правительство РФ утвердило план мероприятий (Дорожную карту) «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики»¹⁰.

Первым пунктом раздела 3 этого плана предусмотрено включение функций развития конкуренции в приоритеты деятельности федеральных

¹⁰ Распоряжение Правительства РФ от 28.12.2012 № 2579-р.

Установление ответственности административного органа за отмену его решения судом вопрос весьма дискуссионный. Эффективность же введения ответственности конкретного должностного лица за законность и обоснованность решения, принимаемого коллегиальным органом, безусловно, будет близка к нулю.

органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов РФ, а также установление соответствующих ключевых показателей эффективности (КПЭ). Кроме этого, с целью упрощения деятельности предпринимателей в рамках антимонопольного регулирования и для повышения эффективности деятельности ФАС России предписано ввести в ключевые показатели эффективности должностных лиц антимонопольных органов ответственность за принятые решения, отмененные впоследствии судами.

Представляется, что эту достойную цель и адекватную ей задачу предлагается решать малоэффективным инструментом. Установление ответственности административного органа за отмену его решения судом вопрос весьма дискуссионный. Эффективность же введения ответственности конкретного должностного лица за законность и обоснованность решения, принимаемого коллегиальным органом (что прямо относится ко всем решениям ФАС России), безусловно, будет близка к нулю. Даже если такой показатель назвать ключевым показателем эффективности должностных лиц ФАС России.

Росграница

Общественный совет при Центральном территориальном управлении Росграницы на своем заседании 24 мая 2012 года постановил: «Принять к сведению информацию секретаря Общественного совета ... о предложениях ЦТУ Росграницы по выполнению поручения Председателя Правительства Российской Федерации Д.А. Медведева от 09.05.2012 № ДМ-П16-26 о повышении роли общественных советов при территориальных органах исполнительной власти с предоставлением им права оценки эффективности деятельности соответствующих органов исполнительной власти. На основе положений Указа Президента Российской Федерации от 10.03.2009 № 261 «О федеральной программе «Реформирование и развитие системы государственной службы Российской Федерации (2009—2013 годы)» в качестве ключевых показателей деятельности территориального органа Росграницы предложено считать:

- координацию деятельности государственных контрольных органов в пунктах пропуска (эффективность работы координационных советов пунктов пропуска через государственную границу Российской Федерации);

Известный администратор Николай Лобанов на своем сайте в сети Интернет предлагает к обсуждению разработанный им 10 августа 2011 года вариант КПЭ складского персонала, состоящий из 26 пунктов. К этому варианту уже есть немало вопросов.

- деятельность по администрированию пунктов пропуска;
- состояние материально-технического и финансового обеспечения деятельности территориального органа;
- организацию информационного обеспечения;
- состояние работы с обращениями граждан и общественными организациями»¹¹.

Похоже, что участники заседания с подачи самих сотрудников федерального агентства, перечислив направления деятельности, так и не смогли привести хотя бы один измеряемый показатель, отражающий степень приближения органа власти к намеченным целям.

Федеральная служба по тарифам

Заседание своего Общественного совета, посвященное обсуждению вопросов формирования ключевых показателей эффективности деятельности, ФСТ провела 16 июля 2012 года¹².

На заседании подробно анализировались граничные условия формирования КПЭ, основные показатели эффективности деятельности службы, содержащиеся в докладах о результатах и основных направлениях деятельности (ДРОНД ФСТ), особенности отраслевой и иной специфики государственного регулирования, правила и принципы внедрения *KPI* в корпоративном секторе за рубежом.

Отдельно были рассмотрены принципы формирования и подробная структура индикаторов антимонопольного законодательства и антимонопольной политики по материалам последнего заседания комитета по конкуренции ОЭСР 14 июня 2012 года. Видимо, члены совета предполагали путем анализа индикаторов зарубежного антимонопольного законодательства и антимонопольной политики, не отражающих, как известно, оценку эффективности самих антимонопольных ведомств, получить важную информацию для предложений по ключевым показателям эффективности ФСТ, не выполняющей функции антимонопольного регулирования в России.

Итоги заседания Общественного совета руководитель ФСТ сформулировал в своем письме в адрес Министерства экономического развития РФ: «Таким образом, с учетом итогов заседания Общественного совета в целях повышения роли общественных

советов при федеральных органах исполнительной власти и их территориальных органов с предоставлением им права оценки эффективности деятельности соответствующих органов исполнительной власти, которая подлежит обязательному учету при оценке деятельности руководителей этих органов, а также по ключевым показателям эффективности федеральных органов исполнительной власти, механизм оценки их деятельности и учет результатов оценки при определении эффективности деятельности федеральных органов исполнительной власти и их должностных лиц представляется целесообразным»¹³.

Частные компании

Известный администратор Николай Лобанов на своем сайте в сети Интернет¹⁴ предлагает к обсуждению разработанный им 10 августа 2011 года вариант КПЭ складского персонала, состоящий из 26 пунктов. К этому варианту также есть немало вопросов. Например, в предложенном Н. Лобановым перечне присутствуют:

- производительность труда: отношение количества собранных заказов за определенный период к общему количеству сотрудников склада;
- производительность труда по сборке заказов в день: количество собранных за определенный период заказов, деленное на количество дней в этом периоде;
- производительность труда по сборке строк заказов в день: количество собранных за определенный период строк заказов, деленное на количество дней в этом периоде;
- уровень недостачи при инвентаризации: сумма недостачи при инвентаризации относительно стоимости инвентаризируемого товарного запаса.

Интересно, можно ли измерить слаженность действий сотрудников для обеспечения достижения запланированного уровня показателя КПЭ?

Итоги

Не претендуя на полноту охвата практики федеральных органов власти, можно констатировать, что этот круг примеров отражает сегодня понятие *система ключевых показателей эффективности* применительно к органам исполнительной власти.

Что следует отнести к понятию «ключевой», а что назвать «эффективностью» — определить очень непросто. То, каким образом приведенные примеры использования системы КПЭ иллюстрируют специфику слаженного воздействия индивидуальных показателей сотрудников и подразделений организации на получение наилучших показателей организации в целом, остается большой загадкой.

¹¹ www.rosgranitsa.ru/ru/node/5212.

¹² www.fstrf.ru.

¹³ Исх. № CH-5641/11 от 19.07.2012.

¹⁴ www.Lobanov-logist.ru.

Невозможно понять, почему при отсутствии необходимой нормативной базы и, соответственно, официального определения понятия *ключевые показатели эффективности* желание и даже требование применять его на всех уровнях власти, во всех отраслях экономики и во всех сферах общественной жизни растут с каждым годом. Все это очень похоже на слепое копирование чужого опыта без понимания особенностей и главного преимущества современного инструмента достижения успеха.

ПРАКТИКА ФАС РОССИИ

Автор считает, что ни один из приведенных выше примеров не может быть использован Федеральной антимонопольной службой России как образец, за исключением, пожалуй, «Методических рекомендаций Министерства экономического развития», где хотя бы обозначен некий системный подход к понятию КПЭ.

Если система управления органом власти проектно-ориентированная, то применяйте КПЭ проектов, а если процессно-ориентированная, тогда КПЭ процессов. Если же ваша система управления органом власти интегрированная, то есть предусматривает одновременное использование элементов двух указанных систем управления, тогда необходимо структурировать всю деятельность органа власти на проекты и процессы и использовать КПЭ проектов и КПЭ процессов, а также общие КПЭ органа исполнительной власти.

Эти, казалось бы, отвлеченные рассуждения могут быть использованы при рассмотрении вопроса о применении КПЭ для оценки эффективности деятельности территориальных органов (ТО) ФАС России и реального стимулирования их коллективов. Но в условиях ограниченного выбора других способов адекватно вознаграждать защитников конкуренции за хорошие результаты работы внедрение системы КПЭ в антимонопольной службе должно быть четко отработано. Направленность на достижение стратегических целей службы, контроль выполнения целей по каждой функции территориального органа и справедливая оценка вклада каждого сотрудника в общий успех коллектива — все это очень важно учитывать при разработке системы.

Проект или процесс?

При внедрении системы КПЭ для оценки эффективности территориального органа необходимо определиться, применительно к какому способу достижения целей — проектному или процессному — ФАС России намерена мотивировать коллективы территориальных органов с ее помощью.

С одной стороны, учитывая, что ключевые показатели эффективности — это система измерений конкретных показателей эффективности деятельности

Говоря о возможности использования КПЭ, следует понимать, что речь должна идти о КПЭ отдельных процессов и о КПЭ территориального органа в целом. И то, и другое в наших условиях вполне реально.

организации по выделенным направлениям, увязанная со стратегическими целями организации, выбор способа достижения стратегических целей службы становится актуальным вопросом. С другой, выбрав в качестве своей стратегии развития разработку, внедрение и сертификацию систем менеджмента качества¹⁵ центрального аппарата и территориальных органов на соответствие требованиям международного стандарта *ISO 9001*, ФАС России уже определила путь решения этой проблемы.

Одним из восьми принципов менеджмента качества, установленных семейством стандартов *ISO* серии 9000, является процессный подход. Таким образом, служба согласилась с тем, что цели достигаются эффективнее, когда деятельностью и соответствующими ресурсами управляют как процессом. И именно на этом принципе строят сегодня свои системы менеджмента качества и центральный аппарат, и большая часть территориальных органов службы.

Поэтому, говоря о возможности использования КПЭ, следует понимать, что речь должна идти о КПЭ отдельных процессов и о КПЭ территориального органа в целом. И то, и другое в наших условиях вполне реально. Например, можно и нужно говорить о КПЭ процесса осуществления контроля недобросовестной конкуренции или КПЭ процесса осуществления контроля за действиями органов власти. Это будут показатели отдельных процессов в каждом территориальном органе.

Можно, конечно же, как это привычно для ФАС России, свести все показатели ТО в один, интегрированный. Но при наличии отдельных КПЭ по процессам у управлений увеличивается возможность проявить свои способности в отдельных направлениях деятельности. Таким образом, возрастет и число лидеров по отдельным номинациям нашего корпоративного соревнования. И такая система оценки результатов деятельности будет намного понятней и ближе к требованиям семейства международных стандартов *ISO 9000*.

КПЭ и модель СМК на основе *ISO 9001*

Знающим этот стандарт достаточно легко увидеть интересную привязку решения проблемы выбора объекта и механизма оценки к факту наличия либо отсутствия в организации системы менеджмента качества, тем более, если эта система сертифицирована на соответствие международному стандарту. Например, если у ТО есть СМК, значит, этим

¹⁵ Далее также СМК.

ФАС России следует обосновать свой выбор применения КПЭ на основе требований международных стандартов ISO серии 9000, предложив другим федеральным органам власти, Правительству РФ подумать о широком внедрении данных стандартов, получивших признание во всем мире.

территориальным органом уже созданы и внедрены необходимые для СМК процессы, установлены цели в области качества для отдельных функций.

При разумном подходе можно добиться, чтобы выделенные процессы прямо соответствовали отдельным функциям территориального управления. Например, процесс (он же функция) контроля отдельного закона, допустим, в контрактной системе. Или процесс (функция) адвокатирования конкуренции. У каждого такого процесса-функции в СМК уже есть критерии и методы, необходимые для обеспечения результативности как у процесса СМК, а как у функции — уже имеется установленная цель. Получается, что для ТО с системой менеджмента качества фактически уже создана система КПЭ — «система показателей эффективности деятельности по направлениям, увязанная с целями». Для таких ТО работа по внедрению КПЭ фактически проведена, и для них не нужно изобретать ничего дублирующего.

Другое дело, что остается значительная часть территориальных органов, которые еще не приступали к этой работе. Для них (пока не внедрена СМК) можно ввести что-нибудь попроще, например, сводную систему ключевых показателей эффективности территориального органа в целом.

Здесь важно, что внедрение СМК по ISO 9000 уже обозначено как стратегия развития ФАС России и всем ТО рано или поздно предстоит это сделать. Так, давайте, в ФАС России выбирать систему КПЭ по процессам СМК: территориальным органам, уже имеющим СМК, надо просто отдать должное за проделанную работу по ее внедрению и признать состоявшимся их фактический переход на КПЭ, а остальным следует помочь, облегчив подготовку к внедрению и сертификации СМК, дополнительно мотивируя к ускорению этих работ. Особое значение для антимонопольного ведомства такой подход будет иметь в свете соперничества с другими федеральными органами власти: мы же будем внедрять СМК не формально, и это должно дать нам обоснованное преимущество.

ФАС России следует обосновать свой выбор применения КПЭ на основе требований международных стандартов ISO серии 9000, предложив другим федеральным органам власти, Правительству РФ (в том числе и «Открытому Правительству») подумать о широком внедрении данных стандартов, получивших признание во всем мире. При этом

свою приверженность принципам менеджмента качества службе предстоит не только демонстрировать коллегам, партнерам и потребителям услуг, но и самим детально осваивать, целиком погружаясь в захватывающую и фундаментальную сущность используемых стандартов.

Внедрение ISO 9001

Международные стандарты семейства ISO 9000 — это собранный умом и волей национальных органов по стандартизации набор требований для добровольного использования теми организациями, которые сами приняли стратегическое решение о внедрении систем менеджмента качества, соответствующих этим требованиям.

Стандарты не предполагают единообразия в структуре и документации СМК. Это означает, что, например, набор процессов или список целей по схожим функциям у разных, даже близких по предмету деятельности, организаций может не совпадать. Общим для всех остается потребность продемонстрировать свою способность постоянно поставлять продукцию, отвечающую требованиям потребителя и применимым законодательным и нормативным требованиям. Общим остается обязательность наличия установленных самой организацией критериев и методов обеспечения результативности выбранных процессов, обеспечение единства цели и направления деятельности организации.

Применительно к территориальным органам ФАС России, любой из которых самостоятельно и свободно (пока!) принимает решение о внедрении системы менеджмента качества, это означает, что каждое управление может иметь свой оригинальный набор установленных процессов в СМК, оригинальный набор критериев и методов обеспечения результативности этих процессов, свой индивидуальный список целей по общему для всех набору функций. Однако ЦА ФАС России как центральный орган управления совокупности из 84 ТО обязан потребовать единства целей.

Можно ли пойти дальше, если говорить о возможном единообразии каких-то других элементов самостоятельно и свободно создаваемых систем менеджмента качества территориальных органов? Есть ли необходимость требовать от территориальных органов, чтобы к одинаковым направлениям деятельности, одинаковым функциям и одинаковым целям по этим функциям добавились при разработке СМК и одинаковые процессы, одинаковые

СМК по стандартам ISO 9000 — это шанс для территориальных органов ФАС России избавиться от устаревших представлений о методах улучшения деятельности. СМК и рейтинг по количественным показателям несовместимы.

критерии и методы для обеспечения результативности процессов? Чтобы у всех ТО все элементы СМК, даже предоставленные стандартами *ISO 9000* к свободному выбору организацией, стали унифицированными, что фактически означало бы появление дополнительных обязательных требований к элементам СМК?

Пока такие добавления со стороны ФАС России к требованиям стандартов *ISO 9000* для систем менеджмента качества своих территориальных органов не будут затрагивать принципов и обязательных требований самих стандартов, можно не беспокоиться за результативность этих систем и за их сертификацию.

Система КПЭ и рейтинги

Одной из целей создания системы КПЭ является построение на ее базе рейтинга результативности деятельности ТО.

И снова этот пресловутый рейтинг!

Построенный 7 лет назад на показателях объема выполненных работ, показателях производительности труда, показателях скорости выполняемых действий и даже модернизированный последними изменениями рейтинг по-прежнему сводит на нет возможность для всех ТО, а значит и для антимонопольной службы в целом, управлять качеством своих услуг, результативностью и эффективностью своей деятельности по каждой из выполняемых функций.

Много ли мы сегодня знаем о том, какие ТО за все эти годы не допустили снижения доли выигранных в судах споров по делам о рекламе? А какие ТО имеют непрерывный рост доли выигранных споров у органов власти или у субъектов естественных монополий?

Нет таких данных. Они не отслеживались. Динамика качественных показателей по одному ТО или динамика одного качественного показателя по всем ТО, отражающая успешность координирующей работы соответствующего отраслевого управления ЦА ФАС России, не входит в задачи методик, которая при этом называется «Методикой оценки результативности деятельности». Зато намного легче найти «отличника» по количеству возбужденных дел — показателю, который всегда приветствовался, при этом совсем неважно, сколько из этих дел было потом проиграно в судах.

Методика до сих пор определяет лучшим по результативности того, чья фактическая результативность смазана коэффициентом нагрузки, улучшение или ухудшение результативности не определено вообще, зато лучшей является выработка на одного работающего без учета проверки качества.

ISO 9001 — наш шанс

Направленность системы рейтингования ТО на обгон коллеги только по скорости мешает сосредоточенной работе над собой. Лауреат Нобелевской

премии по литературе Уильям Катберт Фолкнер сказал: «Всегда мечтайте и стремитесь к большему, чем вы знаете, что можете достигнуть. Не трудитесь быть лучше своих предшественников или современников. Старайтесь быть лучше самих себя...»¹⁶.

Мы все должны понять: время приоритетности объемных показателей перед показателями непрерывного улучшения качества и повышения результативности прошло. Мы взяли за стандарты *ISO*, и наши СМК должны быть построены на принципах и требованиях этих стандартов.

«Постоянное улучшение деятельности — неизменная цель организации». Это — один из принципов стандартов. Завтра надо работать лучше, чем сегодня. Необходимо постоянно улучшать свои собственные показатели по каждому выбранному направлению.

Конечно, рейтингование — своеобразный бенчмаркинг (сопоставление продукции и процессов с лучшими образцами своих конкурентов). И это хорошее дополнение к СМК. Но в своей основе рейтинги должны генерировать стремление найти и освоить лучшее, а не стать победителем по объемам, производительности труда и скорости выполняемых действий.

СМК по стандартам *ISO 9000* — это шанс для территориальных органов ФАС России избавиться от устаревших представлений о методах улучшения деятельности. СМК и рейтинг по количественным показателям несовместимы. Мы можем либо развивать свои системы менеджмента качества и строить на их основе другие системы, в том числе и КПЭ, либо просто цепляться за устаревшее рейтингование ТО, что будет означать незрелость нашего желания работать по *ISO*.

Наши первые успехи в службе по освоению методологии стандартов *ISO* серии 9000, уверенность в правильности выбранного направления развития не должны подвергаться сомнению из-за невразумительных инициатив наших коллег по поиску новомодных, до конца не понимаемых методик и рекомендаций. Если и внедрять КПЭ, то в рамках системы менеджмента качества на основе принципов и требований международных стандартов семейства *ISO 9000*.

От добра добра не ищут.

Ремезов Н. И.,
ведущий эксперт Саратовского
УФАС России,
заслуженный эксперт
ФАС России

¹⁶ «Стандарты и качество». 2014. № 11. 2-я с. обложки.

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 4

№ 3(16) 2015

В современных условиях рыночной экономики хозяйствующие субъекты довольно часто сталкиваются с различными формами нарушений с признаками недобросовестной конкуренции. В статье «**Недобросовестная конкуренция**» заместитель руководителя-начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции **Виктория Викторовна Оберемок** анализирует опыт Краснодарского УФАС России при рассмотрении дел данной категории.

В этом номере мы представляем вниманию читателей главу «**Злоупотребление в отсутствие доминирующего положения? Рыночная власть, доминирование на рынке и злоупотребление экономической зависимостью**», написанную исследователем **Пранаверой Кёлези** для монографии «*Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*» («Злоупотребление доминирующим положением: новые интерпретации, новые механизмы принуждения»). Монография подготовлена специалистами Института проблем интеллектуальной собственности, конкуренции и налогового законодательства им. Макса Планка, Германия, Мюнхен, концентрируется на наиболее актуальных аспектах правовой теории рыночной власти и пока еще не издавалась на русском языке.

НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

ОПЫТ КРАСНОДАРСКОГО УФАС РОССИИ

В соответствии с действующим законодательством Российской Федерации недобросовестная конкуренция не допускается, однако в современных условиях рыночной экономики хозяйствующие субъекты часто сталкиваются с самыми различными формами недобросовестной конкуренции.

Одна из наиболее сложных категорий дел — это дела, возбужденные с признаками недобросовестной конкуренции, ведь такие нарушения совершаются на разных товарных рынках: торговля, общественное питание, полиграфическая деятельность, медицинская деятельность и т.д.

Формы этих нарушений крайне многообразны: это и распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации; и введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей; и некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимой или реализуемой им продукцией с продукцией, производимой или реализуемой другими хозяйствующими субъектами; продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг и т.п.

Именно поэтому при рассмотрении любого дела данной категории необходимо учитывать специфику деятельности хозяйствующих субъектов.

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ СТАТЬИ 14 ЗАКОНА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю¹ в 2013 и I полугодии 2014 года рассмотрено несколько показательных дел, возбужденных по заявлениям хозяйствующих субъектов на действия конкурентов с признаками недобросовестной конкуренции. Проанализируем некоторые из них.

¹ Далее также Краснодарское УФАС России, Управление.

ДЛЯ СПРАВКИ

Государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства, в том числе требований статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», осуществляет антимонопольный орган. Управление Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю осуществляет государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства на территории Краснодарского края. За нарушение требований статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» в соответствии с частями 1 и 2 статьи 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность в виде штрафа.

В соответствии с предоставленными полномочиями Краснодарское УФАС России рассматривает заявления хозяйствующих субъектов на действия конкурентов с признаками недобросовестной конкуренции, возбуждает и рассматривает дела о нарушении статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции», выдает обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

Краснодарским УФАС России по заявлению Региональной общественной организации потребителей «Общество защиты прав потребителей «Равноправие» возбуждено дело № 20/2013 по признакам нарушения **обществом с ограниченной ответственностью «Кубань-Масло»** пункта 2 части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»². Нарушение выразилось во введении в заблуждение потребителей относительно потребительских свойств и качества продукции «Масло сливочное крестьянское 72,5% 200 г «Кубань масло д.в. 07.09.2011».

По результатам рассмотрения дела Комиссией Краснодарского УФАС России принято решение, которым установлен факт нарушения ООО «Кубань-Масло» пункта 2 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции», выразившегося во введении в заблуждение потребителей относительно потребительских свойств и качества указанной

² Далее также Закон о защите конкуренции, Федеральный закон «О защите конкуренции».

Еще одной формой недобросовестной конкуренции является приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

продукции. Противоправные действия производителя были направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности с помощью неправомερных методов (привлечение покупательского спроса к продукции ООО «Кубань-Масло» путем применения на ее упаковке наименования «масло» и размещения на упаковке информации о соответствии товара ГОСТ Р 52969-2008 при его фактическом несоответствии требованиям указанного ГОСТа).

ООО «Кубань-Масло» выдано предписание о прекращении нарушения пункта 2 части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции. Предписание исполнено обществом в установленный Управлением срок. По данному факту нарушения ООО «Кубань-Масло» привлечено к административной ответственности по части 1 статьи 14.33 КоАП РФ в виде штрафа в размере 100 000 руб.

Интерес представляет и **дело № 56/2013**, возбужденное Краснодарским УФАС России в отношении **ООО «Елки-Палки»** по признакам нарушения пунктов 2, 4 статьи 14 Федерального закона



«О защите конкуренции». В Управление поступило заявление ЗАО «ЛАНЧ» (г. Москва) о признаках недобросовестной конкуренции в действиях ООО «Елки-Палки» (г. Краснодар), выразившихся в использовании фирменного наименования ООО «Елки-Палки», сходного, по мнению заявителя, до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам №№ 163619, 183301, 221388, 221458, правообладателем которых является ЗАО «ЛАНЧ», а также в использовании обозначения «Елки-Палки» на вывеске кафе, то есть в оформлении места осуществления деятельности ООО «Елки-Палки», в меню, а также во внутренних документах.

По результатам рассмотрения дела ООО «Елки-Палки» выдано предписание о прекращении нарушения пунктов 2, 4 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» (в дальнейшем переименовано в ООО «Общепит Юг-Сервис»).

Решение по делу № 56/2013 обжаловано ООО «Елки» в Арбитражный суд Краснодарского края³, однако суд не нашел оснований для удовлетворения требований общества, признав решение Краснодарского УФАС России законным и обоснованным. По данному факту нарушения ООО «Елки» привлечено к административной ответственности по части 2 статьи 14.33 КоАП РФ, на общество наложен штраф в размере 100 000 руб.

Еще одной формой недобросовестной конкуренции является приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг. В соответствии

³ Судебное дело № А-32-27626/2013.



с частью 2 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» подобная форма недобросовестной конкуренции не допускается. Примером может служить **дело № 205/2013**, возбужденное Управлением по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Техника», о признаках нарушения антимонопольного законодательства в действиях **ООО «АТЛАН»**, которое выразилось в незаконном приобретении и использовании исключительного права на товарный знак по свидетельству № 456973 (действия ООО «АТЛАН», связанные с регистрацией в 2012 году его обозначения *POWER group* в качестве товарного знака, сходного до степени смешения с обозначением *POWER*, введенным в гражданский оборот ООО «Техника» ранее, в 2009 году, и его использованием до 22.05.2013), что противоречит части 2 статьи 14 Закона о защите конкуренции. ООО «АТЛАН» предписание не выдавалось в связи с прекращением исключительных прав на товарный знак по свидетельству № 456973 на дату рассмотрения дела № 205/2013 — 25.09.2013.

Решение по делу № 205/2013 обжаловано ООО «АТЛАН» в Суд по интеллектуальным правам (дело № СИП 361/2013). В ходе рассмотрения дела Судом по интеллектуальным правам установлено, что заявление общества принято с нарушением правил о подсудности. В связи с этим определением от 20.02.2014 суд передал настоящее заявление ООО «АТЛАН» по подсудности в Арбитражный суд Краснодарского края (судебное дело № А32-11934/2014). Арбитражный суд Краснодарского края не нашел оснований для удовлетворения требований общества, признав решение Краснодарского УФАС России законным и обоснованным.

По данному факту нарушения ООО «АТЛАН» привлечено к административной ответственности по части 1 статьи 14.33 КоАП РФ в виде штрафа в размере 100 000 руб.

В соответствии со статьей 8 Закона об Олимпиаде признаются недобросовестной конкуренцией и влекут наступление последствий, предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации, введение в заблуждение, в том числе

создание ложного представления о причастности производителя товара, рекламодателя к Олимпийским играм и (или) Паралимпийским играм, в том числе в качестве спонсора.

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю по заявлению АНО «Оргкомитет «Сочи 2014» возбуждено **дело № 8/2014** от 20.01.2014 в отношении общества с ограниченной ответственностью «**Би Эм Джи**» по признакам нарушения части 1 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции».

07.02.2014 по результатам рассмотрения дела № 8/2014 Комиссией Краснодарского УФАС России было принято решение, которым установлен факт нарушения ООО «Би Эм Джи» антимонопольного законодательства, выразившегося в незаконном использовании олимпийской символики — наименования «Сочи 2014» — при распространении информации «*HYUNDAI Сочи 2014*» (с изображением автомобиля черного цвета марки *Hyundai* модельного ряда *ix35*) на конструкции, установленной в холле первого этажа ТРЦ «МореМолл», находящегося в городе Сочи.

На основании вступившего в силу решения Комиссии Краснодарского УФАС России, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, в отношении ООО «Би Эм Джи» возбуждено дело об административном правонарушении № 94 А/2014 по части 1 статьи 14.33 КоАП РФ. По результатам рассмотрения дела № 94 А/2014 постановлением о наложении штрафа ООО «Би Эм Джи» привлечено к административной ответственности в виде штрафа в размере 100 000 руб.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Несмотря на тот факт, что Краснодарским УФАС России наработана большая практика применения статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции», при рассмотрении заявлений и дел, возбужденных по признакам нарушения антимонопольного законодательства, при принятии Управлением решений некоторые вопросы вызвали затруднения. Выделим наиболее значимые из них.

1. Вопросы, связанные с формулировкой статей, содержащихся в IV части ГК РФ, а именно статей 1232 и 1491 ГК РФ. IV часть ГК РФ не имеет положений, определяющих момент возникновения исключительного права на товарный знак. Так, в соответствии с пунктом 1 статьи 1232 ГК РФ исключительное право на средство индивидуализации (товарный знак) признается и охраняется при условии его государственной регистрации. Однако в соответствии с пунктом 1 статьи 1491 ГК РФ срок действия исключительного права на товарный знак исчисляется с даты подачи заявки на государственную регистрацию (действует в течение 10 лет).

Таким образом, формулировка пункта 1 статьи 1491 ГК РФ позволяет считать датой возникновения исключительного права на товарный знак дату подачи заявки на его государственную регистрацию, что противоречит пункту 1 статьи 1232 ГК РФ, в соответствии с которым исключительное право не может признаваться без его государственной регистрации.

В свидетельстве на товарный знак указаны две даты:

- дата приоритета товарного знака (дата подачи заявки);
- дата регистрации в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации.

По данному вопросу Краснодарскому УФАС России Федеральной службой по интеллектуальной собственности⁴ были даны письменные разъяснения, в соответствии с которыми дата внесения записи о регистрации товарного знака в Государственный реестр товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации является датой возникновения исключительного права на товарный знак.

2. Применение подпункта 8 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ. В соответствии с этой нормой использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается сообщение по кабелю, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции). Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия.

В данной статье ГК РФ не указано, кто будет субъектом, использующим авторское произведение при его сообщении по кабелю. В связи с этим при применении вышеназванной нормы в рамках рассмотрения дел, возбужденных по признакам нарушения статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции», возникают трудности по установлению лица, незаконно использующего авторское произведение, поскольку лицо, представляющее интересы авторов — Российское авторское общество⁵, по мнению Управления, расширительно толкует данную норму, включая в круг субъектов, использующих авторские произведения при сообщении их по кабелю, как вещателей телеканалов, так и операторов кабельного телевидения. По данному вопросу Краснодарскому УФАС России даны разъяснения ФАС России от 29.01.2013 № АГ/2788/13.

⁴ Исх. № 02/34-1306/41 от 17.01.2012.

⁵ Далее также РАО, Общество.

Особого внимания в этой связи заслуживает **дело № 317/2012**, возбужденное по заявлению РАО в отношении **ООО «Кубтелеком»** по признакам нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» (признаки недобросовестной конкуренции, выражающиеся в продаже, обмене или ином введении в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг). Управлением было принято решение о прекращении производства по делу № 317/2012 из-за отсутствия нарушения антимонопольного законодательства.

В ходе рассмотрения дела было установлено, что 21.09.2012 ООО «Кубтелеком»:

- при осуществлении вещания по кабелю телепрограммы «A-ONE—Первый Альтернативный» были использованы музыкальные произведения *Bom Bom* (исполнитель *Sam and The Womp*), *Give It Up* (1994) (исполнитель *Public Enemy*), *Tatoo* (исполнители Тимати/L`One/Джиган/Варчун/Крэк/Карандаш), *She Said OK* (исполнители *Big Boi ft. Theophilus London*), *Justice Crew* (исполнитель *Justice Crew*);
- при осуществлении вещания по кабелю телепрограммы *Bridge TV* («Бридж ТВ») были использованы авторские музыкальные произведения *Havana* (исполнитель *Kenny G*), «Корабли» (исполнитель Дмитрий Колдун), *One More Night* (исполнитель *Maroon 5*), *Bara Bara Bere Bere* (исполнитель *Alex Ferrari*), *Du hast* (исполнитель *Rammstein*), *Don't You Worry Child* (исполнитель *Swedish Hous Mafia ft. John Martin*), *Empire State Of Minde* (отрывок записи звучания, исполнитель *Jay-Z ft. Alicia Keys*), *Changed The Way You Kiss Me* (исполнитель *Exemple*), *9PM (Till I Come)* (исполнитель *ATB*).

Согласно части 1 статьи 1225 Гражданского кодекса Российской Федерации результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются произведения науки, литературы и искусства и т.д.

В соответствии с частью 1 статьи 1255 ГК РФ интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства являются авторскими правами.

В соответствии с частью 1 статьи 1259 части 4 ГК РФ объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения, в том числе музыкальные произведения с текстом или без текста.

Согласно части 1 статьи 1229 ГК РФ гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (статья 1233 ГК РФ), если настоящим Кодексом не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную Гражданским Кодексом Российской Федерации, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия, допускается Гражданским Кодексом Российской Федерации.

В соответствии с подпунктом 8 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ использованием произведения, независимо от того совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой, считается (в том числе) сообщение по кабелю, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции). Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия.

В соответствии со статьей 1329 ГК РФ организацией эфирного или кабельного вещания признается юридическое лицо, осуществляющее сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (совокупности звуков и (или) изображений или их отображений).

В соответствии с пунктом 1 статьи 1330 ГК РФ организации эфирного или кабельного вещания принадлежит исключительное право использовать правомерно осуществляемое или осуществленное ею сообщение в эфир или по кабелю передач в соответствии со статьей 1229 ГК РФ любым не противоречащим закону способом (исключительное

право на сообщение радио- или телепередач), в том числе способами, указанными в пункте 2 статьи 1330 ГК РФ. Организация эфирного или кабельного вещания может распоряжаться исключительным правом на сообщение радио- или телепередач. Таким образом, лицом, осуществляющим сообщение произведения по кабелю, является организация кабельного вещания.

Следовательно, предусмотренное подпунктом 8 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ использование произведения, а именно сообщение произведения по кабелю, реализуется лицом, осуществляющим сообщение произведения по кабелю, — организацией кабельного вещания.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации» под вещателем понимается российское юридическое лицо, осуществляющее формирование телеканала или радиоканала и его распространение в установленном порядке на основании лицензии на телевизионное вещание, радиовещание.

В соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 13.2006 № 760 «Об утверждении Правил присоединения и взаимодействия сетей связи для распространения программ телевизионного вещания и радиовещания» вещатель, пользователь услугами связи для целей радиовещания, который составляет телепрограммы и (или) радиопрограммы для их приема неопределенным кругом лиц и на основании лицензии на вещание, распространяет их либо обеспечивает их распространение в полной и неизменной форме третьим лицом.

В соответствии с пунктом 12 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» оператор связи — это юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Согласно пункту 32 Федерального закона «О связи», услуга связи — это деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

В соответствии с распоряжением Правительства РФ от 29.11.2007 № 1700-р «О концепции развития телерадиовещания в Российской Федерации на 2008–2015 годы» услуга связи по трансляции — это деятельность оператора связи по передаче сигнала телевизионного канала, радиоканала для его непосредственного приема пользователями, в том числе абонентами.

Таким образом, оператор связи не является лицом, осуществляющим сообщение произведения по кабелю, и, соответственно, лицом, использующим авторское произведение.

Согласно статье 29 Федерального закона «О связи», деятельность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей по возмездному оказанию

услуг связи осуществляется только на основании лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи, при этом оператор связи может одновременно являться и организацией кабельного либо эфирного вещания при наличии соответствующей лицензии. В этом случае такое лицо будет осуществлять сообщение произведения по кабелю, и, соответственно, являться лицом, использующим авторское произведение при сообщении его по кабелю в формируемой им телепередаче.

ООО «Кубтелеком» не является вещателем телеканалов *A-ONE* и «Бридж ТВ» (*Bridge TV*), не формирует их, следовательно, не является лицом, осуществляющим их сообщение по кабелю.

В соответствии с лицензией, выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) ООО «Кубтелеком», наименование лицензионной услуги, оказываемой ООО «Кубтелеком», — услуга связи для целей кабельного вещания.

В соответствии с пунктом 9 условий осуществления деятельности по лицензии № 89354 оказание услуг связи допускается только при наличии лицензии (лицензий) на осуществление вещания и (или) при наличии договора (договоров) на оказание услуг связи с лицензиатом-вещателем.

Таким образом, оператор связи в рамках выданной ему лицензии не может оказывать услуги связи при отсутствии лицензии на вещание или договора с лицензиатом-вещателем. Следовательно, сообщение произведения по кабелю невозможно (неправомерно) при отсутствии вещателя телеканала — лица, на которого положениями ГК РФ возложена обязанность по получению согласия правообладателя на использование авторского произведения. При этом вещателем телеканала может быть лицо, одновременно являющееся оператором связи, либо лицо, не имеющее лицензии на оказание услуг связи. Значит, сообщение по кабелю произведения не может быть осуществлено без участия вещателя телепрограммы и получения данным вещателем согласия автора на сообщение в эфир авторского произведения.

Следует также учитывать, что оператор связи при отсутствии лицензии на вещание телеканала не является лицом, осуществляющим сообщение произведения по кабелю, и, соответственно, не является лицом, обязанным согласно положениям ГК РФ получать согласие автора на сообщение авторского произведения по кабелю.

Отметим, что, как было указано выше, оператор связи вправе оказывать услуги связи только при наличии лицензии на вещание либо при наличии договора, заключенного с лицом, имеющим лицензию на вещание. В случае если оператор связи одновременно является вещателем, на нем лежит обязанность по получению согласия автора

Вопрос о сходстве до степени смешения двух словесных обозначений, применяемых на товарах заявителя и ответчика, может быть разрешен Комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства с позиции рядового потребителя и специальных знаний не требуется.

на использование его произведения посредством сообщения по кабелю. В случае если оператор связи не является одновременно вещателем, обязанность по получению согласия автора на использование его произведения лежит на лице, с которым оператором связи заключен договор на оказание услуг связи.

В заявлении РАО было указано, что действия ООО «Кубтелеком», связанные с уклонением от заключения с Обществом лицензионного договора и от оплаты авторского вознаграждения, содержат признаки недобросовестной конкуренции. Однако ООО «Кубтелеком» не является вещателем телеканалов «*A-ONE*–Первый Альтернативный» и «Бридж ТВ» (*Bridge TV*). Вещатель телеканала «*A-ONE*–Первый Альтернативный» — общество с ограниченной ответственностью «Телеканал Первый Альтернативный» (по лицензии № 20127, выданной Роскомнадзором), вещатель телеканала «Бридж ТВ» (*Bridge TV*) — общество с ограниченной ответственностью «Он-Медиа» (по лицензии № 21301, выданной Роскомнадзором). Следовательно, сообщение по кабелю данных телеканалов осуществлялось обществом с ограниченной ответственностью «Телеканал Первый Альтернативный» и обществом с ограниченной ответственностью «Он-Медиа» посредством услуг связи, оказанных ООО «Кубтелеком».

Хозяйствующими субъектами-конкурентами ООО «Кубтелеком» являются юридические лица и индивидуальные предприниматели, оказывающие услуги связи для целей кабельного вещания. Как было указано выше, данные лица обязаны заключать договоры в целях оказания услуг связи с лицензиатом-вещателем, который сообщает в эфир телепрограмму посредством услуг связи, предоставляемых данным оператором. При этом лицензиат-вещатель должен получать согласие автора произведения в случае сообщения его по кабелю.

При добросовестном исполнении оператором связи обязанностей, предусмотренных лицензией на оказание услуг связи для целей кабельного вещания, а именно при оказании данных услуг только при наличии договора с лицензиатом-вещателем, оператор связи не обязан получать согласие автора произведения на его сообщение по кабелю в связи с наличием такой обязанности у вещателя — пользователя услугами связи для целей телерадиовещания.

Следовательно, отсутствие у оператора связи, действующего в рамках выданной ему лицензии, обязанности по получению согласия автора произведения на его использование при сообщении произведения по кабелю, исключает возможность ущемления прав конкурентов данного оператора связи, оказывающих аналогичные услуги, действующих в рамках выданной им лицензии и не получивших согласие автора на сообщение произведения по кабелю (в связи с отсутствием у операторов связи такой обязанности).

Таким образом, в действиях ООО «Кубтелеком» по оказанию услуг связи без получения соответствующего согласия авторов произведений отсутствует нарушение антимонопольного законодательства, поскольку они не могут причинить убытки конкурентам, законно осуществляющим аналогичную деятельность по оказанию услуг связи (в рамках выданных лицензий на оказание услуг связи для целей кабельного вещания). Следовательно, в действиях ООО «Кубтелеком» отсутствует и нарушение пункта 4 части 1 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции».

По результатам рассмотрения данного дела Краснодарским УФАС России принято решение о прекращении производства по делу в связи с отсутствием нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» в действиях ООО «Кубтелеком».

Решение по делу № 317/2012 было обжаловано РАО в Арбитражный суд Краснодарского края. Однако арбитражный суд Краснодарского края не нашел оснований для удовлетворения требований Общества, признав решение Управления законным и обоснованным (дело № А 32-24770/2013). Тогда РАО обжаловало решение Арбитражного суда Краснодарского края в Пятнадцатый Арбитражный апелляционный суд, однако и он оставил решение арбитражного суда в силе (дело № 15АП-1920/2014).

3. Нарушение исключительных прав на товарный знак. При рассмотрении заявлений и дел о нарушении исключительных прав на товарный знак одним из доказательств является заключение либо экспертиза о схожести до степени смешения используемых нарушителями обозначений с зарегистрированными товарными знаками.

По запросу антимонопольных органов Роспатент дает вышеуказанные письменные консультации в виде справок о схожести до степени смешения используемых нарушителями обозначений с зарегистрированными товарными знаками (принимаются судами). Хотелось бы обратить внимание на тот факт, что подобное заключение (либо иная экспертиза) необходимо только для разрешения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний.

Вопрос о сходстве до степени смешения двух словесных обозначений, применяемых на товарах заявителя и ответчика, может быть разрешен Комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства с позиции рядового потребителя и специальных знаний не требует. Данная позиция подтверждена пунктом 13 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности», а также рядом судебных решений, в том числе судебным решением Арбитражного суда Краснодарского края по делу № А 32-34694/2013.

4. Вопросы, связанные с обжалованием решений антимонопольных органов. При рассмотрении в арбитражных судах дел, связанных с обжалованием решений антимонопольных органов, суды и стороны допускают ограничительное толкование пункта 9 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции»: суд и стороны указывают на отсутствие признаков недобросовестной конкуренции в действиях хозяйствующего субъекта при недоказанности причинения убытков другому хозяйствующему субъекту независимо от того, что такие убытки *могли быть* причинены.

Вышеуказанные спорные вопросы были разрешены Краснодарским УФАС России с учетом судебной практики, а также разъяснений ФАС России и Роспатента.

Практика показывает, что зачастую хозяйствующие субъекты используют недозволенные формы поведения на определенном товарном рынке, создающие препятствия конкурентам при осуществлении их деятельности, что и является недобросовестной конкуренцией. И только сочетание государственного контроля, в том числе за соблюдением антимонопольного законодательства в части недобросовестной конкуренции, осуществляемого антимонопольным органом, контроля хозяйствующих субъектов за добросовестным осуществлением деятельности конкурентов на товарном рынке и добросовестного поведения на рынке самих хозяйствующих субъектов может считаться эффективным, обеспечивает защиту конкуренции и создает условия для успешного функционирования товарных рынков.

Оберемок В. В.,
заместитель руководителя
Краснодарского УФАС России –
начальник отдела контроля рекламы
и недобросовестной конкуренции



РЫНОЧНАЯ ВЛАСТЬ И ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ЗАВИСИМОСТЬ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ПРАВА КОНКУРЕНЦИИ

В 2012–2013 учебном году студентам 4 курса факультета права Научного университета – Высшей Школы Экономики, которые проходили обучение по программе специалитета (т.е. без выделения бакалавриата и магистратуры), был прочитан курс лекций «Конкурентное право». Поскольку программа дисциплины предусматривает самостоятельную письменную работу студента, то в качестве таковой учащимся было предложено коллективно перевести главу *Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence* («Злоупотребление в отсутствие доминирующего положения? Рыночная власть, доминирование на рынке и злоупотребление экономической зависимостью»), написанную исследователем Пранаверой Кёлези (*Pranvera Këllezi*) для монографии *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*¹. Научная работа подготовлена специалистами Института проблем интеллектуальной собственности, конкуренции и налогового законодательства им. Макса Планка (Германия, Мюнхен) и концентрируется на наиболее актуальных аспектах правовой теории рыночной власти.

Перевод выполнили студенты 4 курса группы «Трудовое право»: В. Меньшова, К. Орлов, Е. Толмачева, А. Хозилова, Н. Вашковская, В. Дарханова, К. Рахусаар. К. Рахусаар также выполнила предварительное редактирование всего текста, научное редактирование — канд. экон. наук, заслуженный экономист Российской Федерации, помощник руководителя ФАС России А.Г. Сушкевич.

Чем интересна работа Пранаверы Кёлези? Во-первых, она затрагивает тему, которая редко попадает в сферу внимания исследователей: соотношение рыночной власти и экономической зависимости одного участника рынка от другого. Во-вторых, автор не ограничилась только теоретическими изысканиями, но проанализировала законодательства

ряда европейских стран, имеющие отношение к вопросам экономической зависимости, а также подобрала и прокомментировала важнейшие решения Еврокомиссии и Европейского суда, содержащие правовую оценку отношений экономической зависимости.

Работа Пранаверы Кёлези поможет нам глубже понять соотношение доминирующего положения компании на рынке и экономической зависимости участников рынка, связанных договором, а также ответить на вопросы: так ли важна рыночная доля для появления такой зависимости? В каких обстоятельствах возникает экономическая зависимость? Позволяет ли концепция доминирующего положения квалифицировать экономическую зависимость как разновидность доминирующего положения? Требуется ли вмешательство антимонопольного органа для ее устранения?

Работа построена следующим образом: первые параграфы посвящены разбору концепции рыночной власти, далее автор приводит известные примеры правового регулирования экономической зависимости в национальном законодательстве стран-членов Евросоюза (и не только) и выявляет соотношение рыночной власти и экономической зависимости для того, чтобы перейти к анализу концепции доминирующего положения с точки зрения возможности публичного вмешательства в отношения экономической зависимости с применением инструментария пресечения злоупотребления доминирующим положением.

Надеемся, что это исследование послужит удачным примером учебно-методической работы студентов по курсу «Конкурентное право», а также даст возможность по-новому взглянуть на практику применения запрета на злоупотребление доминирующим положением по российскому праву конкуренции.

Редакция научно-практического
электронного журнала
«Российское конкурентное право и экономика»

¹ Springer reference. Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms? MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law Volume 5, 2008, pp. 55-88. Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence. Author: Pranvera K. Ilez. © 2008 Springer-Verlag Berlin Heidelberg. DOI 10.1007/978-3-540-69965-1_3.Print ISBN 978-3-540-69958-3.Online ISBN 978-3-540-69965-1.



ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ В ОТСУТСТВИИ ДОМИНИРУЮЩЕГО ПОЛОЖЕНИЯ?

РЫНОЧНАЯ ВЛАСТЬ, ДОМИНИРОВАНИЕ НА РЫНКЕ И ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ЗАВИСИМОСТЬЮ

1. ВВЕДЕНИЕ

В традиционном подходе к определению доминирующего положения наибольшее значение придается долям рынка и установлению его границ. С этой точки зрения доли рынка составляют пороговое значение для государственного вмешательства, что может привести к игнорированию антимонопольными органами некоторых типов рыночной власти, хотя такой традиционный подход и повышает уровень правовой определенности. В ряде европейских стран были приняты законы, позволяющие вмешательство в случаях доминирования с незначительной рыночной долей, например, при злоупотреблении экономической зависимостью. В целом, экономическая зависимость появляется, когда поставщик экономически зависим от покупателя или наоборот. Интерес регулятора к экономической зависимости обострился, когда существенно выросла концентрация некоторых отраслей промышленности и действия компаний стали ущемлять интересы малого бизнеса.

В соответствии с Регламентом 1/2003¹, в отличие от национального законодательства, устанавливающего запрет соглашений, государства-члены могут «принимать и применять на своей территории более строгие законы, запрещающие или разрешающие одностороннее поведение хозяйствующих субъектов»². Такое «исключение» относится к «положениям, которые запрещают или устанавливают санкции за противоправное поведение в отношении экономически зависимых хозяйствующих субъектов»³.

В результате буквального толкования положения Регламента 1/2003 мы можем сделать вывод о том, что существующие национальные нормы, касающиеся злоупотребления экономической зависимостью, строже, чем положения статьи 82ЕС (*Article 82EC* содержит запрет на злоупотребление доминирующим положением. — *Ред.*). Однако это не всегда так, и целью данной статьи является более

детальное исследование этого вопроса. Ответ на поставленный вопрос представляет интерес не только для стран, которые уже приняли специальные нормы о злоупотреблении экономической зависимостью. Антимонопольное законодательство всех государств-членов Евросоюза и многих государств, не входящих в него, заимствовало определение понятия *доминирующего положения*, данного Европейским судом в деле *United Brands*⁴.

Еще одна задача, которую ставил перед собой автор данной работы, — определить, имеется ли тенденция к расширительному толкованию понятия доминирующее положение, что подразумевает, в частности, включение в него концепции экономической зависимости.

Изучение экономической зависимости также представляет интерес в рамках процесса модернизации статьи 82ЕС. Размышления о толковании статьи 82ЕС включают в себя обсуждение следующих вопросов: что такое *доминирующее положение*? Как оно соотносится с рыночной властью и долями на рынке? Может ли хозяйствующий субъект с низкой долей на рынке иметь доминирующее положение? Что такое злоупотребляющее поведение? Каков подходящий инструмент для выявления антиконкурентного эффекта? Дискуссия по этим вопросам касается как статьи 82ЕС, так и понимания сути экономической зависимости.

Прежде чем начать, хотелось бы внести ряд важных уточнений. Толкователи антимонопольного законодательства могут вести дискуссии об уместности концепции экономической зависимости или о том, насколько жестко или гибко вмешательство (государства в такие отношения. — *Ред.*). Цель данной статьи состоит не столько в том, чтобы поучаствовать в этих спорах, сколько в том, чтобы представить концепцию экономической зависимости так, как она сформировалась в результате правоприменительной практики в различных национальных антимонопольных законах. Кроме того, мы намереваемся ответить на вопрос, соотносится

¹ Регламент Совета (ЕС) № 1/2003 от 16.12.2002 о применении норм о конкуренции, закрепленных в статьях 81 и 82 Римского договора (далее также Договор), [2003] OJ L 1/1.

² Там же, ст. 3 (2).

³ Там же, пер. 8.

⁴ Дело 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, абз. 65.



ли концепция экономической зависимости с концепцией доминирующего положения, определение которого дано в европейском антимонопольном законодательстве, а также с концепцией рыночной власти.

Об экономическом определении рыночной власти мы поговорим во второй главе. Там же раскроем соотношение власти с долями на рынке. Глава 3 касается вопроса концепции экономической зависимости в ряде национальных антимонопольных законов, а также применения схожей концепции в Швейцарии. В главе 4 рассматривается определение доминирующего положения по европейскому антимонопольному законодательству, делается акцент на соответствующей судебной практике. Злоупотребляющее поведение и способы судебной защиты кратко изложены в главе 5.

2. РЫНОЧНАЯ ВЛАСТЬ

2.1. Экономическое определение рыночной власти

Рыночная власть — это ключевая тема в современной экономике и конкурентном праве. В частности, право конкуренции используется для минимизации социальных издержек при осуществлении рыночной власти⁵. Антимонопольные органы нередко сталкиваются с ситуацией, когда один или более одного хозяйствующих субъектов имеют возможность влиять на цены⁶, объем выпуска продукции, а равно и на другие показатели конкуренции, к примеру, на уровень инновационной активности. Европейская Комиссия определила рыночную власть как «возможность влиять на рыночные цены, объем выпуска, инновационную активность, ассортимент и качество товаров и услуг, а также на другие показатели конкуренции на рынке за определенный период времени»⁷. Современные хозяйствующие субъекты придают особое значение важности стратегического поведения, целью которого является получение выгоды от монопольного положения⁸. Это также именуется возможностью устранять с рынка существующих или потенциальных конкурентов⁹.

Рыночная власть определяется при помощи двух критериев: предельных издержек, или уровня цены на конкурентном рынке, и монопольной цены. Неспорным является тот факт, что вся теория экономики промышленности построена вокруг двух рыночных систем: конкуренции и монополии.

⁵ Осуществление рыночной власти — один из видов провала рынка.

⁶ Цена не является единственным показателем конкуренции. Компания обладает рыночной властью, если она способна влиять на количество, качество, инновации или другие коммерческие условия.

⁷ Европейская комиссия. DC Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005. Доступно на <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

⁸ Church/Ware, Industrial Organisation. A Strategic Approach, 603 (2000).

⁹ См.: Bishop/Walker, The economics of the EC Competition Law, 73 (2002); Church/Ware, сноска 8, 603.

Сравнение обычно показывает преимущество результата функционирования одной системы над другой с точки зрения общественного благосостояния.

В ситуации совершенной конкуренции ни одна компания не обладает рыночной властью или возможностью устанавливать цену¹⁰. Рыночная цена равна предельным издержкам. Компания, обладающая рыночной властью, имеет возможность с выгодой для себя увеличить цену по сравнению с предельными издержками¹¹. Критерий совершенной конкуренции, или отсылка к текущим предельным издержкам, обычно используется для того, чтобы определить рыночную власть компании.

В соответствии с данным подходом хозяйствующий субъект обладает рыночной властью, если он имеет возможность добиться даже небольшого увеличения цены. Поскольку высокие постоянные издержки не могут быть компенсированы без установления цены большей, чем предельные издержки¹², на рынке обычно складывается ситуация, когда множество фирм обладает некоторой рыночной властью¹³. Как следствие, более точное определение рыночной власти базируется на возможности устанавливать цены, являющиеся более высокими по сравнению со средними долгосрочными издержками¹⁴.

Монопольное поведение соответствует крайне высокому уровню рыночной власти. Монополист устанавливает цены, поскольку он является единственным поставщиком продукта на рынке. Он имеет возможность назначить цену, которую потребители хотят и могут заплатить: монополист, сталкивающийся с низкой эластичностью спроса, обладает абсолютной властью над своими покупателями и потребителями. Зачастую монополярная власть используется в качестве синонима рыночной власти¹⁵. Несомненно, рыночная власть является показателем отклонений от критериев эффективной или совершенной конкуренции¹⁶, а монополярная власть соответствует следующему условию: «Всякий раз, когда компания может оказывать влияние на цену ее продукта, говорят, что фирма обладает монополярной или рыночной властью. Термины *монополярная власть* и *рыночная власть* обычно взаимозаменяемы и обозначают возможность устанавливать выгодную для себя цену выше

¹⁰ Carlton/Perloff, Modern Industrial Organisation, 57 и далее. 2000. 3-е изд.

¹¹ Church/Ware, сноска 8, 29. Предельные издержки равны цене в ситуации совершенной конкуренции.

¹² Motta, Competition Policy. Theory and Practice, 41 (2004).

¹³ Bishop/Walker, сноска 9, 42.

¹⁴ Church/Ware, сноска 8, 603.

¹⁵ Следует отметить, что в США рыночная власть — одно из условий для подачи заявления по статье 2 Акта Шермана. В основном американское законодательство отличает рыночную власть от власти монополиста, хотя рыночная власть обычно используется для объяснения существования монополярной власти. Также власть монополиста, согласно статье 2 Акта Шермана, требует «чего-то большего, чем просто наличия рыночной власти по статье 1» (Eastman Kodak Co. V Image Tech. Servs. 504 U.S. 451 (1992), абз. 481). Власть монополиста равно касается и увеличения цены, и способности исключить конкуренцию (United States v E.I. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S. 377 (1956), абз. 391, 392). См. также: Price, Market Power and Monopoly Power in Antitrust Analysis, 75 (1989). Cornell Law Review 190.

¹⁶ Bishop/Walker, сноска 9, 50.





конкурентного уровня (предельных издержек); для такой фирмы коэффициент Лернера (*Lerner Index*) положителен¹⁷.

Теория промышленной организации исследует ряд промежуточных рыночных структур, отличных от совершенной конкуренции и монополии. Одна из них заключается в одновременном существовании доминирующей фирмы с конкурентными границами. Доминирующая компания «имеет некоторую рыночную власть»¹⁸ или «имеет существенную рыночную власть»¹⁹ в том смысле, что она устанавливает цены, а также может практически игнорировать другие компании, действующие на рынке, что заставляет последних принимать установленную цену.

Чтобы объяснить значение и отличие такой ситуации от монополии, стоит отметить, что доминирующая компания имеет относительно большую долю на рынке в сравнении с другими компаниями²⁰. Эта концепция в наибольшей степени коррелирует с правовым пониманием доминирующего положения, поскольку применима к фирме, имеющей доминирующее положение на рынке.

Другая форма конкуренции — средняя между монополией и совершенной конкуренцией — монополистическая конкуренция²¹. На первый взгляд, это выражение похоже на оксюморон, но все становится ясным, когда мы рассматриваем товары известных брендов. Такая форма конкуренции соотносится с ситуацией, при которой на рынке действует множество производителей, каждый из которых выпускает не полностью заменяемые товары, схожие, но существенно различимые²². Создание убедительного имиджа бренда, в частности за счет рекламы, увеличивает потребительский интерес в отношении этого бренда, уменьшая взаимозаменяемость продуктов и делая остаточный спрос на такие продукты менее эластичным²³. Каждый производитель может влиять на свою цену и количество товара, не влияя на решения конкурентов. Каждый из них, таким образом, имеет рыночную власть²⁴: ее уровень увеличивается с большей степенью дифференциации продуктов²⁵. «Зависимость» покупателя от определенного бренда хорошо видна в этой ситуации.

Олигополия — еще одна рыночная структура, расположенная между совершенной конкуренцией и монополиями, когда фирмы имеют определенную

¹⁷ Carlton/Perloff, сноска 10, 92. Коэффициент рыночной власти Лернера представляет собой разницу между ценой и предельной стоимостью как части цены.

¹⁸ Carlton/Perloff, сноска 10, 107 и далее.

¹⁹ Church/Ware, сноска 8, 124.

²⁰ Carlton/Perloff, сноска 10, 108.

²¹ Chamberlian, *The Theory of Monopolistic Competition*. 1933.

²² Cabral, *Introduction to Industrial Organization*, 92(2000).

²³ Scherer/ Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 581. 1990. 3-е изд.

²⁴ Такой производитель сталкивается с нисходящей кривой спроса. Следует принять во внимание, что размер цены отражает высокие или низкие предпочтения покупателя в отношении бренда или наличия выбора.

²⁵ Cabral, сноска 22, 209 и далее.

степень рыночной власти при отсутствии у каждой доминирующего положения на рынке. Дупольная или олигопольная цена обычно выше предельной стоимости; количество товара на таком рынке меньше, чем при совершенной конкуренции, но больше, чем при монополии²⁶. Фирмы-олигополисты имеют рыночную власть и в отсутствие сговора (несогласованная олигополия), даже если они обладают небольшими долями на рынке.

Рыночная власть может также увеличиваться при существовании информационных пробелов, издержек поиска товара или издержек его замены²⁷, при необходимости использования специфичных активов²⁸. Информационные пробелы и высокие издержки замены создают так называемый «эффект замыкания». Взаимозаменяемость товаров и услуг в долгосрочных деловых отношениях зависит от издержек замены²⁹, с которыми сталкиваются покупатели, потребители или производители. Когда замена одного поставщика другим затратна и технически сложна или когда существует недостаток информации о возможностях такой замены, покупатель оказывается привязан к конкретному поставщику или закупщику. Примером могут служить покупатели товаров на производных рынках³⁰ (например, на рынке расходных материалов к сложному техническому оборудованию. — *Ред.*)

Целевые инвестиции делают производителя, работающего специально для крупного закупщика, зависимым от него, что в дальнейшем может повлечь оппортунистическое поведение (такая ситуация складывается в отношениях, например, крупного автопроизводителя и его поставщика, для которого автопроизводитель — единственный покупатель. — *Ред.*).

Теория трансакционных издержек детально изучает двусторонние отношения и оппортунизм (т.е. злоупотребление властью, которая есть у единственного и безальтернативного покупателя. — *Ред.*), придавая при этом особое значение обоснованности ограничительных условий контрактов³¹. Странники этой теории детально изучили ограничительные условия контрактов и показали, что во многих случаях они могут быть оправданы соображениями эффективности³². В соответствии с их взглядами рассмотрение ограничительных

²⁶ Carlton/Perloff, сноска 10, 160 и далее.

²⁷ Cabral, сноска 22, 217.

²⁸ См.: Williamson, *Economic Organisation: Firms, Markets and Policy Control*, 143 (1986).

²⁹ Издержки замены — это «реальные или выявленные издержки, вызванные сменой поставщика, но не появляющиеся, если вы пользуетесь услугами того же поставщика». См.: Office of Fair Trade, *Switching costs. Part one: Economic models and policy implications*, абз. 1.1. 2003. Доступно на <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/CFD52220-7862-41A7-8F6F-53F3B4FE78FE/0/of655.pdf>.

³⁰ Bishop/Walker, сноска 9, 205 и далее.

³¹ См.: Williamson, сноска 28.

³² Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 1983. *American Economic Review* 519, 534 и далее. Williamson заметил, что «попытки объяснения фактов с помощью монополии характерны для ситуации, когда экономисты, юристы и другие заинтересованные лица говорят об условиях, которые не понимают». Он тем не менее добавляет, что «несомненно, обмен может одновременно служить эффективности и целям, направленным на защиту конкуренции. В этом случае, как и везде, когда предлагается компромисс, необходимо этот компромисс оценить».



условий контрактов может выявить как стремление сторон к повышению эффективности, так и их антиконкурентные цели, хотя первое кажется более вероятным.

Разъяснения Еврокомиссии, данные в отношении ограничительных условий в вертикальных соглашениях, придерживаются схожего подхода: пункт 3 статьи 81 ЕС разрешает вертикальные ограничения, если они необходимы для снижения риска оппортунизма (так называемая проблема приостановки исполнения контракта), который возрастает после заключения договора (*ex post*)³³. Логическим обоснованием ограничительного условия в вертикальном соглашении является предотвращение недостаточного инвестирования контрагентом³⁴. Анализ осуществляется *ex ante* и основывается на трех условиях: инвестиции могут предназначаться исключительно для конкретных взаимоотношений; должны включаться только долгосрочные инвестиции, которые не могут возмещаться в короткие сроки; инвестиции обязаны быть асимметричными (т.е. производиться только одной стороной соглашения. — *Ред.*). Эти условия применяются также для выявления потенциальной проблемы приостановки исполнения контракта *ex post*. Обоснование правил экономической зависимости необходимо для предотвращения оппортунистического поведения или проблемы приостановки контракта *ex post*.

2.2. Рыночная власть и доли на рынке

Рыночная, или монополистическая, власть соотносится с высокими долями на рынке. Юристы, специализирующиеся на конкурентном праве, широко используют доли на рынке для иллюстрации уровня власти фирмы на рынке: маленькие рыночные доли указывают на ее низкий уровень; напротив, большие доли говорят о высоком уровне рыночной власти. Таким образом, рыночные доли служат отправной точкой в процессе определения рыночной власти и доминирующего положения. Использование долей на рынке в качестве основы является отражением традиционной уверенности в неизменной парадигме «структура—поведение—исполнение»³⁵ и в статичном подходе, основанном на модели рынка совершенной конкуренции.

Коэффициент рыночной власти Лернера прямо пропорционален уровню доли на рынке³⁶: чем больше доля рынка, которую занимает фирма, тем выше коэффициент Лернера. Предполагается, что разумно брать за основу рыночные доли, чтобы показать конкретный уровень рыночной власти.

³³ Европейская комиссия, Guidelines on Vertical Restraints, 2000. OJ C 291/1, абз. 116(4).

³⁴ Например, в соответствии с вертикальным соглашением производитель может запретить каждому дилеру перепродавать товар за пределами установленной в соглашении с дилером территории. Тем самым производитель «защищает» инвестиции дилера в продвижение товара на закрепленной за ним территории и исключает возможность использования таких инвестиций другим дилером (инвестиции в рекламу, консалтинг и проч.). — *Ред.*

³⁵ См.: Cabral, сноски 22, 156.

³⁶ $L = (p - Cm)/p = -s/\epsilon$, где p — цена, Cm — предельная стоимость, s_i — рыночная доля фирмы i , а ϵ — эластичность спроса по цене. См.: Carlton/Perloff, сноски 10, 268.

Однако для его определения важно учитывать и другие факторы. С одной стороны, небольшая доля на рынке не исключает рыночную власть вовсе: множество фирм обладает некоторой властью на рынке, особенно те, что производят разную (дифференцированную) продукцию. Важность потенциальной конкуренции, с другой стороны, показывает, что большие доли на рынке необязательно приводят к рыночной власти, а это позволяет говорить о большом значении барьеров входа на рынок как критерии оценки рыночной власти.

В конкурентном праве рыночная концентрация, рыночные доли и барьеры входа являются центральными элементами анализа, в то время как дифференциация продукции, асимметричность информации и инвестиции, продиктованные потребностями потребителя, учитываются изредка и в дополнение к центральным. Тем не менее, эти дополнительные элементы являются причинами возникновения рыночной власти.

Хотя использование долей на рынке в качестве индикатора рыночной власти вполне целесообразно, использование их в качестве порогового значения вмешательства антимонопольного органа неизбежно ведет к вопросу о том, способно ли это пороговое значение учесть все формы негативного влияния отдельной компании на состояние рынка и не увеличивает ли оно риск необоснованного государственного вмешательства. Концепция экономической зависимости, отраженная в законодательстве некоторых стран, позволяет точно ответить на некоторые из поставленных вопросов.

3. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ЗАВИСИМОСТЬ

В данном разделе мы кратко опишем специфические нормы и судебную практику Германии, Франции, Швейцарии и Италии. Затем рассмотрим общие критерии положения экономической зависимости и сравним их с концепцией рыночной власти.

3.1. Концепция экономической зависимости в Германии, Франции, Швейцарии и Италии

3.1.1. Германия

Германия была первой европейской страной, принявшей специальные нормы о злоупотреблении экономической зависимостью. Это стало главной целью второго изменения немецкого *Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, или GWB)*³⁷. В основе данных изменений лежала идея о предотвращении дискриминации со стороны больших нефтяных корпораций по отношению к маленьким нефтяным станциям во время нефтяного кризиса. Кроме

³⁷ Редакция от 15.07.2005 (BGBl. I 2114) с изменениями, внесенными Законом от 01.09.2005 (BGBl. I 2676).





того, изменения были направлены на снижение зависимости розничных торговцев от развитых брендов, а также против зависимости, сформировавшейся в результате продолжительных деловых отношений³⁸.

Часть 1 статьи 20 GWB³⁹ запрещает любые формы злоупотребления доминирующим положением хозяйствующими субъектами. Часть 2 распространяет это правило и на другие хозяйствующие субъекты, имеющие договорные отношения с малыми и средними предприятиями: «Часть 1 также применяется в отношении хозяйствующих субъектов и их объединений постольку, поскольку малые и средние предприятия-поставщики или покупатели определенных товаров или услуг зависят от них так, что достаточные и рациональные возможности вступить в договорные отношения с другими предприятиями отсутствуют. Поставщик определенных товаров или услуг признается зависимым от покупателя в смысле, заложенном в предыдущем предложении, если покупатель регулярно получает от него в дополнение к скидкам, обычным для сферы торговли, или другому вознаграждению от поставщика специальные привилегии, не предоставляемые при этом аналогичным покупателям»⁴⁰.

Речь идет о так называемом «относительном доминировании» (*relative Marktmacht*) или доминировании в определенной степени, не достигающей уровня классического доминирующего положения. Оценка рыночной власти основывается на двусторонних отношениях между поставщиками и покупателями⁴¹. Норма GWB четко определила круг субъектов, на которые она распространяется, указав в качестве субъектов защиты только малые и средние предприятия.

В немецкой юриспруденции выделяется несколько видов экономической зависимости⁴². Первый вид — зависимость, основанная на ассортименте товаров или развитом бренде (*sortimentsbedingte Abhängigkeit*). В данном случае розничный продавец находится в зависимости либо от производителя продукции высокого качества или известной торговой марки, либо от производителя широкого ассортимента товаров. Розничный продавец может также находиться в зависимости от производителя одного товара или группы товаров. Второй вид — это зависимость, основанная на деловых отношениях (*unternehmensbedingte Abhängigkeit*), когда два хозяйствующих субъекта состоят в длительных отношениях и партнером по хозяйственной деятельности первого из них в основном является только второй. Третий вид экономической зависимости —

дефицитная зависимость (*smangelbedingte Abhängigkeit*), основанная на недостатке продукции. Четвертый — покупательская зависимость, то есть зависимость производителя от закупщика (*nachfragebedingte Abhängigkeit*). Наконец, выделяется техническая зависимость (*technisch bedingte Abhängigkeit*) или зависимость от специфических технических товаров, таких как запчасть.

Одним из первых судебных решений по товарам бренда было дело *Rossignol*⁴³. Ведущий специализированный спортивный магазин состоял в продолжительных деловых отношениях с эксклюзивным дистрибьютором лыж *Rossignol* в Германии. Лыжи *Rossignol* образовывали (всего лишь) 3,3% его товарооборота. В 1973 году дистрибьютор отказался осуществлять поставки в спортивный магазин. Федеральный Суд рассмотрел дело, основываясь на новых нормах о злоупотреблении экономической зависимостью.

Суд исходил из основных показателей, определяющих зависимость, а именно «несоответствующие и недопустимые способы смены хозяйствующих субъектов»⁴⁴. Суд постановил: «Часть 2 статьи 26 GWB применяется, только пока хозяйствующий субъект подвергается конкуренции и не занимает доминирующего положения. Существование конкуренции между поставщиками не является тем же самым, что и наличие возможностей смены одной фирмы, дискриминирующей потребителей, на другую. Количество фирм, торгующих аналогичными товарами, не является определяющим фактором (по крайней мере, само по себе). Итоговым определяющим фактором является коммерческая ценность и престиж самого товара на рынке. Этот фактор определяет, существуют ли достаточные возможности выбора между фирмами. Помимо цены товара, его фактическая ценность определяется также качеством и способами продвижения товара на рынке (рекламой)»⁴⁵.

Федеральный суд провел четкую границу между доминирующим положением и экономической зависимостью, заметив, что зависимость не предполагает отсутствие «значительной конкуренции» на рынке. Суд отмечает, что существование «значительной конкуренции» на рынке не говорит о том, что у потребителей есть реальная возможность перейти к потреблению другого товара. Иначе говоря, «значительная конкуренция», выражаясь в терминах Европейского суда (суда высшей инстанции ЕС), — «активная конкуренция»⁴⁶ между поставщиками не означает того, что потребители имеют достаточные возможности смены одного договора на другой и не находятся в зависимости

³⁸ Taube. Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für «relativ marktstarke» Unternehmen, 31 (2006), со ссылками на дискуссию в Бундестаге.

³⁹ Доступно на http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB_7_e.pdf.

⁴⁰ § 20(2) GWB.

⁴¹ Markert. Immenga/Mestacker (eds), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, § 20, абз. 39. 2007. 4-е изд.

⁴² См.: Taube, сноска 37; Gloy/Loshelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 39, абз. 17. 2005. 3-е изд.; Markert, сноска 40, абз. 61 и след.

⁴³ Федеральный суд Германии, *Rossignol* (1976) WuW/E 1391, 1393 и след. Перевод на английский — Институт глобального права. Доступен на http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/germancases/cases_bundes.shtml?20nov1975.

⁴⁴ Там же. Абз. A.1.2.

⁴⁵ Там же. Абз. A.1.2(b)(cc).

⁴⁶ См. сноску 91.





от поставщиков. Так, Федеральный Суд признал, что наличие других конкурентов не обязательно делает их альтернативными продавцами для потребителей. Этим решением Федеральный Суд укрепил концепцию зависимости от бренда, сделав заключение о том, что престиж товара на рынке сам по себе может поставить покупателя в состояние зависимости от продавца.

Немецкое право и практика его применения отражают расширительное толкование экономической зависимости. Множество дел, касающихся зависимости от бренда, были разрешены при помощи норм об экономической зависимости, в соответствии с которыми рыночная власть в части возможности дифференциации товаров составляет основу для антимонопольного вмешательства, равно как и рыночная власть, основанная на специфике активов. Таким образом, немецкие суды и антимонопольные органы толкуют соответствующие нормы расширительно.

3.1.2. Франция

Во Франции правило об экономической зависимости зародилось в ходе развития розничной торговли. В 1985 году Конкурентная комиссия инициировала принятие правила, которое позволяло бы ей контролировать дискриминационное поведение хозяйствующих субъектов, являющихся обязательными торговыми партнерами (*partenaires obligés*) для производителей, даже если они (обязательные торговые партнеры. — *Ред.*) не занимают доминирующее положение на рынке⁴⁷.

Приказ 1986 года расширил сферу действия категории доминирующего положения, введя специальные нормы об экономической зависимости (*abus de dépendance économique*). В него последовательно вносились изменения в 2001 и 2005 годах⁴⁸. Статья L420-2 Коммерческого кодекса, посвященная злоупотреблению доминирующим положением, гласит: «Также запрещено, вне зависимости от момента наступления последствий для функционирования или структуры конкуренции, злоупотребление фирмой или группой фирм состоянием экономической зависимости, в котором находится фирма-потребитель или поставщик подобной фирмы. Такого рода злоупотребления могут состоять в отказе заключить договор купли-продажи, в навязывании услуг или в других дискриминационных практиках, указанных в статье L442-6».

Привязка к воздействию на функционирование или структуру конкуренции⁴⁹ предполагает, что злоупотребление экономической зависимостью

запрещает антиконкурентные действия как таковые⁵⁰: деятельность совершена с целью злоупотребления, если она имеет конкретное воздействие на рынок. Тем не менее, это дополнительное условие создает трудности в применении норм об экономической зависимости к двусторонним и вертикальным отношениям зависимости. В общем, оно ограничило сферу применения статьи L420-2 Коммерческого кодекса.

Французский совет по конкуренции⁵¹ предложил ряд условий для установления экономической зависимости: во-первых, популярность бренда поставщика и размер его долей на рынке; во-вторых, влияние его долей на товарооборот розничного продавца, только если эта доля не является следствием обдуманного (намеренного) выбора потребителя; наконец, сложность поиска аналогичного товара розничным продавцом у других поставщиков⁵². Анализ экономической зависимости основывается на двусторонних отношениях между двумя хозяйствующими субъектами, а не на всех субъектах внутри профессионального сегмента и не на рынке в целом⁵³.

Кассационный суд Франции, поясняя условие, позволяющее сменить поставщика, постановил, что для дистрибьютора положение экономической зависимости равноценно ситуации, когда хозяйствующий субъект не имеет возможности заменить текущего поставщика⁵⁴. Суд также добавляет: просто наличия факта того, что дистрибьютор получает большую часть прибыли благодаря конкретному поставщику, не достаточно для констатации существования состояния экономической зависимости.

Чтобы прояснить ситуацию, понимаемую под «экономической зависимостью», представляется важным описать некоторые судебные дела. Французский совет по конкуренции квалифицировал экономическую зависимость в трех делах.

1. *Reims Bio*: Совет установил состояние экономической зависимости *Reims Bio* от *GIPCA* — предприятия, чья рыночная деятельность связана с нетерапевтическим использованием продуктов крови. *GIPCA* была практически полным монополистом на рынке. Около 90% поставок для *Reims Bio* осуществлялись *GIPCA* и только 10% — другим предприятием (вследствие ограниченности производственных мощностей *GIPCA*). На этом рынке отсутствовали другие поставщики, и *Reims Bio*, следовательно, не могло изменить структуру закупок.

⁵⁰ Poesy, сноски 46, 631. См. также Decocq/Decocq. Droit de la concurrence interne et communautaire, 383 2004. 2-е изд.

⁵¹ Далее также Совет (прим. ред.).

⁵² См.: Французский совет по конкуренции. Решение 05-D-44 от 21.07.2005 La Provence, абзац 23. Доступно на <http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>.

⁵³ Французский совет по конкуренции. Решение 03-D-42 от 18.08.2003. Suzuki: Cette dépendance doit s'apprécier dans le cadre de relations bilatérales entre deux entreprises et doivent être évaluées, au cas par cas, et non pas globalement pour l'ensemble de la profession.

⁵⁴ Кассационный суд. Решение от 03.03.2004. Société Concurrence. Цитируется Французским советом по конкуренции. Решение 05-D-44 от 21.07.2005. La Provence, абз. 24. Доступно на <http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>.

⁴⁷ Poesy. Ordre concurrentiel et abus de dépendance économique в ULLRICH/RAINELLI/BOY (eds): L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, 620 (2003).

⁴⁸ Закон № 2001-420 от 15.05.2001 // Journal Officiel. 16.05.2001. № 113. 7776, статья 66. Изменен Законом № 2005-882 от 02.08.2005 // Journal Officiel. 03.08.2005. Статья 40.

⁴⁹ Введено в 2001 г. См.: Закон № 2001-420 от 15.05.2001 // Journal Officiel. 16.05.2001. № 113. 7776, статья 66. Изменен Законом № 2005-882 от 02.08.2005 // ОJ от 3 августа 2005 г., статья 40.



Совет постановил, что компания *GIPCA* злоупотребила ситуацией экономической зависимости, прекратив поставку и отказавшись ее возобновлять в дальнейшем, проявив тем самым дискриминационное поведение по отношению к *Reims Bio*. Совет также выявил доминирующее положение *GIPCA* и злоупотребление им⁵⁵.

2. *Filmidis*: Совет установил, что кинопрокатчик *Filmidis* на Антильских островах фактически являлся монополистом на рынке и, следовательно, независимые кинотеатры зависели от него экономически. Совет особо подчеркнул тот факт, что у кинотеатров не было альтернативных решений. *Filmidis* продемонстрировал злоупотребление экономической зависимостью, навязав кинотеатрам условия о неконкуренции, поздно предоставляя им фильмы и только по очереди друг за другом, сделав их деятельность неприбыльной⁵⁶. Совет указал, что эти же факты могут быть проанализированы с точки зрения норм как о доминирующем положении, так и об экономической зависимости, хотя элементы этих двух составов различаются⁵⁷. Он установил, что *Filmidis* также злоупотреблял доминирующим положением.

3. *Cannes Palm Beach*: Совет в отсутствие детального анализа определил, что, во-первых, управляющий аэропортом для вертолетов занимает доминирующее положение и, во-вторых, лица, желающие использовать данный объект инфраструктуры, находятся в состоянии зависимости от управляющего. Тем не менее, он не установил факта злоупотребления⁵⁸.

Этот краткий обзор последних решений Французского совета по конкуренции иллюстрирует строгое применение условий экономической зависимости. В трех делах, где Совет усмотрел экономическую зависимость, та же ситуация на рынке способствовала и укреплению доминирующего положения.

Однако анализ, проведенный Советом, различает эти две ситуации. В то время как для установления доминирующего положения он исходит из рыночных долей всех конкурентов на рынке, при анализе экономической зависимости Совет основывается на возможности альтернативных решений для заявителя и на значимости доли заявителя в товарообороте ответчика. Анализ сопоставимого рынка не всегда присутствует, хотя Совет никогда напрямую не говорил о его факультативности. Разные подходы к установлению доминирующего

положения и экономической зависимости привели к интересному разрешению дела, где Совет не усмотрел ситуацию экономической зависимости, но признал существование доминирующего положения⁵⁹. Таким образом, согласно французскому конкурентному праву, доминирующее положение не обязательно порождает экономическую зависимость покупателей.

3.1.3. Швейцария

Швейцарская комиссия по конкуренции признала, что особые условия могут создать отношения зависимости между двумя сторонами и это будет входить в сферу действия конкурентного права. Уже в семидесятые годы двадцатого века Швейцарская комиссия по картелям провела разностороннее исследование власти покупателя над розничными продавцами. Она описывалась как «двустороннее отношение доминирования и зависимости»⁶⁰. Вообще, когда покупатель может прекратить отношения без убытков для себя, для производителя возникает вероятность значительных потерь или же ему может быть причинен экономический ущерб.

The Swiss Cartel Act 1995 года четко не регулировал вопросы экономической зависимости и поэтому в 2004 году был изменен. Сегодня определение доминирующего положения звучит так⁶¹: «Термин «хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение на рынке» означает одного или более одного хозяйствующих субъектов, которые с точки зрения спроса или предложения в состоянии вести себя независимо по отношению к другим участникам рынка (конкурентам, поставщикам или потребителям)»⁶².

Следует отметить, что хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение на рынке, если он способен вести себя независимо по отношению к поставщикам или потребителям, то есть здесь оценка отношений с конкурентами не обязательна. Изменения были направлены на то, чтобы охватить вертикальные отношения зависимости между поставщиком и его покупателем, между закупщиком и его покупателями соответственно.

Швейцарская комиссия по конкуренции воспользовалась возможностью продемонстрировать новую концепцию экономической зависимости на примере *CoopForte*⁶³. Coop, вторая по величине сеть супермаркетов в Швейцарии, ввела «бонусную» схему: она собирала с поставщиков сумму, равную 0,5% затрат на рекламу. Поставщики обратились в компетентные органы, которые начали расследование.

⁵⁵ Французский совет по конкуренции. Решение 04-D-26 от 30.06.2004 SARL Reims Bio. Подтверждено Апелляционным судом Парижа, решение от 25.01.2005, и Кассационным судом, решение от 28.02.2006.

⁵⁶ Французский совет по конкуренции. Решение 04-D-44 от 15.09.2004. *Filmidis-Ciné-Théâtre du Lamentin*. См. также Апелляционный суд Парижа, решение от 29.03.2005.

⁵⁷ Французский совет по конкуренции. Решение 04-D-44 от 15.09.2004. *Filmidis-Ciné-Théâtre du Lamentin*, абз. 79.

⁵⁸ Французский совет по конкуренции. Решение 02-D-16 от 05.03.2002. *Hélistation Cannes Palm Beach*.

⁵⁹ Французский совет по конкуренции. Решение 05-D-44 от 21.07.2005. *La Provence*.

⁶⁰ Публикации Швейцарской комиссии по картелям (Publ. CCSP). [1976] 95.

⁶¹ Изменения выделены курсивом. — *Ред.*

⁶² Статья 4 II *The Swiss Cartel Act* (Федеральный акт о картелях и других ограничениях конкуренции от 06.10.1995, систематическая компиляция Федерального Закона (SR) 251). Изменен в соответствии с параграфом I Федерального Акта от 20.06.2003, вступил в силу 01.04.2004 (AS 2004 1385, 1390; BBl 2002 2022).

⁶³ Швейцарская комиссия по конкуренции. Решение *CoopForte* [2005] RPW/DPC I 146. См. также BOVET, *Recent developments in Swiss competition law*. 2006. 2 SZW/RSDA 138, 142.



Швейцарская комиссия по конкуренции в своем решении четко разграничила экономическую зависимость и доминирующее положение в классическом смысле⁶⁴: хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, осуществляет хозяйственную деятельность независимо от конкурентов, в то время как экономическая зависимость характеризуется ситуацией независимости хозяйствующего субъекта от своих покупателей. Для Швейцарской комиссии по конкуренции доминирующее положение связано не только с независимостью хозяйствующего субъекта по отношению к конкурентам — это условие не является обязательным. Напротив, хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение и в том случае, если он независим исключительно от своих покупателей. Комиссия подчеркивает необходимость выявления этих отношений зависимости на рынке⁶⁵.

Оценка условий конкуренции на рынке закупок потребительских товаров постоянного спроса показала значительный уровень конкуренции. Вообще, производители имеют некоторую рыночную власть над ценами, которые увеличились на более чем 0,5% за годы, прошедшие с момента введения «бонусной» схемы⁶⁶. Тем не менее, проведенное исследование не могло исключить того, что некоторые производители экономически зависели от Coop⁶⁷. Именно экономическая зависимость некоторой группы производителей и интересовала швейцарские компетентные органы. По мнению Комиссии, производитель зависит от дистрибьютора в том случае, если выполняются одновременно два следующих условия.

Во-первых, у производителя отсутствует другой аналогичный покупатель, и предельный спрос других покупателей не позволяет ему покрыть фиксированные расходы. Первый критерий — доля товарооборота производителя, приходящаяся на конкретного покупателя: доля более 30% указывает на то, что отношения с покупателем имеют существенное значение для производителя. Кроме этого, возможность выбора другого покупателя также важна: если производитель может продавать товар другим покупателям, он не зависит от конкретного покупателя.

Во-вторых, процесс производства определенного товара специализирован настолько, что производитель не может «переключить» его на производство другого товара. Самый важный критерий здесь — стоимость затрат на смену специализации (профиля) производства: чем они выше, тем больше производители зависят от покупателя.

Для оценки экономической зависимости производителей огромное значение имеют два взаимосвязанных элемента — существование альтернативных

потоков сбыта и размер издержек по перекалфикации производства. Первый критерий связан с взаимозаменяемостью разных потоков сбыта: розничная продажа, маленькие местные магазины, рынок обслуживания отелей, ресторанов, кафе, столовых⁶⁸ или продажа на экспорт. Прочие магазины розничной торговли не составляют реальной альтернативы: Migros, крупнейший магазин розничной торговли в Швейцарии, занимает долю в 36% рынка и вертикально интегрирован, так что продает в основном «свою собственную» продукцию⁶⁹. Хотя другие каналы сбыта могли бы оказаться подходящей альтернативой для производителей, все они являются только частичными заменителями Coop⁷⁰, в основном из-за издержек, которые производителям пришлось бы понести, чтобы соответствовать требованиям этих альтернативных рынков.

В данном деле защита конкретных производителей не являлась единственной и непосредственной задачей. Швейцарская комиссия по конкуренции сделала попытку очертить границы своего вмешательства: новое понимание доминирующего положения не предполагает защиты хозяйствующих субъектов, не способных выжить в конкурентной среде рынка⁷¹.

Хотя это прямо не отражено в решении Комиссии, по ее мнению, расширение понятия доминирующего положения не может служить средством защиты неэффективных хозяйствующих субъектов, так как это бы противоречило целям конкурентного права. Особенно в части требования специальных инвестиций — ситуация зависимости производителя от розничного продавца не должна стать результатом его собственных действий, поскольку, в известном смысле, розничный продавец в некоторой степени несет ответственность за специальные инвестиции или дополнительные издержки производителя⁷².

Используя концепцию доминирующего положения, Швейцарская комиссия по конкуренции в деле CoopForte признала жесткие условия, применяемые для определения ситуации экономической зависимости. Поставщик экономически зависим от закупщика только при наличии инвестиций, продиктованных потребностями закупщика: так, в Швейцарии при определении экономической зависимости во внимание принимается покупательская власть в совокупности с рыночной властью, основанной на таких инвестициях. Хотя компетентные органы Швейцарии и применили

⁶⁸ Англ.: Horeca — рынок Hotel — Restaurant — Café/Caterer/Canteen.

⁶⁹ Поскольку Migros вертикально интегрирован, доля на рынке розничной торговли не является подходящей для рынка сбыта. Coop имеет долю более 30% на рынке сбыта, возможно, более 50%. В действительности, большую часть рыночной доли Migros не следовало принимать во внимание для определения подходящего рынка: Migros просто не доступен для производителей как деловой партнер (Швейцарская конкурентная комиссия, решение CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, абз. 114). Но доля свыше 50% эквивалентна «классическому» доминирующему положению, по крайней мере, в европейском конкурентном праве.

⁷⁰ Швейцарская комиссия по конкуренции. Решение CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, абз. 117.

⁷¹ Там же. Абз. 92.

⁷² Швейцарская комиссия по конкуренции. Решение CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, абз. 99.

⁶⁴ Швейцарская комиссия по конкуренции. Решение CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, абз. 93.

⁶⁵ Там же. Абз. 92.

⁶⁶ Там же. Абз. 64—91 (в особенности 91).

⁶⁷ Там же. Абз. 94.





буквальное толкование норм, их решение было подвергнуто критике со стороны судебной власти как чрезмерное вмешательство в рыночные механизмы⁷³.

3.1.4. Италия

В Италии также существуют нормы, относящиеся к злоупотреблению экономической зависимостью (*abuso di dipendenza economica*), хотя они и не находят свое выражение в антимонопольном законе⁷⁴. Статья 3 *Italian Antitrust Act*⁷⁵ содержит запрет на злоупотребление доминирующим положением, сходный с тем, который установлен в статье 82 Римского договора о создании ЕЭС. Проект закона начала 1995 года, касающийся заключения контрактов с субподрядчиками в сфере промышленности, предполагал определение спектра действий, предпринимаемых фирмами-заказчиками, находящимися в лучшем положении, чем их субподрядчики, в результате которых наносился бы вред последним вследствие злоупотребления фирмами-заказчиками доминирующим положением по смыслу статьи 3 *Italian Antitrust Act* (однако данный проект не стал законом на дату написания настоящей главы. — *Ред.*).

С одной стороны, Итальянский антимонопольный комитет⁷⁶ выступает против расширения объема понятия доминирующего положения специальным законодательством. В решении от 20 июня 1995 года⁷⁷ он установил, что проблемы, касающиеся заключения сделок с субподрядчиками, не могут быть решены путем «размывания искусственным путем понятия доминирующего положения»; хотя законопроект, несомненно, гарантировал равенство в договорных отношениях, он не мог быть представлен в качестве средства, гарантирующего эффективный рынок.

С другой стороны, Итальянский антимонопольный комитет подчеркивал, что концепция доминирующего положения, содержащаяся в Итальянском антимонопольном законе, во-первых, предусматривает и случай власти покупателя (например, крупного сетевого магазина розничной торговли, или ритейлера. — *Ред.*) над продавцами. Так, может быть выявлено, что ритейлер занимает доминирующее положение на рынке закупок, даже если он не занимает доминирующее положение на розничном рынке. Во-вторых, субконтрактные отношения, в которых участвуют партнеры без альтернативных поставщиков, могут подпадать под положение

о злоупотреблении доминирующим положением через «надлежащее определение границ соответствующего рынка».

Во втором решении⁷⁸ Итальянский антимонопольный комитет повторно выразил свою позицию относительно злоупотребления экономической зависимостью, указав, что итальянский закон ссылается на статью 82ЕС, которая не содержит аналогичного положения и, соответственно, будет неуместно его менять. Он добавляет, что положение законопроекта, касающегося злоупотребления экономической зависимостью, нацелено на дисциплинирование контрактных отношений между сторонами и должно, таким образом, быть закреплено в гражданском законодательстве. Из этого можно сделать вывод, что нецелесообразно включать данное положение в антимонопольный закон.

Как следствие, статья 9 *Italian Law on Industrial subcontracting*⁷⁹ содержит положение, касающееся злоупотребления экономической зависимостью. Тем не менее, нет никакого указания на концепцию доминирующего положения, равно как не изменен и Антимонопольный закон. Экономическая зависимость в основном определяется как состояние экономического дисбаланса. Положение касается, однако, недостатка экономических альтернатив на рынке, хотя, кажется, что это не является необходимым условием. Не удивительно, что примеры, на которые указывается как на нарушения, касаются отказа от сделок, дискриминации и эксплуатации (*exploitation*).

Пример Италии демонстрирует, что понятие экономической зависимости воспринимается национальными антимонопольными органами не без некоторых сложностей. Позиция, принятая Итальянским антимонопольным ведомством, отражает риск смешения целей конкурентного права (касающихся, строго говоря, экономической эффективности) с целями защиты слабой стороны. Так же как швейцарская судебная власть, Итальянский антимонопольный орган выдвинул возражения, основанные на европейском конкурентном праве: расширение концепции доминирующего положения будет отклоняться от понимания доминирующего положения в общеевропейском праве.

Между тем в решении признается, что покупательская способность ритейлера подпадает под понятие доминирующего положения, даже если он обладает долями на рынке ниже стандартного порога доминирования. Более важно, что в решении также признается, что приближение к концепции доминирующего положения подобным образом,

⁷³ См.: Amstutz/Reinert. Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die berragende Marktstellung und die relative Marktmacht? 2005. sic! 537, 631 и след.

⁷⁴ См.: Fabbio. Der Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit nach italienischem Recht, 2001. 9 WuW 834.

⁷⁵ Italian Antitrust Act, Закон № 287 от 10.10.1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), 1990 // Official Gazette от 13.10.1990. № 240.

⁷⁶ Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato. Далее — AGGM. <http://www.w.w.agcm.it/>.

⁷⁷ AGGM, решение от 20.06.1995 по промышленной субконтрактации (Subfornitura Industriale). Доступно на http://www.w.w.agcm.it/agcm_ita/DSAP/SEGNALA.NSF/0/oca16f3c8d87effbc125645600527b55?OpenDocument.

⁷⁸ AGGM. Решение от 10.02.1998 по промышленной субконтрактации (Subfornitura Industriale). Доступно на http://www.agcm.it/agcm_ita/DSAP/SEGNALA.NSF/0/7b1062a45c2a97fc12565ae00552c0?OpenDocument.

⁷⁹ Закон № 192 от 18.07.1998 о промышленной субконтрактации (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive) // Official Gazette of 22 July 1998, № 143. Статья 11 Закона № 57 от 5 марта 2001 года дает полномочие Итальянской антимонопольной комиссии применять правила, касающиеся нарушения экономической зависимости, содержащиеся в Законе о промышленной субконтрактации.



с точным определением соответствующего рынка, может включать в себя и тему отсутствия альтернативных решений (смены контрагента) для производителей (поставщиков розничных сетей).

3.2. Общие критерии

Главный критерий для выявления ситуации экономической зависимости — отсутствие для зависимого хозяйствующего субъекта альтернативных возможностей продать или купить свои продукты на рынке. Невозможность найти другие торговые точки отражает тот факт, что хозяйствующий субъект зависит от покупателя. Экономическая зависимость в данном случае исходит или из высокой концентрации рынка или из специальных особенностей двустороннего отношения между хозяйствующим субъектом и покупателем.

Когда зависимость становится результатом низкого уровня конкуренции на рынке, установление ситуации экономической зависимости, как правило, соответствует выявлению доминирующего положения. Это соотносится с мнением, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, как правило, понимает: покупатели зависимы от него. Конечно, другие возможности продаж или покупок недостаточны для замены имеющихся деловых партнеров. Для такого анализа соответствующее определение границ рынка и поиск значимой доли на рынке необходимы как предварительное условие.

Однако, как демонстрирует дело *La Provence*⁸⁰ (Франция), возможна ситуация, когда доминирующее положение необязательно влечет за собой экономическую зависимость. Несомненно, ключевой элемент последней — отсутствие альтернативного решения. Но существование хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, не препятствует другим участникам рынка конкурировать с ним и предлагать альтернативные решения для контрагентов хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение. При отсутствии специальных факторов, договорных или технических, которые препятствуют покупателю сменить продавца, контрагент доминирующей компании может отказаться от ее услуг в пользу иных продавцов (покупателей). Это подтверждает идею, что экономическая зависимость возникает только в двусторонних отношениях между договаривающимися сторонами.

Конечно, если зависимость становится результатом только особенностей отношений между договаривающимися сторонами, ее установление не соотносится со структурой рынка или уровнем конкуренции на соответствующем рынке. Другие факторы, такие как приверженность бренду или существование специфичных активов, обуславливают возникновение экономической зависимости.

⁸⁰ Французская комиссия по конкуренции. Решение 05-D-44 от 21.07.2005 *La Prिवence*.

Условие ослабления конкуренции существует во французском и, косвенно, в швейцарском праве. В классическом антимонопольном законодательстве оно касается структуры рынка и горизонтальной власти на рынке или способности хозяйствующего субъекта не зависеть от действий своих прямых конкурентов. Это условие подрывает силу экономической зависимости как двустороннего отношения, которая, по-видимому, определяется во французском праве. Но конкуренция может быть также уменьшена на этапах рынка, отличных от тех, где действует рассматриваемый хозяйствующий субъект. Например, дискриминация способна исказить конкуренцию на рынке с экономически зависимыми хозяйствующими субъектами.

Другой важный фактор для оценки отсутствия альтернативных решений — так называемый риск или уровень угрозы, означающий относительный размер деловых отношений компании с доминирующим хозяйствующим субъектом. В отношении рыночной власти покупателя уровень риска представляет собой долю выручки поставщика, которая поступает от доминирующего хозяйствующего субъекта, в отношении которого есть основания предполагать наличие угрозы прекращения закупок. Если доля высока, то риск быть зависимым и не иметь возможности смены покупателя возрастает. Легче подыскать бизнес-партнера, который закупает у тебя незначительную долю товаров, чем того, который закупает большую долю. Во-первых, сложность связана с производственными возможностями других участников рынка. Когда их производственные мощности ограничены, они не могут увеличить закупки. Во-вторых, сложность касается невозможности быстрой смены. Требуется время для выработки условий новых договорных отношений.

Хотя оценка уровня риска стала новым методом, который касается непосредственного анализа крупных слияний или экономической зависимости, или, что более широко, двусторонних отношений, существует связь между уровнем риска и уровнем долей на рынке. Конечно, значимость хозяйствующего субъекта в зависимости от доли на рынке частично выражается в том, что объем его продаж (закупок) начнет отражаться на объеме покупок (продаж) покупателей. Например, если хозяйствующий субъект обладает 40% розничного рынка, он скупает около 40% продукции на рынке, и, вероятно, такова же его доля в продажах единичных поставщиков. Это один из методов подсчета доли супермаркетов на рынке закупок: доля на рынке равна средней «угрозе», которую представляет для производителей один супермаркет. В табл. 1 показаны доли на рынке и уровни риска для нескольких национальных дел по экономической зависимости.



Табл. 1. Экономическая зависимость, доли на рынке и уровень риска

Дело	Доля на соответствующем рынке, %	Часть закупок заявителя у хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, %
<i>Rossignol (DE)</i> <i>ABG / Oil (EC)</i>	8 26	3 75
<i>CoopForte (CH)</i> <i>Rewe/ Meintl (EC)</i> <i>Carrefour / Promodes (EC)</i>	40–50 30–40 25	— 22 (уровень риска) 22 (уровень риска)

В Германии малые и средние предприятия являются выгодоприобретателями специальных положений законодательства, касающегося экономической зависимости. Это свидетельствует о регулятивной природе немецкого положения об экономической зависимости.

Хотя немецкая юриспруденция отрицает специальную роль статьи 20(2) *of the GWB*⁸¹, также как и трудового или договорного права, это положение явно нацелено на защиту малых предприятий и содействие им. При этом к числу достоинств немецкого положения об экономической зависимости следует отнести тот факт, что им не могут пользоваться крупные компании, что было одним из оснований критики *Robinson-Patman Act* в США.

Отсутствие для зависимого хозяйствующего субъекта альтернативных вариантов продажи или покупки своих продуктов на рынке касается рыночной власти, которая появляется в результате продуктовой дифференциации или существования специфики активов. Например, зависимость от бренда или зависимость от ряда товаров относится к рыночной власти дифференцированных продуктов. Зависимость, связанная с деловыми отношениями, и зависимость от покупателя в основном соотносятся со спецификой активов: в длительных отношениях, характеризующихся асимметричными вложениями, потребитель подвергает себя опасности оппортунистического поведения покупателя.

Что касается правоприменения и принуждения, для антимонопольных органов характерна тенденция не слишком «навязывать» определенные положения, имеющие отношение к экономической зависимости, за исключением случаев, касающихся покупательной власти супермаркетов, при этом итальянские органы выступают против любого изменения закона, который включает в себя положения, касающиеся экономической зависимости.

4. ДОМИНИРУЮЩЕЕ ПОЛОЖЕНИЕ В СООТВЕТСТВИИ СО СТАТЬЕЙ 82ЕС

4.1. Юридическое определение доминирующего положения

Согласно статье 82ЕС, любое злоупотребление доминирующим положением одним или несколькими

⁸¹ Markert, сноска 40, абз. 41, 54.

хозяйствующими субъектами запрещается. Соглашение не дает определения термина *доминирующее положение*. В деле *United Brands* (1978) суд определяет его так: «Доминирующее положение, упоминаемое в данной статье, касается позиции экономической силы (мощи), которой обладает хозяйствующий субъект и которая позволяет ему предотвращать эффективную конкуренцию, существующую на соответствующем рынке, обеспечивая себе способность действовать в ощутимой степени независимо от своих конкурентов, покупателей и, в конечном счете, потребителей»⁸².

В деле же *Hoffman-LaRoche* суд добавил: «Такое положение не препятствует конкуренции, которая допускается там, где есть монополия или квази-монополия, но дает возможность хозяйствующему субъекту с прибылью для себя если не определять, то, по крайней мере, оказывать ощутимое влияние на условия, при которых конкуренция будет развиваться, и в любом случае действовать в значительной степени свободно до тех пор, пока такое поведение не наносит ему ущерба»⁸³.

Обе выдержки из европейского прецедентного права заслуживают внимательного исследования не только потому, что их интерпретация определяет границы нарушения европейского конкурентного законодательства. Это также поможет ответить на главный вопрос данной статьи, а именно: полностью ли концепция экономической зависимости охватывается статьей 82ЕС?

Последняя часть первого предложения, к которому обращаются в деле *United Brands*, как доказано, является центральным элементом: она служит дефиницией доминирующего положения в европейском конкурентном праве и была кодифицирована в закон в ряде стран-участниц и других европейских государствах⁸⁴. Во всей Европе хозяйствующий субъект с доминирующим положением — тот, который обладает «властью вести себя в существенной степени независимо от своих контрагентов, покупателей и потребителей».

Далее следуют два одинаково важных вопроса. Первый: что такое независимое поведение и независимый хозяйствующий субъект? Второй — кто такие другие, от которых хозяйствующий субъект

⁸² Дело 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, абз. 65.

⁸³ Дело 86/76 *Hoffman-LaRoche & Co. AG v. Commission* [1979] ECR 461, абз. 39.

⁸⁴ См. законы о конкуренции Албании, Боснии и Герцеговины, Хорватии, Исландии, Македонии, Сербии и Швейцарии.



независим? Это их конкуренты и их потребители? Это их конкуренты или их потребители?

Определение, которое дал суд, признало, что хозяйствующий субъект должен быть способен действовать независимо до «существенной степени», чтобы его можно было признать занимающим доминирующее положение. Это выражение подтверждает мнение о том, что в условиях рыночной власти хозяйствующий субъект должен обладать значительной властью на рынке⁸⁵. Согласно решению Комиссии, «хозяйствующий субъект, способный значительно поднимать цены выше конкурентного уровня на значительный период времени, обладает значительной рыночной властью и имеет достаточную способность действовать в существенной степени независимо от конкурентов, покупателей и потребителей»⁸⁶. Подобным образом директива 2002/21 об электронных средствах связи⁸⁷ рассматривает «значительную рыночную власть» как эквивалент доминирования.

Однако процесс разграничения значительной и незначительной рыночной власти довольно сложен и обязательно будет сопровождаться ошибками государственного вмешательства⁸⁸. Если данный взгляд станет господствующим, это исключит из сферы действия статьи 82 ЕС дела, включающие обладание неструктурной (т.е. не связанной с большой долей на рынке. — *Ред.*) рыночной властью, так как в них могут входить случаи наличия дифференцированных продуктов, продуктов вторичного рынка или специфики активов.

Более того, правовая концепция доминирования часто ассоциируется с монопольной властью на самых высочайших уровнях. Для *O'Donoghue & Padilla* «только монополист, действующий на рынке, защищенном непреодолимыми барьерами входа, и сталкивающийся с абсолютно неэластичным спросом, будет способен вести себя независимо от своих конкурентов, покупателей и потребителей»⁸⁹. Согласно данному подходу, можно сказать, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, обладает рыночной властью⁹⁰. Также доминирующее положение не позволит существовать на рынке какой-либо конкуренции. Эта точка зрения широко поддерживается экономистами, знакомыми с конкурентным законодательством.

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта, понимаемое в качестве монопольной власти, подтверждает мнение о том, что хозяйствующий субъект должен вести себя независимо как

от своих конкурентов, так и от потребителей. Независимость от конкурентов означает, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, не сдерживается ценовыми и количественными решениями конкурентов и ведет себя так, как если бы они не существовали. Независимость от своих конкурентов подразумевает также способность вести себя независимо от потребителей. Как указывает суд в *British Leyland*, доминирующим является положение, которое «ставит дилеров (покупателей продукции у крупного производителя для последующей перепродажи. — *Ред.*) в состояние экономической зависимости, что является характеристикой доминирующего положения»⁹¹. Последние не имеют никакого выбора кроме как продолжать договорные отношения с фирмой, занимающей доминирующее положение. Фактом является то, что существование независимого хозяйствующего субъекта подразумевает существование покупателей, которые зависимы от него: как указывает Комиссия, «экономическая зависимость [...] является характеристикой существования доминирующего положения»⁹².

Однако определение в *United Brands* отражает только буквальный взгляд на доминирующее положение. Одним годом позже и после внимательного рассмотрения суд прояснил определение, смягчив свои требования⁹³. В противовес монополиям и квазимонополиям, которые вместе исключают конкуренцию, доминирующее положение допускает некоторую конкуренцию. Как указывает суд в этом же решении, «даже существование оживленной конкуренции на определенном рынке не исключает возможность существования доминирующего положения на этом рынке»⁹⁴. Доминирующее положение возникает, даже если хозяйствующий субъект не способен влиять на ключевые показатели конкуренции: существенного влияния, строго говоря, большого влияния, способного оказывать значительное воздействие на конкуренцию, достаточно.

Итак, мы рассмотрели независимость от действий конкурентов, которая свойственна хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение. Однако остается вопрос, на который мы также должны ответить: возникает ли

⁸⁵ O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 108 (2006); Bishop/Walker, ссылки 9, 184.

⁸⁶ Европейская комиссия, сноска 7, абз. 24.

⁸⁷ См. Директиву 2002/21/СЕ Европейского парламента и Совета от 07.03.2002 об основах регулирования сетей электронных коммуникаций и услуг (Базовая директива), [2002] OJ L 108/33, статья 14.

⁸⁸ Bishop/Walker, сноски 9, 42.

⁸⁹ O'Donoghue/Padilla, сноски 82, 108.

⁹⁰ O'Donoghue/Padilla, сноски 82, 108.

⁹¹ Дело 226/84 *British Leyland Public Limited Company v Commission* [1986] ECR 3263.

⁹² Европейская комиссия. Решение 89/205/ЕЕС *Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE* [1989] OJ L 78/43, абз. 22. Принято судом первой инстанции в деле T-69/89 *Radio Telefis Eireann v Commission* [1991] ECR II-485, абз. 63: «Заявитель, явно занимающий в данный момент доминирующее положение как на рынке, представленном его еженедельными изданиями, так и на рынке журналов, в которых они были опубликованы в Ирландии и Северной Ирландии. Третьи лица, такие как *Magill*, который хотел издавать общий телевизионный журнал, были в позиции экономической зависимости от заявителя, который был таким образом способен препятствовать появлению какой-либо эффективной конкуренции на рынке информации об еженедельных программах». См. также дело T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)* [2001] ECR II-3413, где Комиссия подчеркнула крайнюю зависимость иностранных дистрибьюторов сигарет от AAMS. Последний был монополистом на рынке распространения сигарет в Италии (абз. 51).

⁹³ См. дело 85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461.

⁹⁴ Дело 85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461, абз. 70.





доминирующее положение, когда хозяйствующий субъект ведет себя независимо от своих покупателей, даже если он не может действовать независимо от своих конкурентов. Положительный ответ позволит подвести экономическую зависимость под определение доминирующего положения.

В *ABG/Oil*⁹⁵ Комиссия указала, что единственной двусторонней зависимостью потребителей от поставщиков достаточно для определения доминирующего положения. Дело Комиссии сводилось к рассмотрению экономической зависимости, возникающей во время дефицита: вмешательство Комиссии оправдывалось исключительными обстоятельствами в течение нефтяного кризиса в начале семидесятых годов.

Хотя такое ясное признание экономической зависимости уникально для европейского конкурентного права, оно, тем не менее, подразумевает существование ситуаций, когда независимость в отношении с покупателями подтверждает наличие доминирующего положения. Как следствие, при исключительных обстоятельствах хозяйствующий субъект, который ведет себя независимо от покупателей, может быть рассмотрен в качестве занимающего доминирующее положение.

4.2. Установление доминирующего положения

Правовой анализ доминирующего положения требует изучения ряда факторов⁹⁶, выявление которых может означать существование доминирующего положения. Все эти факторы и являются показателями существования рыночной власти.

4.2.1. Доли на рынке

С точки зрения долей рынка доминирующее положение возникает, когда один или несколько хозяйствующих субъектов имеют большую долю на соответствующем рынке. Суд подчеркивает, что доминирующее положение может возникать вследствие существования нескольких факторов, среди которых большая доля на рынке является «очень важным моментом»⁹⁷. Также суд указывает, что значение долей на рынке «может меняться от рынка к рынку»⁹⁸, предполагая, что экономический контекст, структура рынка и особенности каждого конкретного случая имеют не меньшее значение. Суд, однако, считает, что особенности рынка не преуменьшают значение размера доли на рынке, оперируя им как неким доказательством доминирования⁹⁹.

В деле *AKZO* суд дал количественную оценку доле на рынке, заявив, что хозяйствующий субъект

считается занимающим доминирующее положение, если его доля на рынке превышает 50% соответствующего рынка¹⁰⁰. Это значение используется в качестве пороговой величины и играет важную роль в определении доминирующего положения¹⁰¹.

Хозяйствующий субъект, который имеет большую долю на рынке по сравнению со своими конкурентами, зачастую не способен вести себя в значительной степени независимо от них. Это объясняет рациональность следующего правила, относящегося к долям на рынке: доли конкурентов должны быть меньше доли хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение. Это подтверждает взгляд на доминирующего на рынке хозяйствующего субъекта как на фирму с особым положением и способностью вести себя независимо от своих конкурентов.

Кроме величины доли рынка, которой обладает хозяйствующий субъект, суд подчеркивает тот факт, что он должен иметь возможность удерживать эту долю в течение некоторого времени, предполагая, что большие доли на рынке свидетельствуют о доминировании только тогда, когда они остаются на стабильном уровне в течение относительно длительного периода времени¹⁰².

Фактически, стабильность долей на рынке показывает, что в течение длительного периода времени конкуренты не смогли склонить в свою сторону клиентов основного хозяйствующего субъекта, будь то из-за отсутствия возможностей или других факторов, в том числе стратегии хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение. Это, в свою очередь, предполагает, что у клиентов и, в конце концов, у потребителей, выбора как такового нет: большинству из них товар будет поставляться хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, просто потому, что он — единственный, кто в состоянии предложить широкий спектр продукции. В сочетании с ограниченными возможностями конкурентов, высокими издержками или стратегией хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, сильные позиции на рынке одной фирмы приводят к тому, что другие хозяйствующие субъекты лишаются права «завоевания» долей рынка.

Наконец, судебный орган подчеркивает один из наиболее значимых факторов, который делает хозяйствующего субъекта с большой долей рынка «неизбежным» торговым партнером: отсутствие возможности отказаться от деловых контактов с таким хозяйствующим субъектом и заменить его иным участником рынка, что должно продолжаться в течение длительного периода времени. Именно отсутствие возможности смены одного партнера на другого характерно для покупателей

⁹⁵ Европейская комиссия. Решение 77/327/EEC *ABG/Oil companies operating in the Netherlands* [1977] OJ L 117/1.

⁹⁶ В том числе факторов, которые сами по себе являются положительными, как, например, научно-исследовательские программы. См. объединенные дела T-191/98 и T-212-214/98 *Atlantic Container Line v Commission* [2003] ECR II-3275, абз. 981.

⁹⁷ Дело 85/76 *Hoffman-LA Roche & Co. AG v Commission* [1976] ECR 461, абз. 39.

⁹⁸ Дело 85/76 *Hoffman-LA Roche & Co. AG v Commission* [1976] ECR 461, абз. 40.

⁹⁹ Дело 85/76 *Hoffman-LA Roche & Co. AG v Commission* [1976] ECR 461, абз. 41.

¹⁰⁰ Дело C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359, абз. 60.

¹⁰¹ См. также *Motta*, сноски 12, 118.

¹⁰² Дело 85/76 *Hoffman-LA Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461, абз. 41.



Табл. 2. Доминирующее положение на ЕС и доли рынка

Дело (ЕС)	Доли рынка, %	Комментарии
<i>Hugin*</i>	13	Рынок кассовых аппаратов в Великобритании. <i>Hugin</i> является четвертым по величине производителем, крупнейший из которых — Национальная компания по производству кассовой аппаратуры, занимающая около 40% рынка (см. ниже)
<i>Carrefour /Promodes**</i>	25–26	Французский рынок товаров для перепродажи магазинами розничной торговли. Власть покупателя на этом рынке
<i>ABG/ Oil Companies</i>	26	Дефицит. Нефтяной кризис
<i>Rewel/ Meini***</i>	25–40	Австрийский рынок товаров для перепродажи магазинами розничной торговли. Власть покупателя на этом рынке, рынке закупок
<i>Virgin/British Airways****</i>	39,7	Рынок пассажирских авиаперевозок. Удовлетворено судом первой инстанции
<i>Coca - Cola*****</i>	40	Если бы следующий по величине конкурент <i>Coca-Cola</i> имел половину рыночной доли <i>Coca-Cola</i> , доминирующего положения не было бы
<i>United Brands*****</i>	40–45	Другие факторы (кроме доли. — <i>Ред.</i>) также имеют значение для установления доминирующего положения
<i>Hoffman-LaRoche*****</i>	43	На рынке витамина А следующий крупный конкурент имеет 27% рынка. Иные факторы были значимы для определения доминирующего положения
<i>AKZO*****</i>	50	Презумпция доминирующего положения
<i>Hugin*****</i>	100	Рынок запасных частей для <i>Hugin</i> (случай вторичного рынка)

* Комиссия Европейского союза. Дело 78/68/ЕЕС Hugin/Liptons [1978] OJ L 22/23. Дело рассмотрено в соответствии с долями рынка на двух разных рынках.

** Комиссия Европейского союза. Дело 1999/С359/10 Carrefour /Promodes [2000] OJ C 164/5.

*** Комиссия Европейского союза. Дело 1999/674/ЕС Rewel/ Meini [1999] OJ L 274/1.

**** Комиссия Европейского союза. Дело IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways [2000] OJ L 30/1.

***** Удовлетворено судом первой инстанции. Дело T-219/99 British Airways v Commission [2003] ECR II-5917.

***** Комиссия Европейского союза. Дело 2005/670/ЕС Coca-Cola [2005] OJ L 253/21.

***** Дело 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission [1978] ECR 207.

***** Дело 85/76 Hoffman-LaRoche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461.

***** Дело C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359.

***** Дело рассмотрено в соответствии с долями рынка на двух разных рынках.

товаров на вторичных рынках (рынках, которые «порождаются» рынком товара, покупка которого требует последующего приобретения иных товаров, работ и услуг, например, как в случае со сложным техническим изделием длительного пользования, расходными материалами и запасными частями к нему, сервисом, ремонтом и т.п. — *Ред.*) или для отношений между специализированными производителями и розничными продавцами. По этой причине подход «неизбежного торгового партнера» рассматривается в некоторой степени в качестве альтернативы концепции экономической зависимости в некоторых государствах-членах ЕС.

Хотя хозяйствующий субъект, обладающий долей рынка в 50%, считается занимающим доминирующее положение, известны случаи, когда доминирующее положение было обнаружено на более низком уровне. В табл. 2 представлены некоторые из них.

4.2.2. Барьеры входа на рынок, потенциальное соперничество и компенсирующая власть покупателя

Другие факторы, которые следует принять к сведению, — это барьеры входа на рынок, потенциальное соперничество и компенсирующая власть покупателя. Барьеры входа свидетельствуют об отсутствии потенциальной конкуренции: новые

конкуренты не имеют доступа на рынок, что приводит к снижению ограничений, налагаемых конкуренцией на хозяйствующих субъектов, присутствующих на рынке. Чрезмерное увеличение долей на рынке как фактор, позволяющий выявить доминирующее положение, обуславливает необходимость рассмотреть барьеры входа вместе с потенциальной конкуренцией.

С другой стороны, компенсирующая власть покупателя, или рыночная власть покупателя, создает препятствия для хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, в части осуществления им рыночной власти, поскольку она будет направлена против его власти.

4.2.3. Экономическая зависимость

В этом разделе рассматривается значение концепции экономической зависимости в прецедентном праве. Комиссия, поддерживаемая европейской судебной системой, после выявления ситуации экономической зависимости в *ABG/Oil* не нашла таковой в деле *Metro*. В остальных случаях, представленных в этом разделе, экономическая зависимость была взята во внимание как дополнительный фактор в определении доминирующего положения.

Дело *ABG/Oil* имеет особое значение, поскольку оно представляет собой пример дела о реальной экономической зависимости в европейском



конкурентном праве. В *ABG/Oil*¹⁰³ комиссия постановила, что каждая нефтяная компания оказалась в доминирующем положении относительно своих клиентов во время нефтяного кризиса в начале 70-х годов и что компания *BP* злоупотребляла этой позицией в отношениях со своим покупателем *ABG*¹⁰⁴.

Ссылаясь на поставщиков, имеющих существенную долю на рынке, Комиссия пришла к выводу, что *BP*, обладающая приблизительно 26% рынка, находилась в доминирующем положении по отношению к *ABG*. Экономические обстоятельства дела оказались более важными, чем доля на рынке сама по себе: нехватка нефтепродуктов поставила покупателей в ситуацию экономической зависимости от поставщиков, которые, в свою очередь, благодаря этой нехватке нефтепродуктов, оказались в доминирующем положении на рынке. Вопреки своим предыдущим решениям и судебной практике европейской судебной системы, Комиссия квалифицировала такое доминирующее положение как доминирующее положение по отношению к своим клиентам. По этой причине в деле *ABG/Oil* устанавливается случай явной экономической зависимости, при которой независимость по отношению к конкурентам не обязательна.

В деле *Metro*¹⁰⁵ суд отклонил утверждение, что *SABA*, производитель электронного оборудования с долей рынка в 5–10%, пользовался доминирующим положением. Компания *Metro*, немецкий дистрибьютор, использующий систему «Кэш энд Керри», оспорила разрешение, данное Комиссией в отношении системы селективной дистрибуции, применяемой *SABA* (система селективной дистрибуции предполагает, что производитель избирает ограниченное количество дистрибьюторов или дилеров, которых наделяет эксклюзивными правами по перепродаже товара, например, эксклюзивной территорией. — *Ред.*), и заявила, что последняя злоупотребляет своим доминирующим положением, отказываясь признать *Metro* в качестве одного из своих дистрибьюторов в Германии. Компания *Metro* указала, что продукция *SABA* из-за своего высокого качества была востребована потребителями, так что все дистрибьюторы должны были включать в свой ряд продукции спектр оборудования, предлагаемый *SABA*¹⁰⁶.

Отвергая претензии со стороны *Metro*, суд постановил, что, во-первых, доля рынка *SABA* была незначительна, во-вторых, имела место реальная конкуренция и, наконец, высокое качество само по себе не играет роли и не позволяет сделать вывод

о существовании доминирующего положения в соответствии со статьей 82ЕС¹⁰⁷.

Суд постановил, что рыночная доля в 10% не может привести к доминирующему положению, признав, однако, что при исключительных обстоятельствах это все же возможно. Тем не менее суд исключил качество продукции как возможное исключительное обстоятельство, отвергая на этом основании предположение, что так называемые бренд-зависимость или диапазон-зависимость, предусмотренные в законодательстве Германии, могут квалифицироваться в качестве нарушений запретов из статьи 82ЕС (содержит запрет на злоупотребление доминирующим положением. — *Ред.*).

В то время как производители фирменной продукции могут обладать рыночной властью, этого недостаточно для существования доминирующего положения. Утверждая свою позицию, суд отметил, что факторы, которые следует принимать во внимание для оценки доминирующего положения, должны повышать способность данного хозяйствующего субъекта вести себя независимо от своих конкурентов; тем самым суд породил сомнения в возможности установить доминирующее положение хозяйствующего субъекта только на том основании, что контрагенты хозяйствующего субъекта зависят от его исключительной репутации.

В деле *British Airways*¹⁰⁸ суд первой инстанции оставил в силе решение Комиссии об обнаружении доминирующего положения. Суд первой инстанции постановил, что долю на рынке в 39,7% следует рассматривать как достаточную для установления доминирующего положения. Другая, не вызывающая сомнений точка зрения, заключалась в разрыве между долями рынка *British Airways* и ее конкурентов: ближайший конкурент имел лишь незначительную долю рынка (5–6%)¹⁰⁹. Большая разница в долях на рынке привела к тому, что даже снижение долей на рынке в *British Airways* было недостаточно для того, чтобы поставить под сомнение сам факт установления доминирующего положения¹¹⁰.

Суд первой инстанции отметил, что другие факторы, связанные с зависимостью агента от *British Airways*, имели непосредственное отношение к установлению доминирующего положения. *British Airways* предложила больший выбор маршрутов и более частые рейсы, на которые была продана значительная доля билетов туристическими агентами.

В результате суд первой инстанции постановил, что туристические агенты «в значительной степени зависят от доходов, которые они получают

¹⁰³ Комиссия Европейского союза. Решение 77/327/ЕЕС ABG Oil компании, функционирующие в Нидерландах [1977] OJ L 117/1.

¹⁰⁴ Суд отменил решение, заключив, что BP не злоупотребляла своим доминирующим положением, без анализа целесообразности подхода Комиссии относительно доминирующего положения. См. дело 77/77 Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission [1978] ECR 1513.

¹⁰⁵ Дело 26-76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG v Commission [1977] ECR 1875.

¹⁰⁶ Дело 26-76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG v Commission [1977] ECR 1875, абз. 16.

¹⁰⁷ Дело 26-76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG v Commission [1977] ECR 1875, абз. 17.

¹⁰⁸ Комиссия Европейского союза. Решение IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways [2000] OJ L 30/1.

¹⁰⁹ Там же, абз. 210.

¹¹⁰ Там же, абз. 223.





от BA, если принимать во внимание продаваемые ими услуги по организации авиапутешествий»¹¹¹. *British Airways*, следовательно, не могла не признать себя «обязательным деловым партнером туристических агентов, созданных в Соединенном Королевстве»¹¹².

Интересно, что суд первой инстанции посчитал также, что незначительная доля билетов *British Airways*, проданных основными туристическими агентами, не является фактором, способным поставить под сомнение доминирующее положение *British Airways*¹¹³. Суд первой инстанции сделал вывод, что нельзя отрицать «большую зависимость туристических агентов Великобритании от BA»¹¹⁴.

Анализ суда первой инстанции показывает, что оценка наличия или отсутствия зависимости во взаимоотношениях между хозяйствующим субъектом и его покупателями является актуальной предпосылкой для определения доминирующего положения. С одной стороны, можно отметить, что, несмотря на относительную новизну анализа, проводимого комиссией и судом первой инстанции, рассмотрение факторов, связанных с экономической зависимостью турагентов от *British Airways*, занимает важное место в общем исследовании. С другой стороны, следует подчеркнуть, что эти факторы дополняют классический анализ определения доминирующего положения, в частности, оценку положения *British Airways* на рынке: хотя доля этой компании на рынке в 39,7% является относительно низкой, имеющий важное значение разрыв в размерах долей между *British Airways* и ее ближайшими конкурентами показывает, что суд первой инстанции в своей позиции несущественно отклоняется от классического подхода по определению доминирующего положения на рынке.

Экономическая зависимость клиентов от поставщиков являлась фактором, который и комиссия, и суд первой инстанции принимали во внимание, чтобы определить, может ли хозяйствующий субъект, имеющий доминирующее положение на одном рынке, злоупотреблять своим доминирующим положением благодаря своему влиянию на другом рынке.

В деле *Aéroports de Paris*¹¹⁵, компания *Aéroport de Paris* (далее — *ADP*) была установлена в качестве субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке управления аэропортами. *ADP* взимала плату за право оказывать наземное обслуживание и ресторанные услуги в аэропортах Орли и Руасси-Шарль де Голь. Поскольку взимаемые сборы носили дискриминационный характер,

на конкуренцию в сфере предоставления услуг наземного обслуживания и общественного питания не оказывалось негативного влияния. Ссылаясь на решение суда в *Tetra Pak*¹¹⁶, *ADP* утверждала, что статья 82 ЕС не применяется, так как *ADP* не действовала ни на одном из конкурентных рынков (на которых была ограничена конкуренция действиями *ADP*. — *Ped.*) и, следовательно, не было никаких исключительных обстоятельств, которые могли бы оправдать применение вышеупомянутого прецедента¹¹⁷.

Отвергая аргументы *ADP*, суд первой инстанции признал, что злоупотребление доминирующим положением на одном рынке может быть признано незаконным из-за влияния, которое оно оказывает на другой рынок с отсутствием доминирующего хозяйствующего субъекта, и постановил следующее: «...если хозяйствующий субъект, получающий услуги, осуществляет свою деятельность также на другом рынке, в отличие от лица, которое является поставщиком данных услуг для хозяйствующего субъекта, статья 86 применяется при условии, что из-за доминирующего положения поставщика приобретатель товара находится в состоянии экономической зависимости от поставщика, причем их совместное присутствие на одном и том же товарном рынке не требуется (для применения запрета на злоупотребление доминирующим положением, который содержится в статье 86 Римского договора; в новой нумерации статья 86 стала статьей 82. — *Ped.*). Считается достаточным, если услуга, предлагаемая поставщиком, необходима для осуществления получателем своей деятельности (на том рынке, на котором поставщик услуги не действует. — *Ped.*)»¹¹⁸.

В данном случае положение экономической зависимости используется в качестве обоснования применения статьи 82 ЕС к злоупотреблениям не на том рынке, где хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение. Поскольку *ADP* не присутствует на нижестоящем рынке услуг по наземному обслуживанию, предлагаемых его клиентом, риск возникновения негативных горизонтальных последствий не наблюдается. Эффект дисторсии (искажения) возникает лишь вне нижестоящего рынка. Необходимая связь между вышестоящим рынком, на котором присутствует *ADP*, и нижестоящим рынком услуг наземного обслуживания и общественного питания обуславливается отношениями экономической зависимости между *ADP* и ее клиентами. Эти отношения взаимозависимости возникли, во-первых, в связи с доминирующим положением *ADP* и, во-вторых, из-за того, что услуги, предоставляемые *ADP*, необходимы

¹¹¹ Комиссия Европейского союза. Решение IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways [2000] OJ L 30/1, абз. 216.

¹¹² Там же, абз. 217.

¹¹³ Там же, абз. 219.

¹¹⁴ Там же, абз. 220.

¹¹⁵ Дело T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929.

¹¹⁶ Дело C-333/94 *P Tetra Pak v Commission* [1996] ECR II-3929.

¹¹⁷ Дело T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929, абз. 163. Об исключительных обстоятельствах. См. также C-333/94 *P Tetra Pak* против Комиссии 119961 ECR I-5951, абз. 27.

¹¹⁸ Дело T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* 120001 ECR II-3929, абз. 165.



для осуществления экономической деятельности на нижестоящем рынке¹¹⁹.

Комиссия и Европейский суд одновременно используют концепции неизбежного торгового партнера и экономической зависимости. Но тогда, как в случае с *Aeroport de Paris* и *Deutsche Bahn*, хозяйствующий субъект был признан монополистом в силу закона, что делало его неизбежным торговым партнером, в ситуациях же с *Michelin* и *TACA* обоснование было иным. В деле *TACA*¹²⁰ Комиссия, определив, что у линейной конференции (т.е. у *TACA*) доля на рынке составляла 60–70% и что она устанавливала дискриминационные цены, использовала возможность смены поставщика в качестве другого средства выявления доминирующего положения. Комиссия отметила, что «заключительным аргументом в процессе доказывания доминирующего положения *TACA* является ограниченная способность клиентов сменять ее на альтернативных поставщиков; таким образом *TACA* становилась неизбежным торговым партнером даже для негативно настроенных клиентов»¹²¹.

Аргумент, касающийся ограниченных возможностей выбора другого поставщика, является одним из центральных элементов понятия экономической зависимости. Интересно, что отсутствие возможности выбора другого поставщика приводит к тому, что *TACA* признается неизбежным торговым партнером, то есть обозначается термином, возникшим во Французском праве в рамках концепции экономической зависимости (*partenaire obligatoire*).

В отличие от *Aeroport de Paris* и *Deutsche Bahn*, где установленная законом монополия ставила хозяйствующие субъекты в положение наличия неизбежного торгового партнера, в случае с *TACA* причиной послужило отсутствие возможности выбора другого поставщика, что имело последствием возникновение статуса неизбежного торгового партнера и, следовательно, доминирующего положения на рынке.

Точно также в деле *Michelin* мы находим несколько элементов зависимости от бренда¹²². Бренд и репутация шин *Michelin* ставят специализированных дилеров в положение экономической зависимости и делают эту компанию неизбежным

торговым партнером¹²³. Несмотря на то, что бренд и репутация не могут оправдать возникновение доминирующего положения, они способны служить дополнительными элементами, которые будут учитываться при определении последнего.

Анализ вышеперечисленных дел показывает, что отсутствие возможности выбора другого поставщика, экономическая зависимость клиентов и существование неизбежного торгового партнера являются элементами целостного анализа, проводимого Комиссией. Как указывают *Ritter & Braun*, понятие неизбежного торгового партнера не используется для расширения объема правовой охраны по статье 82ЕС¹²⁴. Первоначально данный вывод был сделан Европейским судом в отношении значимости долей на рынке. Однако оценка возможности выбора другого поставщика и экономической зависимости клиентов показывают, что эти элементы могут учитываться и могут дополнить традиционный анализ выявления доминирующего положения на рынке, особенно в случае, когда хозяйствующий субъект, в отношении которого проводится расследование, имеет маленькую долю на рынке.

Ситуация экономической зависимости является важным фактором, который учитывается при контроле слияний. Комиссия разработала последовательную практику относительно концентрации в области розничной торговли.

Одним из основных факторов определения доминирующего положения розничных сетей на рынке, на котором они приобретают товары, была экономическая зависимость производителей от розничных сетей. В *Rewe/Meinl*¹²⁵ Комиссия дала согласие на концентрацию только после принятия на себя розничными сетями существенных обязательств по совершению действий, направленных на сохранение и развитие конкуренции (на рынках, где розничные сети проводят закупки товаров. — *Ped.*). Она полностью исследовала экономические взаимоотношения розничных сетей и производителей на товарном рынке. В деле *Carrefour/Promodes*¹²⁶ Комиссия с разных сторон изучила отношения зависимости, возникшие в связи с тем, что доля создаваемой компании на товарном рынке составляла не более 25%.

Особенность дела состоит в небольших долях на рынке. Комиссия сослалась на слияние *Promodes/Casino*, отметив, что в этом случае доля на рынке, составлявшая 25–26%, не позволяла развиваться конкуренции¹²⁷. Тем не менее, в деле *Promodes/Casino*¹²⁸ Комиссия отметила, что во Франции наличествует тенденция к концентрации

¹¹⁹ См. так же дело T-229/94 *Deutsche Bahn AG v Commission* [1997] ECR II-1689, абз. 57: «Далее из прецедентного права следует, что, поскольку (как в данном случае) услуги, представленные в сегменте рынка, являются предметом установленной законом монополии, приводящей к нуждающимся в данных услугах к экономической зависимости от поставщика услуг, не может отрицаться существование доминирующего положения на ином рынке, даже если услуги, оказанные на монополистическом рынке, связаны с продуктом, конкурирующим с иными продуктами [ссылка отсутствует]».

¹²⁰ Европейская комиссия. Решение 99/243/ЕС Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA) [1999] OJ L 95/1. Решение поддержано Европейским судом в части того, что касается ст. 81ЕС и существования коллективного доминирования, но не поддержано в части, относящейся к злоупотреблению доминирующим положением (объединенные дела T-191/98 и T-212-214/98 *Atlantic Container Line v Commission* [2003] ECR II-3275).

¹²¹ Европейская комиссия. Решение 99/243/ЕС Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA) [1999] OJ L 95/1, абз. 538.

¹²² Европейская комиссия. Решение 02/405/ЕС *Michelin* [2002] OJ L 143/1, абз. 202 и 204, отнош. к Делу C-322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

¹²³ Хотя в решении указаны доли на рынке от 50 до 70%, *Michelin* обладало около 32% долей рынка всего Сообщества, на рынке шин — 47,2%.

¹²⁴ *Ritter/Braun*, «European Competition Law. A Practitioner's Guide» 404, 2004. 3-е изд.

¹²⁵ Европейская комиссия. Решение 1999/674/ЕС *Rewe/Meinl* [1999] OJ L 274/1.

¹²⁶ Европейская комиссия. Решение 1999/С359/10 *Carrefour/Promodes* [2000] OJ C 164/5.

¹²⁷ Там же, абз. 51.

¹²⁸ Европейская комиссия. Дело IV/M.991 *Promodes/Casino*.



в розничном секторе, а это означает, что Комиссия учитывала бы усиление позиции *Carrefour* на рынке. Таким образом она сочла, что иные факторы способны усилить рыночную власть указанных компаний.

Одним из таких ключевых факторов стал так называемый уровень риска или угрозы (*taux de «menace»*)¹²⁹. В среднем производители имели долю приблизительно в 22% (т.е. в их продажах доля продаж в адрес *Carrefour/Promodes* составляла примерно 22%. — *Ред.*), что соответствует той доле, которую Комиссия выявила в деле *Rewe/Meinl*. Комиссия пришла к следующему заключению: «Можно сделать вывод о том, что когда доля розничного продавца превышает в товарообороте производителя вышеуказанную долю, последний оказывается де-факто в положении экономической зависимости»¹³⁰. Было выявлено, что, во-первых, создаваемая в результате слияния компания значительно превысит данный уровень риска и, во-вторых, ее конкуренты не достигли такого уровня¹³¹. Аналогично мы рассуждаем относительно долей на рынке, а точнее, разницы между долями на рынке данной фирмы и ее конкурента, но здесь дело касается уровня риска или угрозы для конкретного производителя-продавца. Помимо классических факторов, таких как существование барьеров выхода на рынок и потенциальная конкуренция, Комиссия выявила иные факторы, дающие преимущество создаваемой в результате слияния компании¹³².

Как и в деле *British Airways*,¹³³ Комиссия не ограничивала свой анализ изучением долей на рынке, барьеров входа и потенциальной конкуренции. Она сочла дополнительные факторы способными определить общую экономическую силу новой компании в отношении ее конкурентов. Но главным пунктом в исследовании стала экспертиза экономической зависимости многих поставщиков, которая подтверждает важность анализа двусторонних отношений между создаваемой компанией и ее клиентами: доминирующее положение может быть установлено при контроле слияний, если новый хозяйствующий субъект будет способен действовать независимо от своих клиентов, даже если он не сможет игнорировать своих конкурентов, а только займет более выгодную позицию, чем они. Подход Комиссии, наконец, показывает, что при «исключительных обстоятельствах», самым важным из которых является наличие экономически зависимых клиентов, даже очень маленькие доли

на рынке могут указать на существование доминирующего положения.

4.3. Доминирующее положение в конкурентном законодательстве ЕС и экономическая зависимость

В результате анализа судебной практики по статье 82ЕС мы приходим к выводу, что экономическая зависимость клиентов от хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, является одним из факторов, который может быть принят во внимание при оценке доминирующего положения. По отношению к рыночной доле экономическая зависимость является дополнительным элементом, который может оказаться достаточным для окончательного вывода о наличии доминирующего положения. В ситуации с небольшими долями на рынке Европейский суд учитывает экономическую зависимость, которая будет включена в анализ при исключительных обстоятельствах. Это имело место в *ABG/Oil*, где нехватка нефти являлась важным фактором для обоснования существования доминирующего положения.

В отношении различных форм экономической зависимости мы приходим к выводу, что статья 82ЕС учитывает все три вида экономической зависимости: во-первых, зависимость покупателя от продавца в условиях дефицита; во-вторых, зависимость производителей-продавцов от сильных покупателей; и, в-третьих, техническую зависимость, относящуюся к вторичному рынку.

Для признания экономической зависимости могут быть учтены специфичность актива, эффект «захвата покупателя продавцом» (создание продавцом условий, при которых покупатель не может переключиться на другого, альтернативного продавца. — *Ред.*) и другие исключительные состояния. Зависимость от бренда и зависимость, основанная на ассортименте товаров, не включены в понятие доминирующего положения. В результате рыночная власть, которая возникает вследствие разнообразия товаров, сама по себе не является основанием для государственного вмешательства по статье 82ЕС, хотя может быть принята во внимание как дополнительный фактор для определения доминирующего положения.

Тем не менее неясно, касается ли статья 82ЕС так называемой зависимости, связанной с деловыми отношениями. Специфика активов и существование продолжительных отношений не достаточны для определения доминирующего положения, хотя их можно принять во внимание при выявлении других классических условий доминирующего положения.

В целом по статье 82ЕС для признания доминирующего положения необходима крупная доля на рынке. Кроме особых обстоятельств, Комиссия не стремится вмешиваться в дела хозяйствующих субъектов, имеющих малую долю на рынке.

¹²⁹ Европейская комиссия. Решение 1999/C359/10 *Carrefour/Promodes* [2000] OJ C 164/5, абз. 52.

¹³⁰ Там же, абз. 52.

¹³¹ Там же, абз. 54.

¹³² Сначала обе стороны были представлены в каждом типе розничной дистрибуции (гипер-, супермаркеты, дискаунтеры и небольшие ретейлеры). Потом создаваемая компания стала бы доминировать на рынке гипермаркетов. Далее создаваемая компания получила бы преимущество в области выдачи потребителям дисконтных карт, затем стала более комплексной, чем конкуренты. Наконец, у создаваемой компании уже появился бы финансовый потенциал, не сопоставимый с ее конкурентами.

¹³³ Европейская комиссия. Решение 2000/74/EG *Virgin/British Airways* [2000] OJ L 30/1.



Действительно, понятие экономической зависимости используется в некоторых европейских странах безотносительно к отношениям с другими конкурентами: только вертикальные отношения между поставщиком и покупателем являются решающими. В результате порождается тенденция к вмешательству антимонопольных органов в дела компаний, не имеющих существенной доли на рынке.

Проблемы, рассматриваемые в пределах двусторонних отношений, разрешаются законом, регулирующим вертикальные соглашения. Как это происходит в отношении ограничительных условий в вертикальных соглашениях, нормы, касающиеся экономической зависимости, стремятся устранить ограничения конкуренции, которые происходят в пределах или из-за отношений между хозяйствующими субъектами, действующими на двух различных рынках. Например, Комиссия выявила экономическую зависимость, существующую между производителем автомашин и его дилерами, даже при том, что у производителя (*Volkswagen*) была доля на рынке Европы приблизительно 10%¹³⁴. В данном случае Комиссия рассматривала использование экономической зависимости какотягчающее обстоятельство в деле *Volkswagen*¹³⁵. Все это доказывает, что экономическая зависимость может быть установлена даже в отношении хозяйствующих субъектов с малой долей на рынке или с низким уровнем рыночной власти.

Тем не менее, в отличие от злоупотребления экономической зависимостью, которое касается одностороннего поведения, законодательство о вертикальных ограничениях обязательно затрагивает соглашения между двумя хозяйствующими субъектами¹³⁶.

Однако невмешательство Комиссии в ситуации экономической зависимости можно объяснить и иными причинами, а именно отсутствием в таких делах «коммюнитарного интереса» (т.е. масштаба затрагиваемых отношений, который бы позволял Комиссии принимать дело к рассмотрению. — *Ред.*). В *Sodima*¹³⁷, деле, касающемся дистрибуции автомобилей, Комиссия отклонила жалобу из-за нехватки «коммюнитарного интереса». Истцы неудачно ходатайствовали о признании экономической зависимости дилера¹³⁸. Комиссия¹³⁹,

поддержанная судом первой инстанции¹⁴⁰, отметила, что заявитель мог подать иск в государственный суд страны-участницы ЕС.

Действительно, Комиссия имела право отказаться от рассмотрения данного дела. Во-первых, злоупотребление экономической зависимостью может не затрагивать торговлю между государствами-членами (т.е. не входить в сферу компетенции наднациональных органов Евросоюза. — *Ред.*). Чаще всего поведенческие эффекты ограничены территорией единственного государства-члена¹⁴¹. Во-вторых, Комиссия может быть не заинтересована в рассмотрении дел, касающихся относительно маленьких фирм. Наконец, при применении принципа субсидиарности в области, где Комиссия не наделена исключительной компетенцией, органы государственной власти могли бы более эффективно рассматривать дела об экономической зависимости.

5. ПРИМЕРЫ ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЯ

5.1. Виды злоупотребления экономической зависимостью

В основном злоупотребление экономической зависимостью проявляется в дискриминации, отказе поставлять или покупать, в чрезмерных ценах и несправедливых коммерческих условиях. К примеру, зависимость от торговой марки или диапазона выбора включает в себя отказ в доставке брендового товара дистрибьютору. Зависимость от покупателя и зависимость, непосредственно связанная с деловыми отношениями, выражается также и в отказе от покупки или в навязывании низкой цены в совокупности или в отдельности с недобросовестными торговыми условиями; производитель в такой ситуации либо устраняется с рынка, либо эксплуатируется иным образом. Кратковременная зависимость может выразиться в частичном отказе поставлять товары или в высоких ценах на них. В тот момент, когда покупатели, от которых зависят продавцы-производители, обращаются к определенным клиентам, появляется дискриминация. Все вышеупомянутое в основе своей касается существующих

¹³⁴ Европейская комиссия. Решение 98/273/EC VV [1998] OJ L 124/60, абз. 7 и 220.

¹³⁵ Европейская комиссия. Решение 98/273/EC VV [1998] OJ L 124/60, абз. 220. Дело T-176/95 *Accinauto SA v Commission* [1999] ECR II-1635, абз. 124, в котором Суд первой инстанции поддержал Комиссию в решении по результатам рассмотрения заявления о злоупотреблении экономической зависимостью дилеров как отягчающего обстоятельства.

¹³⁶ Объединенные дела C-2/01 P и C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission v Bayer AG* [2004] ECR I-23.

¹³⁷ Дело T-62/99 *Societe de distribution de mecaniques et d'automobiles (Sodima) v Commission* [2001] ECR II-655.

¹³⁸ Дело T-62/99 *Societe de distribution de mecaniques et d'automobiles (Sodima) v Commission* [2001] ECR II-655, абз. 83.

¹³⁹ Дело T-62/99 *Societe de distribution de mecaniques et d'automobiles (Sodima) v Commission* [2001] ECR II-655, абз. 54.

¹⁴⁰ Дело T-62/99 *Societe de distribution de mecaniques et d'automobiles (Sodima) v Commission* [2011] ECR II-655, абз. 90: «истец не доказал, что Комиссия совершила ошибку, принимая во внимание то, что государственный суд имеет возможность делать юридические выводы из того факта, что экономическая зависимость дилеров является чрезмерной и искажает баланс между производителями и дилерами, предусмотренный в Регулировании 123/85». См. так же объединенные дела T-185/96 и T-189-190/9 *Riviera Auto Service Etablissements Dalmasso SA, Garage des quatre vallees SA, Pierre Joseph Tosi, Palma SA (CIA — Groupe Palma), Christophe and Gerard Palma v Commission* [1999] ECR II-93.

¹⁴¹ См. дело 22/78 *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission* [1979] ECR 1869, абз. 17. Решение Комиссии было отменено, потому что поведение Hugin's не затрагивало торговлю между государствами-членами. Комиссия может вмешиваться, например, в случаях, которые касаются интеграции рынка: запрет на параллельный импорт, международная торговая дискриминация или дискриминационные отказы иметь дело с подданными других стран. Вместе с тем, когда у предполагаемых злоупотреблений есть негативные последствия только в стране, для которой злоупотребление экономической зависимостью имеет значение, власти этого государства более заинтересованы в самостоятельном рассмотрении такого дела.



клиентов и появляется из-за того, что они не имеют альтернатив для смены контрагента.

Антиконкурентный эффект — ключевой элемент в правовом регулировании злоупотребления. Такое поведение запрещено по большей части из-за того, что оно ведет к «закрытию» вертикально интегрированных или смежных рынков, а также к эксплуатации непосредственных и «косвенных» клиентов.

Поскольку обычно зависимый хозяйствующий субъект (клиент) и хозяйствующий субъект, в отношении которого проводится расследование, не являются вертикально интегрированными, угроза горизонтального¹⁴² или вертикального закрытия рынка в понимании *Commission's Discussion Paper*¹⁴³ не является предметом выявления антимонопольным органом при рассмотрении злоупотребления экономической зависимостью. Последняя, напротив, относится к примерам практик эксплуатации клиента (потребителя или производителя). Тем не менее, структуре рынка может быть нанесен ущерб в результате исключения мелких предприятий.

5.2. Антиконкурентный эффект

Вопрос вмешательства становится более понятным тогда, когда интересующее нас поведение анализируется специально предложенными тестами на антиконкурентность. Интересно разобраться с тем, как различные тесты характеризуют ущерб для конкуренции, а также что они говорят об уместности вмешательства антимонопольного органа. Однако все они должны восприниматься как тесты, разработанные специально для случаев злоупотребления, подразумевающих устранение конкурентов с рынка, и поэтому не подходят к оценке эксплуатирующего поведения, связанного со злоупотреблениями. К примеру, эксплуатирующее поведение не принято тестировать с помощью метода «соотношение прибыли/жертв» (*profit-sacrifice test*), так как это больше подходит для оценки «хищнического» поведения на рынке (*predatory conduct*).

Мы сосредоточимся на тесте на определение одинаково эффективных конкурентов и тесте на определение благосостояния потребителей. Первый особенно необходим, так как конкурентное законодательство имеет целью увеличение экономической эффективности¹⁴⁴, второй полезен в связи с тем, что конкурентное законодательство служит для обеспечения благосостояния потребителей в целом.

Наряду с пониманием права хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение,

на защиту своих коммерческих интересов суд первой инстанции постановил: «Во время рассмотрения дела защита (оправдание) коммерческого положения хозяйствующего субъекта, имеющего доминирующее положение со всеми вытекающими последствиями, должна при любых условиях быть законной и базироваться на критериях экономической эффективности и удовлетворять интересам потребителей»¹⁴⁵.

Две эти цели образуют базу конкурентного законодательства Европейского Союза и государств, входящих в него.

Тест на определение одинаково эффективных конкурентов служит для выявления действий вытесняющего характера и квалификации их в качестве злоупотребляющего поведения только в том случае, если они способны исключить из рынка столь же эффективного конкурента (как и хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение. — *Ред.*). Комиссия объясняет это следующим образом: «столь же эффективный конкурент — такой конкурент, у которого почти те же самые затраты и расходы, как и у хозяйствующего субъекта, имеющего доминирующее положение. Вытеснение с рынка столь же эффективного конкурента возможно только в том случае, если цены хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, ниже его собственных расходов/затрат»¹⁴⁶. Иными словами, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, злоупотребляет таким положением, если его поведение вызывает уход с рынка конкурента столь же эффективного, как и он сам.

Исключение неэффективных хозяйствующих субъектов не влечет за собой антиконкурентных последствий на торговом рынке и поэтому не является злоупотреблением. Целесообразность и особенность теста заключается в том, что он очень важен для определения экономической рациональности: неэффективные предприятия не улучшают благосостояние общества и не способны конкурировать на достойном уровне. Другими словами, они не так важны для поддержания уровня конкуренции и не способны влиять на конкуренцию на рынке. Как следствие, их исчезновение не влечет за собой потерю эффективности и не приносит никакого вреда конкуренции.

Для применения данного теста эффективность хозяйствующего субъекта, имеющего доминирующее положение, сравнивается с эффективностью его конкурента. Но в ситуации с вертикально интегрированными хозяйствующими субъектами, которые осуществляют свою деятельность на различных рынках, эффективность продавца не может быть соотнесена с эффективностью покупателя.

¹⁴² Другими словами, лишение права в так называемом выше- и нижерасположенном торговых рынках.

¹⁴³ Европейская комиссия, сноска 7, абз. 69 и далее.

¹⁴⁴ Комиссия четко указала, что экономическая эффективность будет основой ее вмешательства в ситуации, касающиеся защиты конкуренции. См.: Европейская комиссия, сноска 7, абз. 63 и далее.

¹⁴⁵ Дело T-228/97 *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II-2969, абз. 189.

¹⁴⁶ Европейская комиссия, сноска 7, абз. 63





Хотя этот тест и не подходит для определения поведения самих покупателей, он выделяет важные основы конкурентного законодательства: предельный эффект вмешательства антимонопольного органа должен повысить, а не снизить, уровень благосостояния общества. Защита неэффективных производителей может плохо сказаться на хозяйствующих субъектах, имеющих доминирующее положение, и привести к предельному снижению благосостояния общества и покупателя как такового. Это приравнивается к субсидированию мелких и неэффективных компаний частным сектором (частная помощь).

Тест на благосостояние потребителей фокусируется на вреде, причиненном покупателям. Главным является вопрос о том, снижает ли соответствующее поведение (которое может потенциально расцениваться как злоупотребление доминирующим положением, — *Ред.*) благосостояние покупателей: неправомерным поведение становится только при условии, что оно снижает благосостояние потребителей. Поведение, которое наносит вред конкурентам, а не потребителям, не будет расцениваться как злоупотребление доминирующим положением. С этой точки зрения вред, причиненный потребителю, расценивается как обстоятельство, сопутствующее вреду, причиненному конкуренту либо же покупателю (клиенту). Акцентируя внимание на важности защиты потребителей как одного из ключевых объектов защиты конкурентного законодательства, результаты теста могут создавать условия для непосредственного государственного вмешательства.

Устранение продавца или мелкого производителя с рынка, вполне вероятно, и не отразится негативно на покупателях. К примеру, отказ производителя брендовых товаров в их поставке ритейлеру (продавцу) никак не влияет на покупателей, они могут приобрести этот же товар и в другом месте. То же самое и с магазинами розничной сети, которые отказываются закупать товар у мелких производителей, — негативного воздействия на покупателей в этой ситуации тоже не будет при условии, если эти магазины могут предоставить сопоставимые аналоги данной продукции.

Оба теста (одинаково эффективных конкурентов и благосостояния потребителей) имеют своей целью разграничение защиты конкуренции от защиты конкурентов. Тем не менее большинство известных типов злоупотребления доминирующим положением в ситуации экономической зависимости направлены на клиента (покупателя или поставщика), который находится в вертикальных отношениях с доминирующим хозяйствующим субъектом, а не на конкурентов последнего. Скорее, проблемой является выяснение того, направлен ли закон о защите конкуренции на выравнивание правил игры для всех участников рынка посредством защиты особых участников, будь они большими или маленькими.

5.3. Доступные способы исправления ситуации

Выявление злоупотребления экономической зависимостью требует вмешательства исполнительной или судебной власти не только для того, чтобы прекратить его, но и для того, чтобы определить, что в таком случае должен сделать хозяйствующий субъект-нарушитель. Тогда как обнаружение доминирующего положения увеличивает риск чрезмерного вмешательства, существуют дополнительные риски, связанные с природой самих коррекционных мер. Более того, исходя из вида злоупотребления — отказ в поставке, дискриминация или завышение цен — риск ошибок второго типа возрастает из-за регуляторного характера коррекционных мер.

Когда власти дают указание о принудительной поставке, предписание должно содержать правила определения для запрашиваемого количества, цены, качества товара и указание на то, как долго обязанность предоставления товара должна исполняться. Это предписание имеет регуляторный характер. Когда новому покупателю дается возможность получить товар, власти должны учитывать, сколько еще предприятий могут попросить этот же товар. Будет ли разумным наложить не ограниченную условиями обязанность, связанную с поставкой товара, на компанию, в отношении которой проводится расследование?

Также запрет дискриминации включает в себя регулирование цен. Фактически неясно, как определять равноценные сделки и требовать одинакового отношения к одинаковым сделкам со стороны доминирующего хозяйствующего субъекта. Более того, запрет дискриминации может привести к снижению количества предлагаемых товаров на рынке. Если низкие цены применялись в отношении новых покупателей, а предписание обязывает применять одни и те же цены как для новых, так и для старых покупателей, исполнение предписания приведет к снижению количества реализуемых товаров и к росту цены.

Регуляторный характер коррекционных мер в делах о злоупотреблении экономической зависимостью должен привлечь внимание антимонопольного органа, выдающего соответствующее предписание, к вероятному риску чрезмерного регулирования. По этой причине, в то время как использование рыночных долей в качестве индикатора может привести к риску недостаточного государственного вмешательства (поскольку экономическая зависимость, как было показано выше, часто не связана с большой рыночной долей. — *Ред.*), выявление злоупотребления экономической зависимостью как таковой и издание предписания по его устранению обуславливает риск избыточного государственного вмешательства.



Балансирование обоих типов ошибок требует переосмысления как доминирующего положения в праве конкуренции Евросоюза, так и концепции злоупотребления. В то время как расширение концепции доминирующего положения будет включать в рамки этой концепции и иные случаи рыночной власти, которые мало связаны с общепринятыми пороговыми значениями долей компаний на товарном рынке, хорошо продуманное описание поведения, представляющего собой злоупотребление, поможет обеспечить точное и точное вмешательство антимонопольного органа в случаях серьезного ограничения конкуренции. Как следствие, такой подход отразится на выявлении еще большего количества случаев доминирования, что будет соответствовать концепции рыночной власти, развиваемой в рамках экономической теории, сохраняя в центре внимания неэффективное рыночное поведение, несущее угрозу конкуренции.

6. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Традиционно принятое определение доминирующего положения фокусируется на рыночных долях и исключительном положении хозяйствующего субъекта на товарном рынке. В отличие от доминирующего положения, экономическая зависимость производна от концепции рыночной власти, которая не является результатом исключительного положения на рынке.

Другие факторы и формы рыночной власти ответственны за зависимость определенных участников рынка от их поставщиков или покупателей. Информационные разрывы, издержки поиска, специфичность активов — вот некоторые из источников рыночной власти, которые могут стать причиной экономической зависимости. К сожалению, данные обстоятельства остаются недооцененными.

Другой источник рыночной власти — это дифференциация товаров. Правомочность вмешательства антимонопольного органа в случае, если рыночная власть основана на дифференциации товаров, также весьма спорна.

Из анализа судебной практики по статье 82ЕС мы сделали вывод, что экономическая зависимость контрагентов от хозяйствующего субъекта, предположительно занимающего доминирующее положение, является одним из факторов, который необходимо принять во внимание перед тем, как сделать окончательный вывод о положении хозяйствующего субъекта на рынке. Что касается долей рынка, экономическая зависимость является дополнительным элементом, который может учитываться при анализе доминирующего положения, в частности, когда хозяйствующий субъект, в отношении которого ведется расследование, имеет небольшие доли на рынке. В самом деле, толкование

суда разрешает включить экономическую зависимость в анализ в качестве исключительного обстоятельства.

Относительно различных форм экономической зависимости мы можем сделать вывод, что статья 82ЕС охватывает три типа экономической зависимости: кратковременную зависимость, зависимость производителей от покупателей и техническую зависимость, связанную с продукцией вторичного рынка.

Для выявления ситуаций экономической зависимости учитываются специфика активов, эффект «захвата покупателя продавцом» и другие особые условия. Зависимость от бренда или от поставки набора товаров не охватывается концепцией доминирующего положения. Как следствие, рыночная власть, основанная на продуктовой дифференциации, не дает повода для антимонопольного вмешательства в соответствии со статьей 82ЕС, хотя и может быть расценена как дополнительный фактор для выявления хозяйствующего субъекта, имеющего доминирующее положение. Однако остается неясным, охватывает ли статья 82ЕС так называемую зависимость, связанную с деловыми отношениями. Специфика активов и наличие долгосрочных деловых отношений не достаточны сами по себе для выявления доминирующего положения, но их можно принять во внимание, если другие традиционные условия доминирующего положения наличествуют.

Злоупотребление экономической зависимостью может и не влиять на торговлю между странами-участниками, которые считают, что Комиссия не имеет полномочий на рассмотрение соответствующих дел, а проще говоря, в таких делах отсутствует какой-либо коммюнитарный интерес. В результате применение национального конкурентного законодательства представляется более обоснованным.

Вмешательство антимонопольного органа в ситуациях экономической зависимости может тем не менее стать причиной ошибки. В то время как расширение концепции доминирующего положения позволяет включать в эту концепцию почти все виды рыночной власти и ослаблять таким образом значимость долей на рынке, широкая трактовка злоупотребления и регулятивный характер предписаний антимонопольного органа, направленных на устранение ситуации экономической зависимости, повышают риск чрезмерного государственного вмешательства в отношения участников рынка. Чтобы снизить такой риск, требуется точно определить условия и методологию, применяемые для выявления антиконкурентных эффектов злоупотребления доминирующим положением, которое проявляется в форме эксплуатации доминирующим хозяйствующим субъектом своего потребителя или поставщика.

With permission of Springer Science+Business Media.

Научно-практический электронный журнал «Российское конкурентное право и экономика» № 3(16) 2015

Учредитель:

ФАС России

Главный редактор:

Алексей Сушкевич

Редакционная коллегия:

Сергей Максимов, Ирина Кашунина, Елена Осипова,
Анна Нумерова, Андрей Юнак

Выпускающий редактор:

Наталья Быкова

Литературный редактор:

Наталья Быкова

Дизайн и верстка:

Роман Кокарев

Тираж:

600 экз.

Дата выхода в свет:

16 октября 2015 г.

Адрес журнала:

Москва, ул. Садовая Кудринская, д. 11, Д-242, ГСП-5, 123995

Адрес в Интернете:

<http://fas.gov.ru/eljournal>

E-mail:

editor@fas.gov.ru

Издание отпечатано в типографии:

ООО «Производственная Группа «КУРАНТЫ»

При полном или частичном использовании материалов ссылка на ФАС России обязательна. Сайт зарегистрирован Россохранкультурой в качестве средства массовой информации. Регистрационное свидетельство Эл № ФС77-24394 от 15 мая 2006 г.