

Российское конкурентное право и экономика

Научно-практический электронный журнал

№ 3(9) 2013



Федеральная антимонопольная служба



Федеральная Антимонопольная Служба

СОДЕРЖАНИЕ



Железнодорожная отрасль РФ. Специфика проводимых реформ.
Стр. 10



Регулирование интеллектуальной собственности в антимонопольном праве. Нужны ли поправки в Закон о защите конкуренции?
Стр. 36



Процедура рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства. Как достичь должной состязательности сторон?
Стр. 45

4 ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

КОМПЛЕКСНЫЙ ПОДХОД

6 ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЕСТЕСТВЕННЫХ МОНОПОЛИЙ

РЕФОРМЫ

10 АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ КОНКУРЕНЦИИ В ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОЙ ОТРАСЛИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

НАУЧНЫЙ ПОДХОД

23 ОСОБЕННОСТИ РАЗВИТИЯ КОНКУРЕНЦИИ НА РЫНКАХ ВООРУЖЕНИЙ И ВОЕННОЙ ТЕХНИКИ

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

31 ОСОБЕННОСТИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СОГЛАШЕНИЙ О СОВМЕСТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

36 ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ. СТОЛЬ ЛИ НЕОБХОДИМЫ ПОПРАВКИ В ЗАКОН О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ?

КОММЕНТАРИЙ СПЕЦИАЛИСТА

42 ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЕ ЛЕГАЛЬНОЙ МОНОПОЛИЕЙ ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ КАК ПРЕДМЕТ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

45 ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТЬ ВВЕДЕНИЯ ИНСТИТУТА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОРГАНА



Коллективные иски — риск для предпринимательского сообщества?

Стр. 69



Торговые сети и поставщики. Критерии сотрудничества.

Стр. 77



«Неджентльменские» способы борьбы за привлечение и формирование депозитной базы.

Стр. 89

КОММЕНТАРИЙ СПЕЦИАЛИСТА

48 РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ПРОЦЕДУРЫ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ

СОБЫТИЯ

51 О МЕЖДУНАРОДНОМ СЕМИНАРЕ «РАЗВИТИЕ КОНКУРЕНЦИИ НА РЫНКЕ ЭЛЕКТРОЭНЕРГЕТИКИ», ОРГАНИЗОВАННОМ ФАС РОССИИ И ОЭСР

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

НАУЧНЫЙ ПОДХОД

57 РАСПРЕДЕЛЕНИЕ БРЕМЕНИ ДОКАЗЫВАНИЯ В РАМКАХ АНАЛИЗА АНТИКОНКУРЕНТНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

61 ЭКСКЛЮЗИВНОСТЬ В ОТНОШЕНИЯХ ПРОДАВЦА И ПОКУПАТЕЛЯ В РОССИЙСКОМ АНТИМОНОПОЛЬНОМ ПРАВЕ

КОММЕНТАРИЙ СПЕЦИАЛИСТА

67 ОБ ЭКСКЛЮЗИВНОСТИ ВЕРТИКАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ

МНЕНИЕ

РЕФОРМЫ

69 КОЛЛЕКТИВНЫЕ ИСКИ: БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ

73 ПЕРСПЕКТИВЫ ГРУППОВЫХ ИСКОВ В РОССИЙСКИХ РЕАЛИЯХ: ТАК ЛИ ВСЕ ПРОСТО?

РЕГИОНАЛЬНАЯ ПРАКТИКА

ОБМЕН ОПЫТОМ

77 ТОРГОВЫЕ СЕТИ И ПОСТАВЩИКИ: КАК ЗАДАТЬ ВОПРОС, ЧТОБЫ ПОЛУЧИТЬ ОТВЕТ?

ГОСЗАКАЗ

84 КОНКУРЕНТНАЯ СРЕДА НА РЫНКАХ РАБОТ ПО СТРОИТЕЛЬСТВУ, РЕКОНСТРУКЦИИ, КАПИТАЛЬНОМУ РЕМОНТУ ДОРОГ, ТОННЕЛЕЙ, МОСТОВ И ПУТЕПРОВОДОВ

ИНФОРМАЦИЯ

ОБМЕН ОПЫТОМ

89 ДЕПОЗИТ ДЕПОЗИТУ — РОЗНЬ, ИЛИ ПРАВИЛА КОНКУРЕНТНОЙ БОРЬБЫ

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

92 ОБЕСПЕЧЕНИЕ КОНКУРЕНЦИИ: ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ!

Предлагаемый Вашему вниманию выпуск журнала отличается от предыдущих. Впервые он подготовлен нами совместно с Некоммерческим партнерством «Содействие развитию конкуренции».

Напомню, что некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции» учреждено 23 мая 2007 года. Оно объединило ведущих юристов, специализирующихся в области права конкуренции, а также экономистов-профессионалов в вопросах антимонопольного регулирования. В настоящее время в НП «Содействие развитию конкуренции» работают более 80 специалистов. Они представляют крупные международные и российские юридические фирмы, компании финансового и нефинансового сектора российской экономики.

С момента своего основания НП «Содействие развитию конкуренции» было ориентировано на развитие партнерской модели взаимодействия с российским антимонопольным органом. ФАС России использует встречи с участниками партнерства для публичной апробации новшеств в антимонопольном регулировании и для выявления актуальных с точки зрения бизнеса приоритетов в совершенствовании административных процедур антимонопольного контроля. Взаимодействие с партнерством дает ФАС России возможность получить подтверждение правильности своих шагов в диалоге с наиболее подготовленной частью юридического сообщества.

Опубликованные в номере статьи носят дискуссионный характер, но в этом и состоит редакционный замысел — сделать так, чтобы позиция наших оппонентов (при рассмотрении дел нами либо в судах, ведь представительство интересов крупнейших российских компаний — одна из основных функций членов партнерства) была высказана ими в аналитической и аргументированной манере. Вам судить, насколько это удалось нашим уважаемым партнерам.

По некоторым особо острым вопросам, поставленным в материалах членов НП «Содействие развитию конкуренции», специалистами ФАС России подготовлены развернутые комментарии. Но не следует забывать, что комментарий — это не официальная позиция Службы, а авторская точка зрения.

Надеемся, что авторские взгляды и точка зрения сотрудников ФАС России, и их оппонентов, вызовут



интерес у самого широкого круга читателей. Приглашаю вас продолжить обсуждение тем, которые поднимаются в этом номере журнала «Российское конкурентное право и экономика».

Начальник Аналитического управления
 ФАС России, главный редактор
 научно-практического электронного
 журнала ФАС России
 «Российское конкурентное право и экономика»
Сушкевич А. Г.

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 1

№ 3(9) 2013

В преддверии V ежегодной антимонопольной конференции члены **некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции»** традиционно попросили ответить на вопросы в отношении инициатив и совершенствования правоприменения статс-секретаря, заместителя руководителя ФАС России **Андрея Юрьевича Цариковского**.

На протяжении вот уже более пятнадцати лет железнодорожная отрасль в нашей стране претерпевает существенные изменения, между тем, реформы идут с переменным успехом. В статье **«Актуальные вопросы развития конкуренции в железнодорожной отрасли Российской Федерации»** заместитель руководителя ФАС России **Анатолий Николаевич Голомолзин**, советник Управления контроля транспорта и связи **Алексей Игоревич Горлинский** и заместитель начальника Управления контроля транспорта и связи **Наталья Юрьевна Яковенко** провели детальный анализ предпосылок развития конкуренции в железнодорожной отрасли.

Планы развития оборонно-промышленной отрасли в Российской Федерации предусматривают значительное увеличение бюджетных расходов на закупку вооружений и военной техники. В статье **«Особенности развития конкуренции на рынках вооружений и военной техники»** начальник Управления контроля промышленности и оборонного комплекса **Максим Александрович Овчинников** доказывает, что эффективность расходов на ОПК будет напрямую зависеть от экономических стратегий субъектов оборонно-промышленного комплекса, которые, в свою очередь, определяются характеристиками институциональной среды и степенью развития конкуренции; автор приводит конкретные примеры влияния консолидации отрасли на состояние конкуренции на соответствующих рынках.

ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ



В настоящее время совершенствование анти-монопольной политики идет путем гармонизации российского конкурентного законодательства на основе лучших мировых практик. В преддверии V ежегодной антимонопольной конференции члены некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции» традиционно попросили ответить на вопросы в отношении инициатив и совершенствования правоприменения статс-секретаря, заместителя руководителя ФАС России Андрея Юрьевича Цариковского.

Андрей Юрьевич, не так давно в СМИ появилась информация о начале работы над концепцией Антимонопольного кодекса. Расскажите, пожалуйста, об этих планах.

Да, мы действительно думаем над созданием Антимонопольного кодекса, но пока еще не приступили к реализации этой задачи. Сейчас документ пребывает на стадии идеи, так что работа может занять несколько лет.

Тема введения в России «американской модели» групповых исков в последнее время становится все более актуальной. Между тем, ряд предпринимателей, а также бизнес-объединений негативно относятся к идее принятия данного института. Заставляет задуматься и позиция Европейского Союза, признавшего «американскую модель» с ее классовыми исками, кратными убытками и многомиллионными «гонорарами успеха»

адвокатов слишком радикальной и опасной для экономики. Какова позиция ФАС России по этому вопросу?

Мне кажется, что выступать против принятия модели частноправовой коллективной защиты может только та часть бизнеса, которая уже столкнулась с неприятными последствиями коллективных исков в других странах, а также теневой бизнес, который ведет нечестную конкурентную борьбу и практикует нарушения прав потребителей.

На мой взгляд, сам институт является важным механизмом повышения эффективности защиты прав лиц, пострадавших в результате нарушения антимонопольного законодательства. Его введение позволит упростить процедуру получения возмещения в тех случаях, когда в результате нарушения законодательства затронуты права значительного или даже неопределенного круга лиц.

Мы, конечно, учтем и европейский, и мировой опыт в целом, чтобы не допустить использования коллективных исков как инструмента давления на добросовестный бизнес.

В «Дорожной карте» развития конкуренции в России предусмотрено введение групповых исков в сфере антимонопольного регулирования. Существуют какие-либо наработки по реализации «Дорожной карты» в этом аспекте? Намереваетесь ли вы доработать уже принятый в первом чтении закон, внесенный Минюстом, по коллективным искам и адаптировать его применение к антимонопольной сфере?

В настоящее время в ФАС России рассматриваются различные методики оценки размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства. При этом мы понимаем, что сформировать единую универсальную методику оценки размера убытков вряд ли удастся. На текущий момент наиболее правильным мы считаем механизм, при котором размер убытков определяется в зависимости от вида и характера совершенного нарушения.

Что же касается закона Минюста — это не наш законопроект, но мы намерены его изучить и в случае необходимости внести свои предложения.

Какие возможности откроет перед ФАС России принятие системы групповых исков, какова ее основная цель? Как Вы считаете, может ли новый институт спровоцировать появление «охотников» за картелями и монополиями?

Как я уже говорил, введение системы групповых исков будет служить дополнительным стимулом для законопослушного поведения компаний на рынке. Кроме уголовной и административной ответственности за нарушение антимонопольного

законодательства, планируется ввести гражданско-правовую ответственность. Этот механизм позволит лицам, пострадавшим от действий участников картеля или монополистов, эффективнее решать вопросы возмещения причиненного ущерба, станет дополнительным стимулом для участников рынка к более активной защите своих прав. Но вряд ли стоит ожидать появления «охотников» за картелями.

Законодательство РФ предусматривает возможность обратиться в ФАС России с заявлением о пересмотре выданного по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства предписания только при наличии вновь открывшихся обстоятельств. Как поступать в тех случаях, когда обстоятельства, в том числе рыночные факторы, после выдачи предписания существенно изменились? Возможен ли пересмотр предписаний, выданных в порядке контроля экономической концентрации?

Закон о защите конкуренции предусматривает право обратиться с заявлением о пересмотре решения или выданного предписания как по новым, так и по вновь открывшимся обстоятельствам.

Что касается предписаний по сделкам экономической концентрации, то возможность их пересмотра была предусмотрена Третьим антимонопольным пакетом. Основанием для этого может стать возникновение существенных обстоятельств, таких как изменение продуктовых и географических границ товарного рынка, состава продавцов или покупателей, утрата хозяйствующим доминирующим положением.

Пункт 1.4 Приказа ФАС России № 220 разрешает не проводить анализ состояния конкуренции по делам о нарушении отдельных положений Закона «О защите конкуренции». По Вашему мнению, можно ли утверждать, что в отдельных случаях проведение анализа конкурентной среды по указанным в пункте 1.4 категориям дел является необходимым или крайне желательным для более полного установления обстоятельств дела?

В приказе речь идет о специфических нарушениях антимонопольного законодательства, таких как картели, которые, как известно, запрещены *per se* («как таковые»). Поэтому при их расследовании отсутствует необходимость проведения полного анализа состояния конкуренции на соответствующем товарном рынке.

Третьим антимонопольным пакетом установлены объективные критерии влияния иностранной организации на конкуренцию в России, если такая организация осуществляет

продажи товаров в Россию на сумму, превышающую 1 млрд рублей. Для многих иностранных компаний это незначительный объем, что вынуждает их согласовывать с ФАС России большую часть сделок. Будет ли этот порог увеличен?

Нет, увеличивать данный порог мы пока не планируем.

Считаете ли Вы целесообразным криминализацию 14 статьи Закона о защите конкуренции, то есть распространение 178 статьи УК РФ на составы НДК?

Я думаю, что административной ответственности вполне достаточно. Не стоит забывать — незаконное использование интеллектуальной собственности может повлечь за собой ответственность в виде оборотного штрафа, что, на мой взгляд, является достаточно весомым наказанием за такого рода нарушения.

Отстоит ли ФАС России эксклюзивное право инициировать уголовные дела по статье 178 УК РФ? Есть ли поддержка Правительства РФ по этому вопросу?

Смотря что считать эксклюзивным правом. Ведь в случае принятия закона ФАС России не получит право самостоятельно возбуждать уголовные дела по 178 статье, оно останется у следователей органов внутренних дел.

Правда, для возбуждения дела им потребуются материалы из конкурентного ведомства. Однако это не лишает следователя права отказать в возбуждении дела даже при условии, что в направленных материалах будет содержаться решение Комиссии антимонопольной службы о наличии картеля. Например, в случае, если истек срок давности возбуждения уголовного дела.

В последнее время в средствах массовой информации многократно упоминалось о том, что ФАС России руководствуется так называемой «палочной системой». Если это правда, то не мотивирует ли такой подход антимонопольное ведомство к возбуждению большого количества дел? Если же нет, то в чем причина все возрастающего числа возбужденных дел?

Большое количество дел? А как нам поступать, когда в антимонопольные органы обращаются с заявлениями? Мы же не можем просто отказать, не проведя проверку, и не возбудить дело при наличии признаков нарушения. Предприниматели приходят к нам за защитой, и мы должны им помочь.

Кроме того, что значит «большое количество дел»? По сравнению с кем, с США? Но только не нужно забывать, что в США не одно конкурентное ведомство, а два. К тому же, в каждом штате есть

сетевые регуляторы. И если посчитать суммарное количество возбужденных в США дел, то оно превзойдет количество дел, возбужденных нами.

Помимо этого, СМИ, говоря о «палочной системе», упоминают рейтинг территориальных управлений. Всего в нем 25 показателей. Да, половина из них учитывает количество дел, но 70% от этого задает вопрос не «сколько?», а «как и чем завершилось дело?». Именно на качественную оценку дел мы стараемся перейти в последнее время. Так, например, с 2011 года мы определяем двадцатку лучших дел, а с 2014 года будут отмечаться и лучшие достижения.

Не раз также приходилось слышать, что ФАС России занимается мелкими делами. Но как быть, если большое количество жалоб поступает именно на малый бизнес. Мы же должны отреагировать! В этом ключе вспоминается дело конкурентного ведомства Германии. Они раскрыли сговор торговцев шаурмой в центре Берлина и говорили об этом как о значимом деле, потому что его раскрытие положительно повлияло на простых граждан и туристов.

В антимонопольные органы, например, поступает большое количество жалоб от дачников, которым отказали в присоединении к электрическим сетям. Если не мы, то кто им сейчас поможет? Конечно, мы бы сами хотели уйти от такого количества дел, но пока есть жалобы и нарушения, нам следует ими заниматься.

И, конечно, стоит отметить, что динамика антимонопольных дел, возбужденных ФАС России и ее территориальными органами, показывает, что количество дел сокращается. Так, в 2012 году по сравнению с 2011 годом количество дел сократилось на 11%, что, в частности, стало возможным благодаря институтам предупреждения и предостережения. Теперь мы возбуждаем дела только в действительно важных случаях, в других — предостерегаем и даем шанс исправить положение, предупреждая о нарушении. В дальнейшем количество дел еще сократится, так как действие этих институтов мы планируем распространить на антиконкурентные акты, действия публично-правовых образований и недобросовестную конкуренцию.

Из текста предписаний, которые ФАС России выдает в рамках контроля за экономической концентрацией, не всегда можно сделать однозначный вывод, почему стороны по сделке обязывают совершить именно те действия, которые указаны, а не иные. Как Вы относитесь к инициативе создания механизма (в форме подзаконного акта или рекомендаций), которым антимонопольный орган руководствовался бы при определении адекватных мер при выдаче предписаний по результатам рассмотрения ходатайств о согласовании сделок?

На самом деле, условия предписания, которое выдается по результатам рассмотрения ходатайства, можно условно разделить на две основные группы — структурные и поведенческие.

Структурные условия направлены на достижение конкретного уровня концентрации товарного рынка, например, ограничение на совершение определенных сделок по приобретению активов хозяйствующих субъектов-конкурентов. К поведенческим условиям могут относиться условия о разработке и представлении в антимонопольные органы торгово-сбытовой политики предприятия-производителя, реализации производимой продукции и др. При этом конкретные условия предписания определяются в каждом отдельном случае с учетом оценки всех имеющихся условий и обстоятельств.

Вопросы же разработки рекомендаций по определению условий предписаний, которые служили бы, в том числе, ориентиром для участников рынка, возможно, будут рассмотрены нами позже.

Какова практика по делам об административных правонарушениях в сфере законодательства об иностранных инвестициях в области стратегического значения? Что следует предпринять нарушителю, чтобы смягчить последствия нарушения? Может ли иностранный инвестор легализовать свое владение стратегическим активом?

Административные правонарушения в сфере законодательства об иностранных инвестициях — это непредставление ходатайств, уведомлений либо сведений. За них предусмотрены штрафы, максимальная сумма которых может составить 1 млн рублей. Так как речь идет об обороне страны и безопасности государства, а значит, и о безопасности каждого человека в отдельности, единственным послаблением может стать минимальная сумма штрафа. И вообще, без нарушений не потребуются и смягчений!

Кроме того, легализовать свое владение иностранный инвестор не сможет. Если сделка совершена без предварительного согласования, то она по № 57-ФЗ признается ничтожной, недействительной. А при недействительности сделки каждая из сторон обязана возратить другой все полученное или возместить его стоимость. Правда, после этого можно подать ходатайство в ФАС России и попробовать совершить сделку еще раз, но только уже с учетом всех правил.

ФАС России выносила много важных решений по потребительским рынкам, однако массовых случаев частных исков не последовало. Если появятся новые дела против ВИНКов или других нарушителей, станут ли антимонопольные органы прописывать размер завышения рыночных цен?

Нет, не станут. Определять рыночную цену антимонопольный орган не должен. Его задача установить факт монопольно высокой цены и аргументировать его на основании критериев, указанных в статье 6 Закона о защите конкуренции. Исходя из мотивировки решения пострадавший уже сам должен установить размер переплаты, а затем обратиться в суд для взыскания убытков и восстановления нарушенных прав. Взыскание убытков — это все-таки уже частноправовой спор, и антимонопольный орган, если и может принимать в нем участие, то только в качестве третьего лица.

Программа освобождения от ответственности входит в число самых важных институтов в антимонопольном праве. Учитывая внимание ФАС России к рынкам, участниками которых являются иностранные компании, какие изменения в законодательство планируется внести в 2013—2014 годах? Как станет работать освобождение от уголовной ответственности для «сдавшихся» в рамках антимонопольного дела? Будет ли введена *marker system* (четкие правила определения приоритета в заявлениях о сдаче)?

Предложенные поправки к уголовному кодексу предусматривают освобождение от уголовной ответственности в случае содействия расследованию картельных соглашений. В соответствии с этим нововведением освобождению от ответственности будет подлежать участник картельного соглашения, который первым добровольно заявил о существовании картеля в правоохранительные органы. Мера ответственности остальных участников станет определяться в соответствии с тем, какую роль они сыграли в раскрытии преступления.

Что касается того, как определить, кто же первым признался в существовании картеля, то для этого применяются Правила принятия заявления о совершенном преступлении. В соответствии с ними, при приеме заявления правоохранительные органы фиксируют с точностью до минуты время его поступления. Заявление при этом можно направить как в письменном, так и в электронном виде, что особенно важно, учитывая возможные расстояния и разницу в часовых поясах. Оба варианта будут фиксироваться в журнале с записью точного времени поступления.

Традиционный вопрос: какие у Вас пожелания к дальнейшему сотрудничеству с НП «Содействие развитию конкуренции»?

Я рассчитываю на активное участие членов Партерства в развитии антимонопольного законодательства, а также в подготовке проекта *guidelines* (разъяснения и методические рекомендации по антимонопольному законодательству).

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ КОНКУРЕНЦИИ В ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОЙ ОТРАСЛИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Начиная со второй половины 90-х годов XX века, железнодорожная отрасль в Российской Федерации претерпевает существенные изменения. Так, в частности, на протяжении вот уже более десяти лет с переменным успехом реализуется Программа структурной реформы на железнодорожном транспорте, осуществляются интеграционные преобразования на постсоветском пространстве, например, создается Единое экономическое пространство и в перспективе к 2015 году Евразийский экономический союз.

В этой связи представляется актуальным анализ возникших за последние десятилетия предпосылок конкуренции в железнодорожной отрасли в России и особенностей основных текущих процессов, влияющих на ее развитие. Таким образом, считаем целесообразным рассмотреть в статье следующие аспекты затрагиваемой проблемы:

- основные этапы реформирования железнодорожной отрасли в постсоветской России и сделать краткое описание ее современной структуры;
- виды и формы конкуренции, существующие в сферах грузовых и пассажирских перевозок в России, в том числе, внутривидовые и межвидовые;
- возможность использования конкурсных процедур в железнодорожной отрасли в нашей стране;
- механизмы взимания платы за доступ к инфраструктуре железнодорожного транспорта общего пользования и осуществления инвестиций в развитие железнодорожной инфраструктуры, а также потенциал частных инвестиций в данной сфере;

С 2012 года в рамках Единого экономического пространства осуществляется создание единого железнодорожного пространства, как правило, без изъятий и ограничений.

- развитие сегмента высокоскоростных перевозок в Российской Федерации.

КРАТКАЯ ИСТОРИЯ РЕФОРМИРОВАНИЯ И СТРУКТУРА ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОЙ ОТРАСЛИ В ПОСТСОВЕТСКОЙ РОССИИ

В 1996 году на Всероссийском съезде железнодорожников были приняты «Основные направления развития железнодорожного транспорта» в России. В этом документе закладывалась идеология эволюционного подхода к реформе отрасли, учитывающая не всегда положительный опыт преобразований железнодорожных компаний развитых государств.¹

В 1998 году Правительство Российской Федерации одобрило «Концепцию структурной реформы федерального железнодорожного транспорта» (далее — Структурная реформа).² Концепция не устанавливала конкретный перечень мероприятий, а определяла лишь направления реформирования.³ А 18 мая 2001 года Правительство Российской Федерации приняло Постановление Правительства № 384 «О Программе структурной реформы на железнодорожном транспорте»⁴, положившее начало реформированию железнодорожной отрасли в стране. Данная программа включала в себя три этапа.

На **первом этапе** было создано открытое акционерное общество «Российские железные дороги» (далее — ОАО «РЖД»), положено начало развитию конкурентного сектора в сфере железнодорожных перевозок, в том числе, путем создания грузовых

¹ Голомолизин А.Н. Трудное расставание с монополизмом // Отечественные записки. 2013. № 3(54).

² Там же.

³ О концепции структурной реформы федерального железнодорожного транспорта: Постановление Правительства Российской Федерации от 15.05.1998 № 448 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа — локальный. Дата обновления — 26.06.2013.

⁴ О программе структурной реформы на железнодорожном транспорте: Постановление Правительства Российской Федерации от 18.05.2001 № 384 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа — локальный. Дата обновления — 26.06.2013.

компаний-операторов, владеющих собственным подвижным составом. Кроме того, началось формирование условий для недискриминационного доступа к инфраструктуре железнодорожного транспорта пользователей услуг, оказываемых на железнодорожном транспорте, прошли мероприятия по обеспечению взаимного доступа организаций федерального железнодорожного транспорта и организаций, владеющих инфраструктурой железнодорожного транспорта, к инфраструктурам железнодорожного транспорта друг друга, осуществлено разделение на железнодорожном транспорте функций государственного регулирования и хозяйственного управления и т.д.

Для **второго этапа характерно** учреждение дочерних акционерных обществ ОАО «РЖД», поэтапное сокращение перекрестного субсидирования, переход к свободному ценообразованию в конкурентных секторах, привлечение инвестиций для развития железнодорожного транспорта.

На **третьем этапе** реформирования необходимо было продолжить привлечение инвестиций для развития железнодорожного транспорта путем продажи пакетов акций дочерних обществ ОАО «РЖД» и других акционерных обществ, которые созданы на железнодорожном транспорте и акции которых находятся в государственной собственности.⁵

В 2011 году была принята Целевая модель рынка грузовых железнодорожных перевозок на период до 2015 года (далее — Целевая модель), направленная на достижение целей Структурной реформы в сфере грузового железнодорожного транспорта и получение полноценных положительных результатов по развитию железнодорожной отрасли в период до 2015 года.⁶

С 2012 года в рамках Единого экономического пространства осуществляется создание единого железнодорожного пространства, как правило, без изъятий и ограничений.

В результате реформирования федерального железнодорожного транспорта в его структуру входят⁷:

- ОАО «РЖД», которое является владельцем инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования и единым общесетевым грузовым перевозчиком на железнодорожном транспорте общего пользования. Необходимо отметить, что на протяжении определенного времени существовало большое количество лицензированных перевозчиков, но фактически

⁵ Там же.

⁶ Целевая модель рынка грузовых железнодорожных перевозок на период до 2015 года и план мероприятий по ее реализации: Министерство экономического развития Российской Федерации [Электронный ресурс] // http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/naturmonopoly/topopoly/doc20110919_010, Дата обновления — 26.06.2013.

⁷ Голомолзин А.Н. Трудное расставание с монополизмом // Отечественные записки. 2013. № 3(54).

ДЛЯ СПРАВКИ

Коммерческая инфраструктура рынка — институт взаимодействия участников рынка (компаний-операторов, перевозчиков, экспедиторов, грузоотправителей) и основных органов государственной власти в рамках «Совета рынка» (аналогичен институту, который на протяжении нескольких лет успешно функционирует в электроэнергетике). Создание такого института имеет особую значимость в контексте меняющихся рыночных условий*.

* Голомолзин А.Н., Давыдов Г.Е. Рынок грузовых железнодорожных перевозок — этап формирования коммерческой инфраструктуры рынка. М.: ООО «Буки Веди», 2013.

грузовые железнодорожные перевозки осуществляло только ОАО «РЖД»;

- грузовые компании-операторы, владеющие вагонами и оказывающие услуги по предоставлению вагонов грузоотправителям под перевозки грузов (рынок грузовых компаний-операторов в России очень хорошо развит, на нем присутствует более 1700 компаний-операторов);
- компании-перевозчики, осуществляющие дальние пассажирские перевозки (ОАО «Федеральная пассажирская компания» (далее — ОАО ФПК), ОАО «Гранд Экспресс», ЗАО «ТрансКласс-Сервис», ОАО «Пассажирская компания «Сахалин», ООО «Тверской экспресс»;
- компании-перевозчики, специализирующиеся на пригородных пассажирских перевозках (в настоящее время на сети железных дорог функционирует 29 таких компаний).

Кроме того, на железнодорожном транспорте прошла корпоратизация непрофильных сфер деятельности путем создания дочерних предприятий. В результате следующие виды деятельности железнодорожной отрасли в России были корпоратизированы⁸:

- предприятия по ремонту подвижного состава (включая вагоноремонтные депо) и производству запасных частей и других изделий для железнодорожного транспорта, за исключением тех, которые являются монополиями в этих сферах;
- общестроительные подрядные организации; специализированные подрядные организации (мостотоннельные, по строительству линий сигнализации и связи, энергомонтажные и т.п.), как правило, сохраняются в составе ОАО «РЖД»;
- предприятия и подразделения сельского хозяйства;
- иные предприятия и объекты непрофильных сфер деятельности.

Важно отметить, что одновременно с корпоратизацией в российской железнодорожной отрасли происходят процессы приватизации. Так,

⁸ Там же.

например, еще до 2004 года были приватизированы железнодорожные пути необщего пользования, принадлежащие промышленным предприятиям железнодорожного транспорта, и маневровые локомотивы. Начиная с 2004 года приватный парк грузовых вагонов увеличился с 25% до 80%.

В настоящее время в контексте изменения структуры железнодорожной отрасли в России обсуждаются следующие инициативы:

- развитие конкуренции среди независимых грузовых перевозчиков по типу «за маршрут» и «на маршруте»;
- приватизация непрофильных сфер деятельности ОАО «РЖД»;
- инициатива ФАС России о создании коммерческой инфраструктуры рынка;
- начиная с 2015 года становление международной конкуренции между грузовыми перевозчиками в рамках Евразийского экономического союза.

КОНКУРЕНЦИЯ В ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОЙ ОТРАСЛИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В Российской Федерации конкуренция присутствует как на самом железнодорожном транспорте (*внутривидовая конкуренция*), так и между железнодорожным и другими видами транспорта (*межвидовая конкуренция*). Обе формы существуют и в грузовых, и в пассажирских перевозках. Вместе с тем, степень развития указанных форм конкуренции, особенно внутривидовой, в грузовом и в пассажирском сегментах различна.

Конкуренция в сфере грузовых железнодорожных перевозок

Внутривидовая конкуренция. В 2003 году был принят Прейскурант № 10-01, устанавливающий систему тарифов на грузовые перевозки для перевозок грузов в вагонах инвентарного парка (вагоны ОАО «РЖД» железнодорожных администраций стран СНГ) и в вагонах собственных/арендованных. В первом случае регулируемый тариф включает три составляющих: вагонную, инфраструктурную и локомотивную, во втором — регулируемый тариф только для локомотивной и инфраструктурной составляющих.

В соответствии с Программой структурной реформы осуществлялась поэтапная либерализация рынка предоставления грузовых вагонов.⁹ Основная часть вагонов ОАО «РЖД» была передана в собственность двух грузовых компаний-операторов: ОАО «Первая грузовая компания» (далее — ОАО «ПГК») и ОАО «Вторая грузовая компания» (далее — ОАО «ВГК», с февраля 2013 года — ОАО

⁹ О программе структурной реформы на железнодорожном транспорте: Постановление Правительства Российской Федерации от 18.05.2001 № 384 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа: локальный. Дата обновления — 26.06.2013.

В Российской Федерации конкуренция присутствует как на самом железнодорожном транспорте, так и между железнодорожным и другими видами транспорта. Степень развития указанных форм конкуренции, особенно внутривидовой, в грузовом и в пассажирском сегментах различна.

«Федеральная грузовая компания», ОАО «ФГК»), а также ряда компаний-операторов, специализирующихся на перевозке контейнеров (ОАО «Транс-Контейнер»), рефрижераторов (ОАО «Рефсервис») и др. Оставшиеся вагоны были на конкурентной основе проданы частным компаниям-операторам. Отметим, что ОАО «ПГК» и ОАО «ВГК» создавались как дочерние общества ОАО «РЖД». В 2011 году ОАО «ПГК» была приватизирована.

Вследствие процессов консолидации в период 2008—2013 годов число компаний-операторов вагонов сократилось с 2100 до 1700, но рынок продолжает оставаться высококонкурентным.

Развитие рынка операторских услуг позволило привлечь инвестиции в отрасль, обновить подвижной состав. Так, в частности, в период с 2003 года общий объем инвестиций достиг 600—700 млрд руб. (14—15 млрд евро), было построено свыше 300 тыс. новых грузовых вагонов.

После 2004 года (в период лицензирования грузовых перевозок железнодорожным транспортом) лицензии на грузовые перевозки имели более 200 хозяйствующих субъектов но, фактически, такие перевозки осуществляло только ОАО «РЖД».

Начиная с 2012 года спектр лицензируемых услуг значительно сократился. В результате лицензирование осталось только в отношении перевозки и погрузки-выгрузки опасных грузов, пассажирских перевозок. Лицензии на перевозки опасных грузов имеют ОАО «РЖД», а также операторы специализированных вагонов, в которых перевозят нефть, газ и т.д.

В соответствии с Целевой моделью в России стимулируются конкуренция перевозчиков «на рынке» (*на маршруте*) и «за рынок» (*за маршрут*).¹⁰ ФАС России полагает, что конкуренция на маршруте является более эффективной и, соответственно, первична. В то же время конкуренция за маршрут также должна развиваться.

Накоплен определенный опыт конкурентных отношений в России, аналогичных конкуренции перевозчиков, как на маршруте, так и за маршрут. Например:

- **на маршруте:** деятельность грузовых операторов в режиме, подобном деятельности грузовых перевозчиков — перевозка грузов (нефть,

¹⁰ Целевая модель рынка грузовых железнодорожных перевозок на период до 2015 года и план мероприятий по ее реализации: Министерство экономического развития Российской Федерации [Электронный ресурс] // http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/naturmonopoly/monopoly/doc20110919_010. Дата обновления — 26.06.2013.

Таблица 1. Грузооборот по видам транспорта (без учета трубопроводного транспорта), 2003–2012 гг.

Транспорт	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Всего, %	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Автомобильный	9	8	9	9	8	9	8	8	9	10
Воздушный	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Железнодорожный	83	84	84	85	85	85	85	85	85	85
Водный (морской и внутренний водный)	8	7	7	6	6	6	7	7	5	5

Примечание: доля грузовых воздушных перевозок незначительна, много меньше 1%

Источник: Россия в цифрах. 2012: Краткий статистический сборник / Под ред. Суринова А.Е. М.: Росстат, 2012. 573 с.

Таблица 2. Грузооборот по видами транспорта (с учетом трубопроводного транспорта), 2003–2012 гг.

Транспорт	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Всего, %	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Автомобильный	4	4	4	4	4	4	4	4	5	5
Воздушный	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Железнодорожный	39	40	40	41	43	43	42	42	43	44
Трубопроводный	53	53	53	52	50	50	51	50	49	49
Водный (морской и внутренний водный)	4	3	3	3	3	3	3	3	3	2

Примечание: доля грузовых воздушных перевозок незначительна, много меньше 1%

Источник: Россия в цифрах. 2012: Краткий статистический сборник / Под ред. Суринова А.Е. М.: Росстат, 2012. 573 с.

По мере реформирования российской железнодорожной отрасли и либерализации рынка предоставления грузовых вагонов участились случаи нарушения со стороны ОАО «РЖД» норм антимонопольного законодательства.

нефтепродукты) — ООО «Трансойл», ЗАО «Балттранссервис» собственными поездными формированиями;

- **за маршрут:** деятельность по транспортировке грузов с инфраструктуры общего пользования на инфраструктуру промышленных предприятий, которая может обеспечиваться либо локомотивом владельца инфраструктуры промышленных предприятий, либо локомотивом ОАО «РЖД».

Как показывает зарубежный и отечественный опыт, в ходе структурных реформ, сопровождающихся вертикальной и горизонтальной дезинтеграцией, могут существенно возрастать транзакционные издержки во взаимоотношениях новых участников конкурентных рынков.¹¹ Для того чтобы снизить эти издержки и в полной мере реализовать выгоды от конкуренции, необходимо создание соответствующей коммерческой инфраструктуры рынка, о которой говорилось ранее.

Важно также отметить, что с 1 января 2015 года в рамках создания Евразийского экономического

¹¹ Mr. Lou Thompson (Thompson, Galenson and Associates). Recent Developments in Rail Transportation Services. P., 2013.

союза и в соответствии с Соглашением о регулировании доступа к услугам железнодорожного транспорта, включая основы тарифной политики от 09.12.2010 г., должен обеспечиваться взаимный доступ перевозчиков Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации к участкам инфраструктуры этих стран.

По мере реформирования российской железнодорожной отрасли и либерализации рынка предоставления грузовых вагонов участились случаи нарушения со стороны ОАО «РЖД» норм антимонопольного законодательства. Одним из самых крупных нарушений стало злоупотребление ОАО «РЖД» в 2011 году своим доминирующим положением путем уклонения от оказания комплексной транспортной услуги по перевозке грузов в части предоставления вагонов под перевозку.¹² В ФАС России обратилось более 40 крупнейших грузоотправителей с жалобой на указанные действия ОАО «РЖД». По результатам рассмотрения дела 05.12.2011 г. Комиссия ФАС России признала ОАО «РЖД» нарушившим антимонопольное законодательство.¹³

За злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке перевозок грузов железнодорожным транспортом по территории Российской Федерации, учитывая решение ФАС России, в отношении ОАО «РЖД» вынесено постановление о наложении штрафа.¹⁴ Сумма штрафа, крупнейшего в железнодорожной отрасли, превысила 2,2 млрд руб. (55 млн евро).

¹² Голомолин А.Н. Трудное расставание с монополизмом // Отечественные записки. 2013. № 3(54).

¹³ Там же.

¹⁴ Там же.

Начиная с 2002 года, внутривидовая конкуренция на пассажирском железнодорожном транспорте в России развивается как в междугородних, так и в пригородных перевозках, что привело к появлению на соответствующих рынках ряда альтернативных перевозчиков.

В настоящее время ОАО «РЖД» обжалует акты ФАС России в суде. Рассмотрение дела в суде идет с переменным успехом сторон.

Межвидовая конкуренция. Грузовые железнодорожные перевозки являются основным видом перевозок грузов (без учета транспортировки по трубопроводу) в Российской Федерации. Их доля в общем грузообороте страны на протяжении вот уже 7 лет составляет около 85% (табл. 1).

В настоящее время все большую конкуренцию данному виду перевозок составляет автомобильный транспорт (грузовые автомобили). Его доля на протяжении последних трех лет постепенно увеличивалась с 8% до 10% (табл. 1). В результате, на конкретных товарных рынках сформировалась высокоинтенсивная межвидовая конкуренция (между железнодорожным и автомобильным транспортом). В частности, на некоторых маршрутах экономически эффективное плечо может достигать 1500 км.

Одновременно с этим стоит отметить, что доля водного транспорта (морской и внутренний водный) в грузообороте в России в последние три года уменьшилась с 7% до 5%, что свидетельствует о невысокой и постепенно снижающейся интенсивности конкуренции железнодорожного и водного транспорта.

В случае, когда к основным видам транспорта добавляется трубопроводный, обозначенные выше тенденции в динамике грузооборота сохраняются. Более того, за счет сокращения доли трубопроводного транспорта происходит постепенное увеличение доли железнодорожного транспорта, особенно в период с 2010 по 2012 годы (табл. 2).

Конкуренция в сфере пассажирских железнодорожных перевозок

Внутривидовая конкуренция. По мере проведения Структурной реформы в Российской Федерации наряду с тарифами в грузовых перевозках началось дерегулирование тарифов в пассажирском сегменте. Так, в частности, в 2002 году была дерегулирована перевозка пассажиров железнодорожным транспортом в вагонах купе и СВ, а также в пригородных поездах повышенной комфортности.¹⁵

В результате, начиная с 2002 года, внутривидовая конкуренция на пассажирском железнодорожном

транспорте в России развивается как в междугородних, так и в пригородных перевозках, что привело к появлению на соответствующих рынках ряда альтернативных перевозчиков. Например, в сегменте междугородних перевозок в 2009 году начало свою перевозочную деятельность ООО «Тверской экспресс», в 2010 году — ОАО «ФПК», в 2011 году — ЗАО «ТрансКлассСервис» и др.

В сегменте пригородных перевозок в 2005 году стало функционировать ОАО «Аэроэкспресс» (доля ОАО «РЖД» — 50%), в 2009 году — ООО «Межрегиональная пассажирская компания» (частная компания), в 2010 году — ООО «Пермский экспресс» (учредитель — субъект РФ), в 2011 году — ООО «Региональный экспресс» и ряд других компаний-перевозчиков.

Таким образом, в настоящее время в междугородних пассажирских перевозках основными конкурентами ОАО «ФПК» являются ОАО «РЖД» и частные компании-перевозчики, в основном, на маршруте «Москва—Санкт-Петербург». Конкуренция на данном направлении является конкуренцией «на маршруте».

В пригородных перевозках 29 компаний-перевозчиков работают в 70 регионах. В то же время, конкуренция (между 6–7 компаниями-перевозчиками) присутствует в 5–6 регионах (это более 70% всего объема перевозок пассажиров пригородным железнодорожным транспортом в России). Итак, можно констатировать, что в пригородных перевозках конкуренция за маршрут декларируется, а конкуренция на маршруте применяется, но нешироко.

Пригородные компании были созданы в рамках процессов горизонтальной и вертикальной дезинтеграции и корпоратизации ОАО «РЖД», а также последующего привлечения в капитал этих компаний региональных властей и (ограниченно) частных собственников.

Компании оперируют арендуемым у ОАО «РЖД» подвижным составом. Возможность конкурсов за право эксклюзивного обслуживания отдельных регионов обсуждается в рамках проекта закона «О регулярном пассажирском сообщении». При этом также оговаривается, что длительное время этот заказ будет размещаться у единственных поставщиков из числа существующих пригородных компаний-перевозчиков.

В сфере железнодорожного транспорта конкуренция присутствует как между пригородными компаниями-перевозчиками и пригородными компаниями-перевозчиками повышенной комфортности, так и между пригородными компаниями

В пригородных перевозках конкуренция за маршрут декларируется, а конкуренция на маршруте применяется, но нешироко.

¹⁵ Голомолзин А.Н. Трудное расставание с монополизмом // Отечественные записки. 2013. № 3(54).

Таблица 3. Пассажиропоток по видам транспорта, 2004–2012 гг.

Транспорт	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Всего, %	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Автомобильный	39,5	34,0	31,7	29,2	27,8	28,8	32,9	31,1	28,1
Воздушный	20,2	21,9	23,5	27,5	29,6	30,3	34,4	37,4	41,3
Железнодорожный	40	43,9	44,5	43,1	42,4	40,7	32,5	31,3	30,5
Водный (морской и внутренний водный)	0,3	0,3	0,2	0,3	0,2	0,2	0,2	0,2	0,1

Источник: Россия в цифрах. 2012: Краткий статистический сборник / Под ред. Суринова А.Е. М.: Росстат, 2012. 573 с.

ДЛЯ СПРАВКИ

«Динамическое ценообразование» — метод тарифообразования, который широко применяется в авиации. В рамках системы «динамического ценообразования» стоимость билетов в вагоны СВ и купе изменяется в зависимости от сезона, дней недели, спроса и количества проданных мест.

перевозчиками и региональными пассажирскими компаниями-перевозчиками (как правило, ОАО «ФПК») в межобластном сообщении. Таким образом, пассажир имеет возможность выбирать тип компании-перевозчика и вид перевозки.

Также, как и в случае с грузовыми перевозками, реформирование железнодорожного комплекса в России привело к росту случаев нарушения антимонопольного законодательства со стороны компаний-перевозчиков и в сегменте пассажирских перевозок. Например, в октябре 2011 года комиссия ФАС России признала ОАО «ФПК» нарушившим статью 10 Федерального закона «О защите конкуренции» при выполнении пассажирских операций. Компания злоупотребила своим доминирующим положением путем экономически и технологически необоснованного сокращения количества мест в плацкартных вагонах поездов дальнего следования по маршруту «Екатеринбург—Москва» при наличии спроса на эти места. В связи с нарушением антимонопольного законодательства антимонопольная служба назначила компании штраф в размере 427 140 тыс. руб. ОАО «ФПК» оплатило штраф в полном объеме, решение и предписание в суде не обжаловались.

В ноябре 2011 года ФАС России признала ОАО «РЖД» нарушившим ч. 1 ст. 10 закона «О защите конкуренции» (злоупотребление доминирующим положением и ущемление интересов пассажиров путем экономически и технологически необоснованного сокращения оказания услуг при наличии спроса на них). Нарушение выразилось в совершении ОАО «РЖД» действий по замещению

электропоезда, перевозка в котором осуществляется по регулируемым государством тарифам, с вместимостью более 1000 человек скорым электропоездом повышенной комфортности, перевозка в котором осуществляется по ценам в **два** раза, превышающим регулируемый тариф, с вместимостью 600 человек. Замещение произошло в отношении поезда, курсирующего по территории г. Москвы и Московской области в утренние «часы пик».

На основании решения о нарушении антимонопольного законодательства ФАС России выдала предписание, направленные на учет интересов пассажиров и обеспечивающие доступность населения к услугам естественной монополии — железнодорожной перевозке. Данное решение и предписание в дальнейшем были отменены судом.

Вместе с тем, во время обжалования данного решения и предписания в суде в расписание движения поездов в утренний час пик включен дополнительный поезд, перевозка в котором осуществляется по регулируемым государством тарифам, с вместимостью более 1000 человек. Электропоезд повышенной комфортности также остался в расписании.

Межвидовая конкуренция. В пассажирских перевозках межвидовую конкуренцию железнодорожному транспорту создают воздушный, автомобильный (легковые автомобили, автобусы) и водный транспорт.

В 2000 году бывшее Министерство по антимонопольной политике России (далее — МАП России) в целях развития межвидовой конкуренции в стране предложило перейти на гибкую систему тарифообразования в междугородних железнодорожных пассажирских перевозках в зависимости от сезона и спроса. Были дерегулированы перевозки в вагонах СВ и купе фирменных поездов.¹⁶

Вместе с тем, гарантировалась общедоступность услуг пассажирского транспорта. Пассажиры могли выбирать: совершать ли им поездку в вагонах СВ и купе или в плацкартных вагонах, а также альтернативные виды транспорта, например, воздушный или автомобильный¹⁷.

ФАС России считает, что система динамического ценообразования должна стать бенчмаркингом для ценообразования в регулируемом сегменте перевозок.

¹⁶ Голомолзин А.Н. Трудное расставание с монополизмом // Отечественные записки. 2013. № 3(54).

¹⁷ Там же.

ФАС России также считает, что модернизация законодательной базы, регулирующей железнодорожные пассажирские перевозки, должна быть направлена на установление стандартов оказания услуг перевозки.

Во второй половине 2000-х годов, с учетом успешного опыта, система гибкого тарифообразования в регулируемом сегменте и система дерегулированных тарифов продолжали применяться. Также в целях развития межвидовой конкуренции, по инициативе ФАС России и ОАО «ФПК», начиная с 2013 года на ряде маршрутов осуществляется реализация пилотного проекта программы «динамического ценообразования», которая применяется в дерегулированном сегменте пассажирских перевозок железнодорожным транспортом общего пользования в поездах дальнего следования.

Пилотный полигон проекта включает более 100 скорых и пассажирских поездов, курсирующих по десяти направлениям. Маршруты были отобраны исходя из условий развитой конкуренции с другими видами транспорта. Основными направлениями являются: «Москва–Санкт-Петербург–Москва», «Москва–Смоленск–Москва», «Москва–Воронеж–Москва», «Москва–Нижний Новгород–Москва» и т.д. Можно добавить, что экономически эффективное плечо таких маршрутов способно достигать 1000 км¹⁸.

Благодаря внедрению системы динамического ценообразования в 2013 году ОАО «ФПК» ожидает прирост пассажиров в дерегулируемом сегменте перевозок до 4–5%.

ФАС России считает, что система динамического ценообразования должна стать бенчмаркингом для ценообразования в регулируемом сегменте перевозок.

Говоря о тенденциях в пассажирских перевозках в целом и в межвидовой конкуренции в частности, стоит отметить, что доля железнодорожного транспорта в общем объеме пассажирооборота на протяжении последних семи лет снижается (табл. 3). Наиболее резкое снижение доли — почти на 10% — произошло в период с 2009 по 2012 год. В этот же временной период отмечается существенный рост доли воздушных перевозок — на 11%. Доля автомобильных перевозок в общем объеме перевезенных пассажиров с 2004 года снижается, но в последние годы темпы снижения замедлились, что позволяет говорить о некоторой стабилизации данного сегмента.

В результате, следует констатировать, что в настоящее время наиболее сильную конкуренцию в пассажирских перевозках железнодорожному транспорту составляет воздушный транспорт. Автомобильный транспорт также является серьезным

¹⁸ Там же.

конкурентом. В то же время, доля водного транспорта настолько мала, что говорить о значимой конкуренции между ним и железнодорожным транспортом не приходится.

КОНКУРСНЫЕ (ТЕНДЕРНЫЕ) ПРОЦЕДУРЫ В ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОЙ ОТРАСЛИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В железнодорожных пассажирских перевозках

В России не существует конкурсной процедуры при определении компаний-перевозчиков для осуществления перевозок в железнодорожном пассажирском сегменте. Возможность ее введения обсуждается в рамках проекта закона «О регулярном пассажирском сообщении».

Предложения ФАС России состоят в необходимости проведения анализа рынка при принятии решений, а также в максимальном задействовании потенциала конкуренции «на рынке» и «за рынок».

По мнению ФАС России, конкуренция «за рынок» может быть эффективной в сферах, требующих субсидий и при наличии нескольких претендентов на эксклюзивное оказание услуг. Одним из тендерных критериев должна стать минимизация бюджетных расходов. Также необходима детализация требований к участникам торгов и к контрактам, заключаемым по их итогам.

Конкуренция «на рынке», по мнению ФАС России, может быть эффективной, если по результатам анализа рынка установлены необходимые условия для конкуренции внутривидовой или межвидовой. Если условия конкуренции ограничены, то следует применять тарифное регулирование, которое должно гибко отражать изменения спроса и предложения. В случае наличия конкуренции, тарифы необходимо дерегулировать. При этом нужно использовать современные формы ценообразования, такие как «динамическое ценообразование». Как уже отмечалось ранее, цены в нерегулируемом сегменте должны стать бенчмаркингом для регулируемых тарифов в России. Контракты с победителями конкурсов (тендеров) следует заключать на период не менее пяти лет.

ФАС России также считает, что модернизация законодательной базы, регулирующей железнодорожные пассажирские перевозки, должна быть направлена на установление стандартов оказания услуг перевозки, в том числе, минимальные социальные транспортные стандарты.

В то же время обсуждается возможность использования механизма государственного заказа на оказание услуг перевозки в междугороднем и пригородном сообщении. Компании-перевозчику будет предоставлено право обслуживания территории в междугородних пассажирских и пригородных перевозках. Минимизация расходования

бюджетных средств не является при этом критерием отбора конкурентов «на рынок», а заказ еще долгое время предполагается размещать у единственного поставщика услуг из существующих на рынке междугородних и пригородных компаний-перевозчиков.

ФАС России полагает, что данный механизм является эффективным. Международный опыт показывает, что наибольший эффект достигается за счет экономии бюджетных средств.¹⁹

По мнению ФАС России, целесообразно обеспечить безубыточную деятельность компании-перевозчика путем установления экономически обоснованного тарифа или уровня рыночных цен и выделения бюджетных ассигнований в рамках предоставления адресного субсидирования отдельным категориям граждан.

ФАС России предлагает проведение следующих мероприятий по трем категориям пассажирских железнодорожных маршрутов:

- на маршрутах без наличия альтернативного вида транспорта 50% составляют плацкартные/общие вагоны, тариф — регулируемый;
- на маршрутах, где перевозчик, предоставляющий услугу перевозки пассажиров железнодорожным транспортом, занимает доминирующее положение — от 30% до 50% составляют плацкартные/общие вагоны, тариф — регулируемый;
- на маршрутах с наличием взаимозаменяемых видов транспорта 30% составляют плацкартные/общие вагоны, возможно дерегулирование тарифов.

Предложенная ФАС России схема позволит оптимизировать бюджетные расходы, а также предоставить субсидии тем, кто в них нуждается.

В других сферах железнодорожной отрасли

С 1999 года постановлением Правительства Российской Федерации субъектам естественных монополий рекомендовано осуществлять закупки продукции (услуг) для собственного потребления в соответствии с порядком, предусмотренным для размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг для государственных нужд. Данное постановление носило рекомендательный характер.²⁰

В настоящее время конкурсы проводятся в соответствии с Федеральным законом «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (от 18.07.2011 № 223-ФЗ), обязывающим субъекты естественных монополий осуществлять закупки

товаров, работ, услуг, необходимых для осуществления регулируемой деятельности, по конкурсам.²¹

Согласно указанному закону, вся информация о конкурсах размещается в сети Интернет. Хозяйствующие субъекты — субъекты естественных монополий (далее — СЕМ) — разработали Положение о закупке, которое регламентирует закупочную деятельность заказчика и содержит требования к закупке и пр.²²

В тех сферах железнодорожной отрасли, в которых проводятся конкурсы (тендеры), они проходят много чаще, чем два раза в год. В торгах участвует, как правило, более двух компаний-соискателей. Важно отметить, что эффективность конкурсов могла бы стать выше, если бы не нарушались открытые прозрачные условия конкурсов.

ФАС России рассмотрела ряд дел, возбужденных в отношении СЕМ в связи с нарушением, в частности, статьи 17 Закона о защите конкуренции (анти-монопольные требования к торгам). Так, например, в 2009–2010 гг. Центральная дирекция по ремонту грузовых вагонов, филиал ОАО «РЖД», провела два открытых конкурса на право заключения договоров оказания услуг по техническому обслуживанию колесотокарных станков для вагоноремонтных предприятий.

Комиссия ФАС России установила, что, несмотря на то, что предметом указанных конкурсов были одни и те же работы, методики ОАО «РЖД» содержали различный порядок определения победителя (различные оцениваемые показатели и критерии начисления по ним баллов), при этом оба конкурса выиграло одно и то же лицо. Таким образом, информация о порядке определения победителя по указанным конкурсам не была доведена до хозяйствующих субъектов, желающих принять в них участие. ФАС России обратилась в суд с иском об аннулировании заключенного контракта.

В 2012 году ФАС России признала ОАО «ФПК» нарушившим статью 17 Федерального закона «О защите конкуренции» при проведении открытого конкурса на право заключения договора на выполнение работ по техническому обслуживанию и ремонту электрического и электронного оборудования в пассажирских вагонах всех типов в 2012–2026 годах.

После извещения о проведении конкурса ОАО «ФПК» инициировало внесение ряда изменений в конкурсную документацию и ужесточило квалификационные требования, предъявляемые к его участникам. Одним из таких нововведений стало наличие у претендентов большего среднегодового опыта выполнения работ, аналогичного предмету проводимого конкурса.

¹⁹ Mr. Lou Thompson (Thompson, Galenson and Associates), Recent Developments in Rail Transportation Services. P., 2013.

²⁰ Об обеспечении соблюдения экономически обоснованных принципов формирования цен на продукцию (услуги) субъектов естественных монополий. Постановление правительства Российской Федерации от 13.10.1999 № 1158 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа — локальный. Дата обновления — 03.07.2013.

²¹ О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц. Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа — локальный. Дата обновления — 03.07.2013.

²² Там же.

По мнению ФАС России, существующее в нашей стране структурное разделение, как в грузовом, так и в пассажирском сегментах железнодорожного транспорта, позволяет сделать плату за доступ к инфраструктуре более экономически обоснованной и прозрачной.

В ходе рассмотрения дела Комиссия ФАС России пришла к выводу, что ООО «Транспортная Ремонтная Компания» фактически является единственным участником рынка, имеющим столь значительный опыт выполнения работ, аналогичных предмету конкурса, так как уже с 2010 года участвует в их выполнении по заказам ОАО «ФПК».

Комиссия ФАС России приняла решение о необходимости обращения в суд с иском о признании торгов, проведенных ОАО «ФПК», и заключенного по их результатам договора недействительными.

ПЛАТА ЗА ДОСТУП К ИНФРАСТРУКТУРЕ ОБЩЕГО ПОЛЬЗОВАНИЯ В РОССИИ

В соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» регулируемые тарифы в Российской Федерации должны обеспечить как функционирование, так и развитие регулируемых хозяйствующих субъектов. Также при принятии решений по тарифам в первую очередь учитываются меры государственной поддержки на развитие инфраструктуры общего пользования.²³

В железнодорожных грузовых перевозках в России ОАО «РЖД» как перевозчик и владелец инфраструктуры общего пользования применяет регулируемую государством плату грузоотправителю, которая включает в себя три составляющие: вагонную, инфраструктурную и локомотивную. В случае если грузоотправитель использует вагоны компаний-операторов или собственников вагонов, такая плата состоит из двух составляющих: инфраструктурная и локомотивная, вагонная составляющая тарифа в данном случае не регулируется государством.

Плата за доступ к инфраструктуре железнодорожного транспорта общего пользования является среднесетевой. В настоящее время в сегменте грузовых перевозок обсуждается возможность введения дифференцированных тарифов для отдельных участков инфраструктуры общего пользования с целью их развития, увеличения пропускной способности. Данное нововведение будет содействовать, так называемой, «расшивке узких мест» инфраструктуры.

²³ О естественных монополиях: Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа — локальный. Дата обновления — 03.07.2013.

В пассажирских перевозках дальнего следования применяется тариф, который включает в себя четыре составляющие: вагонную, инфраструктурную, локомотивную и вокзальную. При этом пассажирская компания-перевозчик платит ОАО «РЖД» за инфраструктуру и вокзал. В результате в пассажирских перевозках дальнего следования платой за доступ к инфраструктуре является совокупная плата (за инфраструктуру и вокзал).

В пассажирских перевозках плату за инфраструктуру ОАО «РЖД» осуществляет компания-перевозчик. В то же время, начиная с 2011 года, в пригородных пассажирских перевозках 99,9% платы за инфраструктуру ОАО «РЖД» получает из федерального бюджета, а 0,01% — от пригородных пассажирских компаний-перевозчиков. В настоящее время обсуждается возможность сокращения размера данной субсидии.

По мнению ФАС России, существующее в нашей стране структурное разделение, как в грузовом, так и в пассажирском сегментах железнодорожного транспорта, позволяет сделать плату за доступ к инфраструктуре более экономически обоснованной и прозрачной.

Важно также отметить, что, поскольку плата за доступ к инфраструктуре устанавливается органами регулирования (ФСТ России), до 2013 года нарушений по дискриминационным тарифам зафиксировано не было.

Вместе с тем, с 2013 года в грузовом секторе в связи с изданием приказа ФСТ России от 18.12.2012 № 423-т/3²⁴, которым определены ценовые пределы (максимального и минимального уровней) тарифов на услуги железнодорожного транспорта по перевозке грузов для среднесетевых условий, возможно установление ОАО «РЖД» дискриминационных тарифов.

При этом необходимо отметить, что данные тарифы могут быть рассмотрены на предмет соблюдения норм антимонопольного законодательства по заявлению потребителей Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Казахстан.

ИНВЕСТИЦИИ В ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНУЮ ИНФРАСТРУКТУРУ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Процедура принятия решения о направлении инвестиций в железнодорожную инфраструктуру в России состоит из следующих этапов. Компания-перевозчик (владелец инфраструктуры) составляет проект инвестиционного плана. Затем этот проект обсуждается на Совете директоров, в который входят, в том числе, представители Правительства

²⁴ Об установлении льготного исключительного тарифа на услуги по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования, оказываемые открытым акционерным обществом «Российские железные дороги» при осуществлении перевозок пассажиров железнодорожным транспортом общего пользования в пригородном сообщении. Приказ Федеральной службы по тарифам (ФСТ России) от 28.12.2012 № 443-т/1 [Электронный ресурс] // <http://www.fstrf.ru/docs/transport/376>. Дата обновления — 06.07.2013.

Специализированная инфраструктура, предназначенная для осуществления высокоскоростных железнодорожных перевозок, в России отсутствует. Эксплуатируется та же инфраструктура, что и при перевозках в грузовом и пассажирском сегментах.

Российской Федерации. Каждое ведомство рассматривает проект инвестиционного плана в пределах своей компетенции. Так, например, вопросы инвестиций рассматриваются Министерством экономического развития (оценка макро- и микроэкономических последствий), Министерством транспорта (достижение долгосрочных целей отраслевого развития), ФСТ России (в целях проверки обоснованности предложений по тарифам).

Затем предварительно одобренный проект инвестиционного плана направляется в Правительство Российской Федерации для одобрения. После одобрения инвестиционный план утверждается Советом директоров ОАО «РЖД».

Инвестиции в железнодорожную инфраструктуру осуществляются из средств:

- государственного сектора (федеральный бюджет);
- ОАО «РЖД» (средства выделяются из средств самой компании);
- частного сектора (реализация отдельных инфраструктурных проектов).

В настоящее время обсуждается возможность реализации инфраструктурных проектов с привлечением комбинированных государственных и частных инвестиций. Одним из таких проектов является одобренный Правительством Российской Федерации проект строительства железной дороги Курагино—Кызыл, которая должна связать Туву с Красноярским краем с железнодорожной сетью России. В соответствии с проектом, финансирование строительства дороги будет осуществляться по принципу так называемого государственно-частного партнерства (государственные инвестиции — 50%, частные инвестиции — 50%).

На протяжении последних лет активно обсуждается возможность увеличения доли частных инвестиций в развитие инфраструктуры в России. В этой связи разрабатывается необходимое законодательство.

Так, в частности, Распоряжением Правительства Российской Федерации утвержден план мероприятий («дорожной карты») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», которым также предусмотрена модернизация законодательной базы в части установления долгосрочных тарифов на услуги субъектов естественных монополий (железнодорожные перевозки).²⁵

²⁵ Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» и отмене распоряжений Правительства РФ от 19.05.2009 № 691-р и от 17.12.2012 № 2295-р». Распоряжение Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа — локальный. Дата обновления — 04.07.2013.

Основными целями долгосрочной тарифной политики являются:

- развитие объектов инфраструктуры в сферах естественной монополии и объектов на сопряженных товарных рынках;
- формирование стабильных и благоприятных условий для привлечения инвестиций в строительство производственных объектов;
- развитие механизмов содействия государства повышению инвестиционной привлекательности проектов в инфраструктурных секторах экономики.

На законодательном уровне прорабатывается вопрос об изменении основ ценообразования в грузовых перевозках в части введения дифференцированных тарифов на локальных участках инфраструктуры общего пользования. Введение таких тарифов, по мнению ФАС России, будет содействовать развитию инфраструктуры и расширке ее узких мест, в частности, решения об установлении (изменении) уровня тарифов на железнодорожные грузовые перевозки будут приниматься путем установления:

- пониженных тарифов, если привлекаются частные инвестиции и стоимость использования заемных средств, вложенных в объекты инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования, принадлежащие субъекту регулирования на праве собственности или ином вещном праве, возмещается за счет действия пониженных тарифов на железнодорожные грузовые перевозки при оказании работ (услуг) инвестору;
- повышенных тарифов в случае, когда финансирование осуществляется за счет средств субъекта регулирования или средств частных инвесторов и средства, вложенные в объекты инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования, включая стоимость использования заемных средств, возмещаются за счет действия повышенных тарифов на железнодорожные грузовые перевозки при оказании работ (услуг) хозяйствующим субъектам, не являющимся инвесторами.

ВЫСОКОСКОРОСТНЫЕ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНЫЕ ПЕРЕВОЗКИ В РОССИИ

Высокоскоростные железнодорожные перевозки в Российской Федерации развиты очень слабо. Более того, высокоскоростного железнодорожного сообщения в общепринятом смысле с наличием специализированной отдельной инфраструктуры и других соответствующих атрибутов (как, например,

совершенствование антимонопольной политики» и отмене распоряжений Правительства РФ от 19.05.2009 № 691-р и от 17.12.2012 № 2295-р». Распоряжение Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа — локальный. Дата обновления — 04.07.2013.



в странах ЕС, США или Японии) в нашей стране не существует.

В декабре 2009 года осуществлен первый рейс высокоскоростного поезда «Сапсан» на маршруте Москва—Санкт-Петербург. Тем самым был сделан первый шаг в направлении создания института высокоскоростного железнодорожного движения в России.

Высокоскоростные перевозки (в России принято считать — со скоростью более 200 км/ч) осуществляются на двух маршрутах:

Москва—Санкт-Петербург—Москва, максимальная скорость на отдельных участках пути достигает 250 км/ч, единственной компанией-перевозчиком является ОАО «РЖД»;

Хельсинки—Санкт-Петербург—Хельсинки, максимальная скорость на отдельных участках пути достигает 220 км/ч, единственной компанией-перевозчиком является Oy Karelian Trains Ltd, совместное предприятие Suomen Valtion Rautatiet (VR) (Финляндия) и ОАО «РЖД».

В настоящее время в железнодорожной отрасли в России в той или иной степени существует конкуренция, как в грузовых железнодорожных перевозках, так и в пассажирских.

Как уже отмечалось выше, специализированная инфраструктура, предназначенная для осуществления высокоскоростных железнодорожных перевозок, в России отсутствует. Эксплуатируется та же инфраструктура, что и при перевозках в грузовом и пассажирском сегментах. Таким образом, высокоскоростные поезда затрудняют движение междугородних и пригородных поездов.

Следует также указать на тот факт, что при подготовке к вводу в эксплуатацию высокоскоростных поездов на обозначенных маршрутах проводилось необходимое обновление (модернизация) существующей инфраструктуры, финансируемое из средств частного сектора и ОАО «РЖД».

Тарифы на данные перевозки в России не регулируются.

В силу нехватки существующей модернизированной инфраструктуры и отсутствия специализированной инфраструктуры, а также из-за высокой стоимости подвижного состава новые компании-перевозчики в данном сегменте перевозок в России не появляются. При этом сам по себе сегмент высокоскоростного железнодорожного сообщения открыт для конкуренции.

Говоря о конкуренции в высокоскоростных железнодорожных перевозках, следует отметить, что в нашей стране существует как внутривидовая, так и межвидовая конкуренция. Высокоскоростные поезда

конкурируют с самолетами (на маршрутах Москва—Санкт-Петербург—Москва и Хельсинки—Санкт-Петербург—Хельсинки) (межвидовая конкуренция) и с поездами других компаний-перевозчиков, например ОАО «ФПК» на тех же маршрутах (внутривидовая конкуренция).

Концепция создания института высокоскоростных железнодорожных перевозок со специализированной инфраструктурой и другими характерными элементами активно обсуждается в Правительстве Российской Федерации на протяжении нескольких лет. Она включена в Транспортную стратегию Российской Федерации до 2030 года (далее — Стратегия 2030).²⁶

В соответствии со Стратегией 2030 высокоскоростные железнодорожные перевозки должны осуществляться на специализированной инфраструктуре при максимальных скоростях движения поездов — до 350–400 км/ч.²⁷

В настоящее время обсуждается возможность строительства к 2018 году высокоскоростной железнодорожной магистрали (далее — ВСМ) Москва—Казань с перспективой продления маршрута до Екатеринбурга, а также к чуть более позднему сроку — магистрали Москва—Ростов-на-Дону—Адлер.

Следует отметить, что по предварительным оценкам стоимость строительства ВСМ Москва—Казань составит 928 млрд руб. Предполагается, что 176 млрд руб. будут выделены из Фонда национального благосостояния (далее — ФНБ), а из бюджета — 371 млрд руб. (на этапе строительства) и 179 млрд руб. (на этапе эксплуатации). При этом размер средств ФНБ может быть увеличен, если будет принято решение о налоговых льготах для проектной компании, а размер государственных средств сокращен.²⁸

ИТОГИ

История реформирования железнодорожной отрасли в Российской Федерации насчитывает уже более 15 лет. В рамках структурной реформы на железнодорожном транспорте, запущенной в 2001 году, было образовано ОАО «РЖД», либерализован рынок предоставления грузовых вагонов, дерегулированы пассажирские перевозки в вагонах типа купе и СВ, корпоратизированы и приватизированы многие непрофильные сферы деятельности и объекты частной промышленной инфраструктуры на железнодорожном транспорте и т.д.

²⁶ О Стратегии развития железнодорожного транспорта в Российской Федерации до 2030 года: Распоряжение Правительства Российской Федерации от 17.09.2008 № 877-р [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа — локальный. Дата обновления — 04.07.2013.

²⁷ Там же.

²⁸ Магистраль Москва—Казань станет высокоскоростной [Электронный ресурс] // Ведомости-Власть [Оффц. сайт]. URL: <http://www.vedomosti.ru/politics/news/14766631/putin-predlozhit>. Дата обновления — 05.07.2013.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКАЯ СПРАВКА

В качестве основных источников при написании статьи использовались электронные версии текстов Федеральных законов, постановлений и распоряжений Правительства Российской Федерации, содержащиеся в справочно-правовой системе «Консультант-плюс», а также приказы ФСТ России, данные статистических сборников и т.д.

В качестве дополнительной литературы использовались труды российских и зарубежных специалистов, занимающихся проблематикой железнодорожной отрасли как в России, так и в мире в целом. К таким трудам относятся, например, Голомолзин А.Н. «Трудное расставание с монополизмом» («Отечественные записки». № 3(54). 2013), Голомолзин А.Н., Давыдов Г.Е. «Рынок грузовых железнодорожных перевозок — этап формирования коммерческой инфраструктуры рынка» (М.: ООО «Буки Веди», 2013), Mr. Lou Thompson (Thompson, Galenson and Associates) «Recent Developments in Rail Transportation Services» (P., 2013) и др.

В результате, можно констатировать, что в настоящее время в железнодорожной отрасли в России в той или иной степени существует конкуренция, как в грузовых железнодорожных перевозках, так и в пассажирских.

В грузовых перевозках очень высокоразвитой является конкуренция между компаниями-операторами вагонов. Вместе с тем, внедрение и развитие института альтернативных перевозчиков, по мнению ФАС России, будет способствовать дальнейшему развитию конкуренции в сегменте грузовых железнодорожных перевозок.

В пассажирских перевозках внутривидовая конкуренция, прежде всего благодаря дерегулированию отдельных видов перевозок, развивается как в междугороднем, так и в пригородном сегментах. Более того, сейчас уже можно говорить о наличии конкуренции между различными видами железнодорожных пассажирских перевозок (междугородние, пригородные, пригородные повышенной комфортности).

Межвидовая конкуренция в нашей стране присутствует и в грузовых, и в пассажирских перевозках.

В грузовых перевозках доля железнодорожного транспорта в общем объеме грузооборота за последние несколько лет является стабильно высокой. Наиболее сильную конкуренцию в данном виде перевозок составляют автомобильные перевозки, однако их доля в общем объеме грузооборота в стране все еще остается не очень высокой (на уровне 10%).

В пассажирских перевозках в настоящее время наиболее сильную конкуренцию железнодорожный транспорт испытывает со стороны воздушного и автомобильного транспорта.

По мнению ФАС России, такие инициативы, как создание коммерческой инфраструктуры рынка, гибкое тарифообразование, в том числе, поэтапное дерегулирование грузовых тарифов на конкурентных маршрутах, «динамическое ценообразование»



в зависимости от сезона и спроса и ряд других должны способствовать соблюдению баланса интересов потребителей и организаций железнодорожного транспорта, обеспечивающего доступность оказываемых услуг и надлежащий уровень их качества для потребителей, эффективное функционирование и развитие организаций железнодорожного транспорта.

ФАС России также полагает, что необходимо осуществить пересмотр текущей тарифной политики на грузовые перевозки, в частности, обеспечить выполнение мероприятий, направленных на повышение прозрачности построения железнодорожного тарифа, соблюдение баланса интересов потребителей и субъектов естественных монополий и др., так как Прейскурант 10-01, в который внесено более 70 изменений Приказами ФСТ России, не отвечает современным рыночным особенностям экономики.

В Российской Федерации для осуществления пассажирских перевозок при определении компаний-перевозчиков не существует конкурсной процедуры. ФАС России считает возможным введение такой процедуры, но при необходимом соблюдении соответствующих законодательных норм и правил. Возможность введения такой процедуры обсуждается в настоящее время в рамках проекта закона «О регулярном пассажирском сообщении».

Плата за доступ к инфраструктуре железнодорожного транспорта общего пользования в грузовых и пассажирских перевозках из-за особенностей составности устанавливаемого тарифа в России взимается по-разному. ФАС России полагает, что существующее структурное разделение способствует большей прозрачности и экономической обоснованности платы за доступ к инфраструктуре.

В сфере инвестиций в развитие железнодорожной инфраструктуры в России в настоящее время основной объем инвестиций осуществляется за счет средств государственного сектора и ОАО «РЖД». ФАС России считает необходимым совершенствовать институт частных инвестиций в развитие железнодорожной отрасли. Реализация «долгосрочной тарифной политики» могла бы стать одним из способов содействия этому.

По мнению ФАС России, в Российской Федерации необходимо развитие высокоскоростного сегмента пассажирских перевозок, что, в свою очередь, будет способствовать развитию конкуренции на самом железнодорожном транспорте и содействовать повышению конкурентоспособности железнодорожного транспорта по отношению к другим видам.

В то же время развитие, что должно идти путем создания соответствующей специализированной инфраструктуры, не в ущерб обычным пассажирским и грузовым железнодорожным перевозкам.

Развитие железнодорожной отрасли создает мультипликативный эффект развития экономики страны.

Голомолзин А. Н.,
заместитель руководителя ФАС России

Горлинский А. И.,
советник Управления контроля транспорта и связи ФАС России

Яковенко Н. Ю.,
заместитель начальника
Управления контроля транспорта и связи
ФАС России

ОСОБЕННОСТИ РАЗВИТИЯ КОНКУРЕНЦИИ НА РЫНКАХ ВООРУЖЕНИЙ И ВОЕННОЙ ТЕХНИКИ

Стратегия развития оборонно-промышленной отрасли в Российской Федерации предусматривает значительное увеличение бюджетных расходов на закупку вооружений и военной техники. К 2016 году доля расходов на оборону в общем объеме бюджета должна составить порядка 20%.

Эффективность расходов на ОПК будет напрямую зависеть от экономических стратегий субъектов оборонно-промышленного комплекса, которые, в свою очередь, зависят от характеристик институциональной среды и степени развития конкуренции. В условиях слабой конкуренции попытки вливания средств в оборонно-промышленный комплекс в большей степени приведут к перераспределительным эффектам, нежели к качественному развитию отраслей и вооружений. Именно поэтому развитие конкуренции в сфере ОПК на тех рынках, где она возможна, является одной из важнейших задач государственной политики.

Россия на протяжении десятилетий занимает второе место на мировом рынке вооружений и военной техники после США (с долей рынка от 35—40%). В 2011 году объем поставок оружия из нашей страны составил, по разным оценкам, от 17% до 23% от общего объема мирового рынка оружия.

Россия имеет довольно обширную географию сбыта — поставки осуществляются в 60 государств, среди которых основными импортерами продукции ОПК, по данным на 2011 год, стали Афганистан, Алжир, Аргентина, Армения, Азербайджан, Бразилия, Чад, Китай, Кипр, Конго, Эквадор, Египет, Индия, Индонезия, Иран, Ирак, Эквадор, Казахстан, Кувейт, Вьетнам, Венесуэла, Таиланд, Сирия.

ОБЩИЕ ТЕНДЕНЦИИ

Наиболее значимыми сегментами вооружений в экспорте являются: авиационный сегмент (истребители Су-27, Су-30, МиГ-29 — конкуренты американских F-16, F-18, F-22; вертолеты Ка-50, Ка-52, Ми-8, Ми-17); сегмент бронетехники (танки Т-72, Т-80, Т-90; бронетанковые машины БМП-2, БМП-3,

В условиях слабой конкуренции попытки вливания средств в оборонно-промышленный комплекс в большей степени приведут к перераспределительным эффектам, нежели к качественному развитию отраслей и вооружений.

БРП); сегмент ПВО (зенитно-ракетные комплексы С-200, С-125, С-75, С-300ПМУ, Тор-М1); сегмент военно-морской техники.

Тем не менее, несмотря на широкую линейку вооружений и сравнительно низкие цены, российские поставщики не всегда выигрывают тендеры ввиду ряда обстоятельств, обуславливающих недостаточно высокий уровень конкурентоспособности российской техники (особенно, если учитывать весь ее жизненный цикл).

В настоящее время ОПК включает около 1700 предприятий и организаций. В большинстве случаев на предприятиях ОПК доля технологического оборудования старше 10 лет составляет около 85%, а старше 20 лет — примерно 60% от общего количества оборудования¹. Значительное снижение закупок вооружений в девяностые годы, тяжелое финансовое положение предприятий и организаций оборонной промышленности привели к существенному снижению численности специалистов, занятых в ОПК, и к сокращению отчислений на НИОКР. В сложившихся условиях снижается потенциал расширения сферы влияния на мировых рынках российских поставщиков военной техники.

ФАКТОРЫ, ОГРАНИЧИВАЮЩИЕ КОНКУРЕНЦИЮ

В силу своих специфических особенностей практически все сферы оборонно-промышленного

¹ <http://www.webeconomy.ru/index.php?page=cat&newsid=1010&type=news7>.

Табл. 1. Степень влияния факторов, ограничивающих развитие конкуренции, в зависимости от уровня кооперации и технологического цикла производства военной техники

Цикл производства	Высокие барьеры входа на рынок	Сравнительно высокие затраты на вывод нового продукта	Эффект от масштаба	Высокие издержки переключения	Ограничения на импортные изделия	Фиксация поставщиков в КД
Производство конечного изделия	+	+	+	+	+	-
Производство комплектующих, узлов, агрегатов	+	+/-	+/-	+	+	+
Производство сырья и материалов	+	-	-	-	+/-	+/-

Примечание: + сильная степень влияния; +/- слабая степень влияния; — отсутствие влияния

Конкуренция в наибольшей степени развита на уровне производства комплектующих, сырья и материалов, при этом потенциал развития конкуренции в данных сферах значительно выше, нежели в сфере производства сложных готовых изделий.

комплекса характеризуются низким уровнем конкуренции. Данные особенности сформировались под влиянием как субъективных, так и объективных факторов.

К объективным факторам относятся:

- высокие административные и экономические барьеры входа на рынок (в большей степени данный фактор проявляется в сфере производства конечного изделия, в меньшей — производства отдельных комплектующих изделий, узлов, агрегатов, сырья и материалов);
- значительные временные и материальные затраты на разработку продукта и проведение необходимых испытаний для серийного производства продукта и его поставки на вооружение;
- сравнительно низкий спрос на продукцию, недостаточный для достижения эффекта от масштаба несколькими производителями.

К субъективным факторам относятся:

- исторически сложившаяся кооперация между независимыми хозяйствующими субъектами, разрыв которой требует существенных материальных и временных затрат (данное явление в экономической теории получило название «фундаментальная трансформация» — ситуация, при которой существует конкуренция *ex ante* (например, до заключения договора), но *ex post* конкуренция невозможна либо существенно ограничена ввиду осуществления сторонами соглашения инвестиций в специфические активы²);
- ограничения на использование иностранных комплектующих при производстве военной техники, поставляемой по государственному оборонному заказу;

- определение головным конструктором (либо заказчиком изделия) в конструкторской документации (либо техническом задании) конкретных характеристик комплектующих изделий или их производителей, замена которых требует проведения испытаний и дополнительных согласований с заказчиком и головным конструктором;
- регулирование цен (в данном случае речь идет о регулировании цен единственных поставщиков по затратному методу — это снижает стимулы у головных исполнителей минимизировать издержки и стимулировать развитие конкуренции среди своих поставщиков).

Перечисленные факторы имеют различную степень влияния в зависимости от стадии технологического цикла производства военной техники и уровня кооперации (табл. 1).

Конкуренция в наибольшей степени развита на уровне производства комплектующих, сырья и материалов, при этом потенциал развития конкуренции в данных сферах значительно выше, нежели в сфере производства сложных готовых изделий, что необходимо учитывать при формировании мер содействия развитию конкуренции в сфере ОПК.

В зависимости от характеристик товарного рынка данные особенности имеют разное значение для действующих на нем хозяйствующих субъектов. Например, если производитель конечного изделия осуществляет экспортные поставки и их доля в общей структуре реализации продукции составляет большую часть, тогда *ограничения на использование импортных комплектующих, сырья и материалов* не являются значимыми, так как подобного рода требования распространяются только на изделия, произведенные в рамках государственного оборонного заказа.

Аналогично снижается значимость такого ограничения, как *низкий уровень спроса со стороны внутреннего рынка* по сравнению с объемом производства, обеспечивающим достижение эффекта от масштаба, в случае наличия возможности

² Уильямсон О. Экономические институты капитализма, 1996.

Табл. 2. Направление действий по содействию развитию конкуренции в области ОПК

Высокие барьеры входа на рынок	Снижение административных барьеров входа: введение прямого запрета на наделение органами власти хозяйствующих субъектов (участников рынка) функциями, реализация которых необходима при допуске товара на рынок; Формирование государственных программ совместного финансирования разработок в области создания новых образцов военной техники; Формирование государственных программ софинансирования модернизации производственных мощностей и инвестиционных проектов в области приоритетных отраслей ОПК
Сравнительно высокие затраты на вывод нового продукта	Формирование государственных программ совместного финансирования разработок в области создания новых образцов военной техники
Недостижимость эффекта от масштаба	Расширение спроса на продукцию ОПК — стимулирование внедрения военных разработок на рынке гражданской продукции; Упрощение процедур экспорта вооружений и военной техники, комплектующих изделий
Высокие издержки переключения	Стимулирование головного исполнителя к расширению перечня потенциальных поставщиков (их продуктов), включенных в конструкторскую документацию на стадии разработки образца военной техники: софинансирование дополнительных испытаний, необходимых для включения альтернативных поставщиков (их продуктов) в конструкторскую документацию; Создание вертикально-интегрированных структур в случае отсутствия потенциальной конкуренции между поставщиками сырья, материалов и комплектующих и наличия конкуренции на рынке конечного изделия
Ограничения на импортные изделия	Замена жесткого ограничения на использование импортных аналогов ограничениями таможенно-тарифной политики (за исключением стратегических отраслей ОПК)
Фиксация поставщиков в КД	Введение прямого запрета на определение в качестве единственного поставщика (либо конкретного изделия) в конструкторской документации на конечное изделие в случае, если данный элемент конечного изделия не является ответственным элементом либо возможно описать его технические, эксплуатационные и иные значимые характеристики

производителя поставлять существенные объемы продукции на экспорт.

Вне зависимости от сферы деятельности (с точки зрения уровня кооперации) хозяйствующих субъектов в одинаковой степени в качестве ограничения развития рынков выступают *высокие барьеры входа*.

С точки зрения ограничения конкуренции наиболее значимы *административные барьеры*, наличие которых обусловлено отсутствием эффективных институтов допуска товара на рынок и контроля качества военной техники. Распространенным явлением можно считать наделение так называемых «отраслевых институтов» разрешительными функциями (такими, как сертификация материалов, допуск материалов и сырья к применению для производства какой-либо продукции, определение соответствия материалов требованиям ОСТ и т.п.) либо функциями по формированию и распространению отраслевых стандартов³.

Как правило, такие «отраслевые институты» имеют в своем распоряжении производственные мощности либо патенты на те или иные материалы и, по сути, осуществляют «допуск» на рынок своих конкурентов, что неизбежно приводит к конфликту интересов. Такой подход регулирования качества военной техники, комплектующих и материалов для ее производства не только дает возможность отдельным хозяйствующим субъектам устранять конкуренцию с рынков, но и размывает ответственность за принятие на производство некачественной продукции между заказчиком, производителем, головным конструктором, с одной стороны, и «отраслевым институтом» — с другой.

3 http://fas.gov.ru/solutions/solutions_33330.html.
http://fas.gov.ru/solutions/solutions_36424.html.

ДЛЯ СПРАВКИ

Транзакционные издержки — это ценность ресурсов (денег, времени, труда и т.п.), используемых для планирования, адаптации и контроля за выполнением взятых индивидами обязательств в процессе отчуждения и присвоения прав собственности и свобод, принятых в обществе*.

* Более подробно см. Шаститко А.Е. Новая институциональная экономическая теория. Изд. 4-е. М7: ТЕИС, 2010. 828 с.; <http://www.sigma-econ.ru/files/2092/shastitko7-97.pdf>.

Необходимо также учитывать, что стратегия развития оборонно-промышленного комплекса в Российской Федерации в последнее десятилетие предусматривала создание вертикально-интегрированных структур, включающих в себя хозяйствующих субъектов, действующих как на одном, так и на смежных рынках. В зависимости от характеристик товарного рынка, создание вертикально-интегрированных структур может ассоциироваться как с негативными (ухудшение состояния конкурентной среды), так и с положительными последствиями (достижение эффекта от масштаба, снижение транзакционных издержек и т.п.).

Положительный эффект от вертикальной и горизонтальной интеграции (особенно в условиях ограниченной конкуренции на уровне кооперации) в виде оптимизации и снижения издержек компенсирует потери от ограничения конкуренции только при наличии международной конкуренции на рынке конечного изделия, так как у производителя в этом случае сохраняются стимулы к минимизации издержек и инновациям, а потенциал снижения транзакционных издержек достаточно высок. В том случае, если внешней конкуренции нет, оптимизация возможна за счет развития конкуренции на рынке комплектующих изделий, сырья и материалов.



Таким образом, создание вертикально-интегрированных структур в сфере ОПК необходимо рассматривать с точки зрения соотношения выгод от экономии от масштаба и минимизации транзакционных и производственных издержек, с одной стороны, и издержек, возникающих вследствие ограничения конкуренции, — с другой.

ИНСТРУМЕНТЫ РАЗВИТИЯ КОНКУРЕНЦИИ НА РЫНКАХ ОПК

Перечисленные в предыдущей главе ограничения могут быть устранены только посредством снижения административных барьеров входа на рынок, создания благоприятных условий финансирования проектов в области разработки новых образцов военной техники, коррекции системы организации государственных закупок (с точки зрения

Положительный эффект от вертикальной и горизонтальной интеграции в виде оптимизации и снижения издержек компенсирует потери от ограничения конкуренции только при наличии международной конкуренции на рынке конечного изделия.

вовлечения максимального числа участников на стадии разработки образца военной техники) и расширения спроса на продукцию, поставляемую в рамках государственного оборонного заказа, обеспечения его предсказуемости (последнее является необходимым условием развития секторов ОПК).

Данные меры направлены, с одной стороны, на создание стимулов у участников рынка осуществлять конкурирующие разработки новых образцов военной техники, с другой стороны, на стимулирование экспорта вооружений и внедрения военных разработок на рынок гражданской продукции, обеспечивающее эффективную загрузку производственных мощностей предприятий ОПК (табл. 2).

ПРИМЕРЫ ВЛИЯНИЯ КОНСОЛИДАЦИИ ОТРАСЛИ НА СОСТОЯНИЕ РЫНКОВ

Пример 1

Примером положительного эффекта от консолидации отрасли может служить создание вертикально-интегрированной структуры в вертолетной отрасли — ОАО «Вертолеты России», которая консолидировала в себе все вертолетные заводы Российской Федерации,

Табл. 3. Данные по номенклатуре производимой продукции ведущими производителями вертолетной техники в мире

Производитель	Легкие	Средние	Среднетяжелые (гражданские)	Среднетяжелые (военные)	Тяжелые	Сверхтяжелые	Ударные	Специального назначения
Вертолеты России	Ансат, Ми-34С1, Ка-226Т	Ка-62	Ми-8/17, Ка-32	Ми-8/17, Ка-29	Ми-38	Ми-26	Ка-52, Ми-28Н, Ми-35М	Ка-27, Ка-28, Ка-31
Bell	206L-4, 429, 407	412	—	UH-1Y	—	—	AH-1Z	OH-58D
Eurocopter	EC135, Ecureuil, EC120	EC175	EC225	NH90, EC725	—	—	Tiger	EC725
Sikorsky	Dauphin, S-300, S-333, S-434	S-76C++, S-76D	S-92	UH-60,	—	CH-53K	—	MH-60, S-70
Agusta-Westland	AW109, AW119, AW149	AW139, AW139M	—	—	AW101	ICF-47F	T129, AH MK1	AW159, AW101

Источник: ОАО «Вертолеты России»

Вертикальная и горизонтальная интеграция в оборонной отрасли способны привести к существенным положительным эффектам без ощутимых негативных последствий, обусловленных ухудшением конкурентной среды на территории России.

ряд конструкторских бюро, предприятий-производителей комплектующих изделий, предприятий, предоставляющих услуги сервисного обслуживания. Таким образом, создание вертикально-интегрированной структуры предполагало как горизонтальную, так и вертикальную интеграцию отрасли.

Информация о холдинге. ОАО «Вертолеты России» учреждено открытым акционерным обществом «Объединенная промышленная корпорация «Оборонпром». Общество создано 9 января 2007 года.

В 2008 году был принят ряд корпоративных решений об утверждении ОАО «Вертолеты России» в качестве единоличного исполнительного органа управления следующих предприятий Холдинга:

- Открытое акционерное общество «Московский вертолетный завод им. М.Л. Миля» (ОАО «МВЗ им. М.Л. Миля»);
- Открытое акционерное общество «КАМОВ» (ОАО «КАМОВ»);
- Открытое акционерное общество «Московский машиностроительный завод «Вперед» (ОАО «ММЗ «Вперед»);
- Открытое акционерное общество «Ступинское машиностроительное производственное предприятие» (ОАО «СМПП»);
- Открытое акционерное общество «Улан-Удэнский авиационный завод» (ОАО «У-УАЗ»);
- Открытое акционерное общество «Казанский вертолетный завод» (ОАО «КВЗ»);
- Открытое акционерное общество «Кумертауское авиационное производственное предприятие» (ОАО «КумАПП»);

- Открытое акционерное общество «Арсеньевская авиационная компания «Прогресс» им. Н.И. Сазыкина» (ОАО ААК «Прогресс»).

Таким образом, создание холдинга привело к полному устранению конкуренции между действующими ранее независимыми производителями и конструкторскими бюро, что могло вызвать снижение эффективности функционирования участников рынка, а также стимулов к инновациям в отрасли.

Тем не менее, показатели российской вертолетной отрасли демонстрируют обратный эффект. Тенденция обусловлена высоким уровнем конкуренции на международном рынке вертолетной техники при значительных (в сравнении с объемом внутреннего потребления) объемах экспорта продукции, потери которого могут критически сказаться на функционировании российских предприятий вертолетной отрасли.

Характеристики товарного рынка. В мире действует около 150 производителей вертолетной техники, при этом порядка 85% объема товарного рынка приходится на шесть производителей. Лидером рынка по числу построенных вертолетов является корпорация *Bell Helicopter Textron* (США), доля которой составляет порядка 23%. За ней следуют фирмы *Eurocopter* (Европа) с долей 18–19%, ОАО «Вертолеты России» с долей 13–14%, *Sikorsky* (США) с долей 12%. Российские производители представлены во всех сегментах рынка (табл. 3) и занимают ведущие позиции в сегменте среднетяжелых, сверхтяжелых и ударных вертолетов в мире, а также лидирующие позиции на рынках стран СНГ и зарождающихся рынках.

Оценка конкурентной стратегии холдинга «Вертолеты России». С точки зрения оценки конкурентной стратегии российского холдинга

Если внешнего конкурентного давления нет, монополизация рынка может иметь серьезные негативные последствия, которые проявятся в росте цен на продукцию, поставляемую для нужд оборонной отрасли, в снижении инвестиционной активности и т.п.

ключевыми являются следующие показатели: динамика доли производителя на рынке, расширение присутствия производителя на новых товарных рынках, расширение присутствия производителя в новых территориальных границах, динамика расходов на НИОКР и модернизацию производственных мощностей.

В 2011 году холдингом поставлено 262 вертолета — на 22,4% больше, чем в 2010 году. Доля компании на мировом рынке в 2011 году выросла на 0,5% и достигла 14,0%.

Выручка от реализации услуг по сервису и послепродажному обслуживанию клиентов увеличилась до 15 млрд руб. и составила 14% от общего объема выручки компании.

При этом ОАО «Вертолеты России» активно осваивает новые рынки как по продуктам, так и по потребителям. В 2010—2011 годах существенно возросли поставки вертолетной техники в Индию и Китай, заключен контракт и проведена поставка первой партии (9 вертолетов) для армии США,



осуществлен выход на рынки Бразилии и Аргентины. Выведен на рынок новый продукт — средний гражданский транспортно-пассажирский вертолет Ми-38. Началось строительство сервисного центра в г. Циндао (Китай), а также работа по созданию сервисно-технических центров обслуживания вертолетов военного назначения в Индии, Бразилии, Бангладеш, Пакистане.

В 2010—2011 годах отмечался рост основных финансовых показателей холдинга: рост выручки в 2010 году составил 42,1%, в 2011 — 27,8%; *EBITDA* — 27,2% в 2010 году и 31,7% — в 2011 году соответственно.

В 2011 году затраты на НИОКР выросли в 2,7 раза, а рост инвестиций в производственные мощности составил 65,5%.

Таким образом, рассмотренные показатели характеризуют конкурентную стратегию ОАО «Вертолеты России» как активную несмотря на то, что на территории Российской Федерации у холдинга отсутствуют конкуренты.

На основании данного примера можно сделать следующий вывод: вертикальная и горизонтальная интеграция в оборонной отрасли способны привести к существенным положительным эффектам без ощутимых негативных последствий, обусловленных ухудшением конкурентной среды на территории России. Это возможно в том случае, если речь идет о рынке с развитой международной конкуренцией, а участие в международных рынках является критическим (прежде всего из-за соотношения объемов внутреннего и внешнего спроса) с точки зрения функционирования предприятий отрасли.

Если же внешнего конкурентного давления нет, монополизация рынка может иметь серьезные негативные последствия, которые проявятся в росте цен на продукцию, поставляемую для нужд оборонной отрасли, в снижении инвестиционной активности и т.п. Примером такого влияния служит консолидация предприятий в области производства проката для авиационной промышленности.

Пример 2

В 2011 году ФАС России был выявлен факт нарушения предприятиями группы лиц «Алкоа» Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в части установления доминирующим на рынке субъектом монопольно высокой цены товара⁴.

Характеристики товарного рынка. ЗАО «Алкоа СМЗ» — единственное предприятие на территории Российской Федерации, изготавливающее листы АМг6М толщиной менее 2 мм. ЗАО «Алкоа Металлург Рус», в свою очередь, является единственным предприятием на территории Российской

⁴ http://fas.gov.ru/solutions/solutions_32178.html.



Федерации, изготавливающим листы АМгБМ шириной свыше 2200 мм (до 3150 мм). Указанные хозяйствующие субъекты входят в одну группу лиц с компанией *Alcoa* (США) в соответствии со ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Потребителями листов АМгБМ являются производители специальной военной, авиа- и ракетной техники, которые приобретают рассматриваемый товар в рамках выполнения государственного оборонного заказа, федеральных целевых программ с целью использования при изготовлении силовых элементов, топливных баков, трубопроводов жидкотопливных ракетносителей и т.п. Таким образом, потребители используют рассматриваемый товар в производственных целях.

Завышение стоимости на монопольные виды продукции. ФАС России установлено, что в 2009 году ЗАО «Алкоа Металлург Рус» повысило цены на листы из алюминиевого сплава АМгБМ. Темп роста цен на листы из алюминиевого сплава АМгБМ превышал темп роста цен на сопоставимый вид алюминиевой продукции за аналогичный период времени на 60–70% и составил 119,3%.

На основании данных об объемах производства, постоянных затратах, структуре издержек производства аналогичных видов продукции ФАС России

было установлено, что предприятия группы лиц «Алкоа» завышали цены на монопольные виды продукции более чем на 50%.

Из приведенных выше примеров следует вывод, что характер воздействия на рынки вследствие ограничения конкуренции может быть разнонаправленным. Поэтому однозначно оценить влияние ограничения конкуренции на ВВП в целом по оборонной отрасли возможно только при сплошном анализе рынков, задействованных в производстве военной техники.

В тех случаях, когда речь идет о рынках изделий военной техники с развитой международной конкуренцией, ограничение конкуренции на рынках комплектующих, сырья и материалов по большому счету приводит не к вычету из ВВП, а к перераспределительному эффекту, так как конкурентное давление на рынке конечного изделия частично нивелирует негативные последствия смежных рынков.

Овчинников М. А.,
начальник Управления
контроля промышленности
и оборонного комплекса ФАС России

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 2

№ 3(9) 2013

Вопросы правового регулирования соглашений о совместной деятельности в российском праве конкуренции рассматриваются в статье **«Особенности антимонопольного регулирования соглашений о совместной деятельности в российском законодательстве»**, подготовленной партнером, руководителем антимонопольной практики международной юридической фирмы *CMS, Russia*, членом некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции» **Максимом Бульбой** и юристом антимонопольной практики международной юридической фирмы *CMS, Russia* **Еленой Андриановой**.

Антимонопольное регулирование в России ждут важные новации. Изменения могут затронуть регулирование одного из основных институтов гражданского права — права на результаты интеллектуальной деятельности и, более широко, интеллектуальной собственности. Своими взглядами на этот вопрос с читателями журнала делятся партнер юридической фирмы Гольцблат БЛП **Николай Вознесенский**, юрист юридической фирмы Гольцблат БЛП **Александр Муравин** — статья **«Интеллектуальная собственность и антимонопольное регулирование. Столь ли необходимы поправки в Закон о защите конкуренции?»**, и заместитель начальника Правового управления ФАС России, преподаватель кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) **Денис Александрович Гаврилов** — статья **«Злоупотребление легальной монополией правообладателя объектов интеллектуальной собственности как предмет антимонопольного регулирования»**.

Целесообразность введения института предварительного заключения антимонопольного органа обсуждается в одноименной статье юриста Антимонопольного бюро **Сергея Заграевского** и в материале **«Регламентация процедуры рассмотрения дел»** начальника Правового управления ФАС России, к.ю.н., заведующего кафедрой конкурентного права Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) **Сергея Анатольевича Пузыревского**.

ОСОБЕННОСТИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СОГЛАШЕНИЙ О СОВМЕСТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Вопросы правового регулирования соглашений о совместной деятельности в российском антимонопольном праве обоснованно считаются одними из наиболее актуальных как для лиц, осуществляющих коммерческую деятельность на товарных рынках Российской Федерации (для бизнеса), так и для антимонопольного органа.

Знание хитросплетений российского антимонопольного законодательства, претерпевшего за последние годы ряд серьезных изменений, в том числе, именно в области регулирования совместной деятельности, позволит бизнесу правильно определить границы допустимости планируемых к заключению соглашений, понять возможности реализации тех или иных стратегий в рамках российского правового пространства, а также избежать ошибок, плата за которые способна превысить прибыль от самых, на первый взгляд, многообещающих проектов.

Федеральная антимонопольная служба России, со своей стороны, учитывает пожелания бизнеса, а также передовой зарубежный опыт в данной области и предпринимает определенные меры, направленные на совершенствование законодательства в сфере совместной деятельности. Так, в целом, прослеживается тенденция, что ФАС России при разработке новых концепций и правил в области соглашений о совместной деятельности принимает во внимание опыт и наработанную практику Европейской Комиссии.

Из публичных выступлений представителей ФАС России следует, в частности, что антимонопольный орган осознает: до недавнего времени многие соглашения были признаны нарушающими конкуренцию по формальным основаниям и без учета положительного эффекта самого соглашения для развития рынка.¹

Сформировалась объективная потребность в более гибком и экономически ориентированном подходе к регулированию совместной деятельности (совместных предприятий) на уровне российского антимонопольного законодательства.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Исходя из вышеизложенного представляется, что, как со стороны бизнеса, так и со стороны государства (главным образом, в лице антимонопольного органа), существует понимание, что сформировалась объективная потребность в более гибком и экономически ориентированном подходе к регулированию совместной деятельности (совместных предприятий) на уровне российского антимонопольного законодательства.²

Некоторые препятствия в работе бизнеса через совместную деятельность уже были устранены посредством внесения в российское законодательство изменений, в основном, в рамках Третьего антимонопольного пакета. Эта работа продолжается и сейчас, а анализ обсуждаемых в настоящее время законодательных инициатив показывает, что российское антимонопольное право стоит на пороге новых принципиально важных изменений, которые серьезным образом повлияют на действующие «правила игры», в том числе, в области совместной деятельности.

Но тут необходимо учитывать, что процесс совершенствования в любой отрасли, в том числе в сфере

¹ См. пресс-конференцию Овчинникова М.А. на тему «Соглашения о совместной деятельности. Как соответствовать антимонопольным требованиям?» (http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_34553.html).

² Для целей настоящей статьи термины «соглашение о совместной деятельности» и «совместное предприятие» будут использоваться как синонимы.

антимонопольного законодательства, практически не имеет пределов, а регулярные нововведения зачастую вызывают беспокойство у бизнеса в связи с необходимостью приспосабливаться к новым правилам.

Кроме того, есть основания полагать, что российское законодательство о конкуренции продолжит свою эволюцию по пути сближения с антимонопольным правом ЕС, а поскольку указанные выше проекты изменений в области совместной деятельности пока лишь частично опираются на механизмы регулирования, предусмотренные европейским правом, нельзя исключить, что в обозримом будущем в законодательство РФ снова будут внесены изменения.

Исходя из вышеизложенного, авторы статьи предприняли попытку проследить эволюцию правового регулирования соглашений о совместной деятельности в российском антимонопольном праве, проанализировали действующие положения законодательства в данной отрасли и прокомментировали готовящиеся к принятию изменения.

ДЕЙСТВУЮЩИЙ ПОДХОД К СОГЛАШЕНИЯМ О СОВМЕСТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Договор о совместной деятельности представляется целесообразным рассмотреть в двух плоскостях: в качестве соглашения, ограничивающего конкуренцию, и как сделку экономической концентрации.

Договор о совместной деятельности как соглашение, ограничивающее конкуренцию

Термин «соглашение о совместной деятельности» встречается в нескольких статьях действующей редакции Федерального закона «О защите конкуренции» № 135-ФЗ от 26.07.2006 г.³ При этом, за исключением некоторых специальных норм, прокомментированных ниже, какого-либо отдельного регулирования для соглашений данного вида Законом о конкуренции не предусмотрено. Вопросы вызывает и определение самого понятия таких соглашений.

В этой связи важно отметить, что, в отличие от антимонопольного законодательства Европейского Союза, соглашения о совместной деятельности *по действующей редакции* российского Закона о конкуренции не рассматриваются как сделки экономической концентрации.

В результате соглашения о совместной деятельности подпадают под действие общих норм Закона о конкуренции, запрещающих ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов (ст. 11 Закона о конкуренции), а также устанавливающих запрет на злоупотребление доминирующим положением (ст. 10 Закона о конкуренции). При этом следует учитывать, что до относительно

³ Далее — Закон о конкуренции.

В отличие от антимонопольного законодательства Европейского Союза, соглашения о совместной деятельности по действующей редакции российского Закона о конкуренции не рассматриваются как сделки экономической концентрации.

недавнего времени такие соглашения рассматривались ФАС России точно так же, как любые иные соглашения, которые потенциально могут привести к ограничению конкуренции.

Как следствие, соглашения о совместной деятельности, которые формально подпадали под запреты *per se*, предусмотренные частью 1 статьи 11 действовавшей на тот момент редакции Закона о конкуренции, автоматически считались нарушающими конкуренцию и не могли быть признаны допустимыми в соответствии со статьей 13 Закона о конкуренции.

Положительная тенденция в развитии подхода ФАС России к соглашениям о совместной деятельности проявилась в поправках, внесенных в российское антимонопольное законодательство в рамках вступившего в силу в январе 2012 года Третьего антимонопольного пакета.⁴

Так, согласно внесенным изменениям, в российское антимонопольное законодательство были включены отдельные нормы, посвященные соглашениям о совместной деятельности.

Во-первых, в Законе о конкуренции появилось понятие «соглашений о совместной деятельности» как особого вида соглашений между хозяйствующими субъектами. *Во-вторых*, такие соглашения были выведены из-под абсолютных запретов *per se*, предусмотренных частью 1 статьи 11 Закона о конкуренции.

Благодаря этим изменениям, соглашения о совместной деятельности могут быть признаны допустимыми при соблюдении критериев, установленных частью 1.1 статьи 13 Закона о конкуренции, а именно: такие соглашения не должны создавать для отдельных лиц возможности устранить конкуренцию, не должны налагать ограничений на третьих лиц, должны способствовать развитию технического прогресса и создавать для покупателей соответствующих товаров/услуг преимущества, соразмерные преимуществам, получаемым сторонами соглашения о совместной деятельности.

Указанные правила практически дословно воспроизводят аналогичные нормы антимонопольного права ЕС и в целом были позитивно восприняты бизнес-сообществом.

Тем не менее, сразу после вступления в силу Третьего антимонопольного пакета возникла неопределенность относительно содержания самого термина «соглашение о совместной деятельности».

⁴ Федеральный закон от 06.12.2011 № 401-ФЗ, вступивший в силу 6 января 2012 года.

На практике процедура согласования соглашения на основании статьи 35 Закона о конкуренции может перерасти в достаточно масштабную проверку антимонопольным органом договоренностей сторон.

Вопрос касался того, включает ли данный термин исключительно договоры о сотрудничестве (договоры простого товарищества) либо может трактоваться более широко и охватывает договоры о создании совместного предприятия в виде отдельного юридического лица (*joint venture agreement*), а также соглашения акционеров совместных предприятий.

Этот аспект прояснен ФАС России в *Разъяснениях по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности*⁵, текст которых был опубликован на официальном сайте ФАС России в июне (в виде проекта) и августе 2013 года (в окончательной редакции).⁶

ФАС России поддержала широкий подход к определению понятия «соглашение о совместной деятельности», под которыми, согласно Разъяснениям, понимается, в том числе, соглашение о «создании нового либо совместном участии в существующем юридическом лице» (пункт 2 Раздела I Разъяснений).

Разъяснения также отражают экстратерриториальный характер российского антимонопольного законодательства и включают в содержание термина «соглашение о совместной деятельности» соглашения, заключенные по иностранному праву.

Данное положение учитывает получившую широкое распространение в нашей стране практику владения совместными предприятиями в России через иностранные холдинговые компании. При таком механизме соглашение о совместном предприятии заключается на уровне иностранного холдинга, который владеет 100% долей/акций российской операционной компании.

Следует также отметить, что подобный широкий подход к определению понятия «соглашения о совместной деятельности» в целом соответствует практике Европейской Комиссии, которая традиционно относит к совместным предприятиям широкий перечень договоренностей между сторонами, начиная от создания независимого совместного контролируемого юридического лица и заканчивая договорными обязательствами по осуществлению каких-либо совместных действий без создания юридического лица.⁷

Еще одним примером применения европейского опыта в Разъяснениях является предложенный подход к регулированию соглашений об отказе сторон совместного предприятия от конкуренции.

Разъяснения содержат достаточно детальные нормы оценки таких положений, включенных в соглашения о совместной деятельности, которые во многом напоминают концепцию «сопутствующих ограничений» (*ancillary restraints*⁸), разработанную в рамках европейского антимонопольного законодательства.

Например, допустимым считается включение в соглашение о совместной деятельности положений об отказе сторон соглашения от конкуренции на период времени, необходимый для обеспечения окупаемости инвестиций сторон в совместное предприятие. При этом учитывается, что без включения в соглашение такого ограничивающего конкуренцию положения проект не может быть реализован, так как, если стороны будут в течение указанного периода времени конкурировать между собой или с совместным предприятием, это приведет к разорению совместного предприятия.

Позитивное значение Разъяснений для бизнеса очевидно, поскольку они открывают возможность по созданию на территории Российской Федерации совместных предприятий с включением в соответствующие соглашения классических для данного вида договоров положений; при этом риск признания таких положений нарушающими российское антимонопольное законодательство значительно снижается (при условии их соответствия требованиям, изложенным в Разъяснениях).

Во избежание сомнений относительно соответствия соглашения о совместной деятельности Закону о конкуренции сторонам предлагается заранее согласовать проект соглашения с ФАС России на основании добровольной процедуры, предусмотренной статьей 35 Закона о конкуренции.

Однако чтобы соглашение было признано допустимым антимонопольными органами, оно должно соответствовать критериям, установленным частью 1.1 статьи 13 Закона о конкуренции. Как следствие, стороны принимают на себя серьезное бремя доказывания соответствия соглашения установленным требованиям.

Кроме того, на практике процедура согласования соглашения на основании статьи 35 Закона о конкуренции может перерасти в достаточно масштабную проверку антимонопольным органом договоренностей сторон.

В связи с этим далеко не все компании склонны использовать данную опцию.

Совместное предприятие как сделка экономической концентрации

Как отмечалось выше, в настоящее время в российском антимонопольном законодательстве отсутствуют нормы по согласованию создания совместных предприятий как сделок экономической концентрации. Такой подход отличает действующую

⁵ Далее — Разъяснения.

⁶ http://fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30419.html.

⁷ Commission Notice (EC) on the concept of full-function joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings [1998] OJ C 66/1, параграф 3.

⁸ Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations [2005] OJ C56/24.

российское антимонопольное законодательство от права ЕС.

Представляется, что указанные сделки обоснованно признаются экономической концентрацией в европейском праве, так как в результате создания совместного предприятия хозяйствующие субъекты, зачастую являющиеся конкурентами, объединяют свои ресурсы на определенном рынке, и в результате возникает более крупный хозяйствующий субъект, обладающий большей рыночной властью.

Такое объединение ресурсов может привести к последствиям, сопоставимым с результатами слияния и поглощения конкурентов, и негативно отразится на состоянии конкуренции на соответствующем рынке. В подобных обстоятельствах согласование уполномоченными государственными органами сделок по созданию совместных предприятий выполняет функцию специального «фильтра» и служит гарантией сохранения конкуренции на рынках.

Соответственно, согласование создания любого совместного предприятия, отвечающего определенным объективным критериям (размер оборота и доля рынка сторон), совпадает с общественными интересами.

Отсутствие такого «общего» принципа согласования создания совместных предприятий в действующем российском законодательстве выглядит тем более нелогичным, что отдельные сделки по организации совместных предприятий все же подлежат согласованию с ФАС России в соответствии с главой 7 Закона о конкуренции. Однако, речь идет скорее о частных случаях, которые возникают на практике довольно редко, тогда как наиболее распространенные схемы создания СП остаются неохваченными.

Ниже приведены основные примеры сделок по созданию совместных предприятий, требующих согласования с антимонопольным органом по действующей редакции Закона о конкуренции:

- Компания А и Компания В создают совместное предприятие — Компанию С, при этом Компания А вносит в уставный капитал Компании С более 20% своих основных производственных средств/нематериальных активов либо 25% акций (либо 1/3 долей), принадлежащих Компании А в уставном капитале иных ее дочерних компаний (п.п. 4 ч. 1 ст. 27 Закона о конкуренции);
- Компания А и Компания В создают совместное предприятие — Компанию С, и уже после ее создания Компания А передает Компании С более 20% своих основных производственных средств/нематериальных активов (п.п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о конкуренции);
- Компания А владеет 100% акций/долей Компании С, и Компания В приобретает более 25% акций (либо 1/3 долей) в уставном капитале Компании С (п.п. 1 и 2 ч. 1 ст. 28 Закона о конкуренции);

- Компания А владеет 100% акций/долей Компании С, и Компания В приобретает менее 25% акций (либо 1/3 долей) в уставном капитале Компании С, однако Компания А и Компания В заключают соглашение акционеров, в соответствии с которым Компания В приобретает право определять условия осуществления Компанией С предпринимательской деятельности, например, «право вето» по стратегическим решениям и пр. (п.п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о конкуренции);
- Компания В является миноритарным акционером Компании С, при этом Компания А и В заключают соглашение акционеров, в соответствии с которым Компания В приобретет право определять условия осуществления Компанией С предпринимательской деятельности (п.п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о конкуренции);
- Компания В приобретает акции/доли в уставном капитале иностранной холдинговой компании, являющейся единственным акционером/участником Компании С, при этом приобретаемые акции/доли предоставят Компании В право определять условия осуществления Компанией С предпринимательской деятельности (п.п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о конкуренции).

Во многих случаях совершение перечисленных выше сделок может и не приводить к существенному изменению состояния конкуренции на рынке. Однако их согласование с ФАС России необходимо.

В то же время, такие очевидные способы создания совместных предприятий, как учреждение новых юридических лиц, которым не передаются какие-либо ранее принадлежащие учредителям активы (так называемые, *Greenfield joint ventures*), остаются неохваченными и не подлежат контролю со стороны ФАС России.

Как указано выше, по состоянию на сегодняшний день к соглашениям о создании таких СП применяются общие нормы статей 10 и 11 Закона о конкуренции о запрете соглашений, ограничивающих конкуренцию.

Российский законодатель и ФАС России понимают указанную проблему, и в скором времени ожидается принятие изменений в законодательство, которые восполнят пробелы, обозначенные выше.

ПЕРСПЕКТИВЫ ДАЛЬНЕЙШЕГО РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

ФАС России подготовлены поправки в антимонопольное законодательство, согласно которым заключение соглашений о совместной деятельности будет рассматриваться в качестве отдельного вида

Такие очевидные способы создания совместных предприятий, как учреждение новых юридических лиц, которым не передаются какие-либо ранее принадлежащие учредителям активы, остаются неохваченными и не подлежат контролю со стороны ФАС России.

сделок экономической концентрации, подлежащих согласованию с антимонопольным органом.⁹

Реализация данной инициативы представляется закономерным и логичным этапом в развитии отечественного антимонопольного законодательства, учитывающим опыт Европейского Союза.

Согласование создания совместных предприятий принесет пользу и бизнесу, так как в случае согласования создания предприятия будет устранена неопределенность относительно того, не нарушает ли соответствующее соглашение о совместной деятельности Закон о конкуренции (предполагая, что если антимонопольный орган, рассматривая соглашение, придет к обратному выводу, в согласовании такого соглашения в представленной редакции будет отказано).

При этом следует обратить внимание на те положения законопроекта, которые могут осложнить его успешную реализацию.

Так, согласно тексту поправок в законопроект, *единственным критерием отнесения операции по заключению соглашения о совместной деятельности к сделкам экономической концентрации, подлежащим согласованию с ФАС России, является балансовая стоимость активов сторон* (или факт включения одной из сторон соглашения в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более 35%). При этом не учитываются такие критерии, как степень интеграции сторон соглашения, а также степень самостоятельности совместного предприятия, если его создание предусмотрено соглашением.

Отсутствие такого дифференцированного подхода к соглашениям о совместной деятельности может привести к увеличению административного бремени на бизнес (необходимо будет получать одобрение в отношении любых соглашений о совместной деятельности, в том числе, не приводящих в реальности к экономической концентрации). Кроме того, существует вероятность того, что антимонопольные органы столкнутся с необходимостью рассмотрения очень большого числа ходатайств, что затруднит их работу.

Если принять во внимание европейское антимонопольное законодательство в данной области, то, в первую очередь, обращает на себя внимание действующая в ЕС концепция «полнофункциональных» (*full-function*) совместных предприятий.

⁹ См. Поправки к проекту федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции»».

Смысл данной концепции заключается в том, что создание совместного предприятия путем учреждения новой дочерней компании будет подлежать согласованию с Европейской Комиссией, если создаваемая компания наделяется функциями самостоятельного экономического субъекта, полноценного игрока на рынке, а также предполагает действовать на рынке продолжительное время.¹⁰

Создание совместных предприятий, не соответствующих указанным критериям, не признается сделкой экономической концентрации и соответственно не подлежит согласованию с антимонопольным органом.

К деятельности СП, не являющихся «полнофункциональными», применяются общие нормы европейского антимонопольного законодательства, аналогами которых в российском Законе о конкуренции являются статьи о доминирующем положении, об ограничивающих конкуренцию соглашениях и о допустимости таких соглашений (стст. 10, 11 и 13 Закона о конкуренции).

Такой подход позволяет четко идентифицировать случаи, когда создание совместного предприятия действительно может привести к структурным изменениям на рынке и оказать влияние на состояние конкуренции. Именно подобные сделки (но не создание любого СП/заключение любого соглашения о совместной деятельности) подлежат согласованию с антимонопольными органами.

С учетом вышеизложенного допустимо предположить, что в случае принятия поправок в их существующей редакции в будущем возможны дополнительные изменения в законодательство в данной сфере, в том числе, его дальнейшее совершенствование, основанное на европейском опыте, например, воспроизведение в российском Законе о конкуренции концепции «полнофункциональных» совместных предприятий.

Представляется, что альтернативным вариантом такому сценарию теоретически могло бы стать включение данной концепции непосредственно в нынешнюю редакцию поправок.

Максим Бульба,
партнер, руководитель антимонопольной практики международной юридической фирмы *CMS, Russia*,
член некоммерческого партнерства
«Содействие развитию конкуренции»

Елена Андрианова,
юрист антимонопольной практики международной юридической фирмы *CMS, Russia*

¹⁰ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings [2008] OJ C95/1, параграфы 94 и 104. Установлены также критерии, основанные на показателях оборота задействованных компаний на европейском рынке.

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

СТОЛЬ ЛИ НЕОБХОДИМЫ ПОПРАВКИ В ЗАКОН О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ?

В настоящее время антимонопольное регулирование в России готовится к очередной реформе. Изменения могут затронуть и регулирование одного из институтов гражданского права — права на результаты интеллектуальной деятельности¹.

Основанием для этого служит указание в Дорожной карте по развитию конкуренции и совершенствованию антимонопольной политики². В разделе 6 предусмотрено такое мероприятие, как «защита интересов хозяйствующих субъектов при осуществлении действий и заключении соглашений о реализации исключительных прав, если такие действия и соглашения приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции». Разработчикам дорожной карты в качестве цели видится «отсутствие случаев ограничения конкуренции с использованием исключительных прав».

Подробные ссылки на Дорожную карту мы приводим неслучайно: из них следуют, по крайней мере, два важных вывода.

Первый состоит в том, что **Дорожная карта вовсе не предопределяет, какие именно поправки должны быть внесены в законодательство**. Весьма общие формулировки документа позволяют предложить очень разные меры.

Обратим внимание на цель — *отсутствие случаев ограничения конкуренции с использованием исключительных прав*. Если внести в Закон о защите конкуренции поправки, которые признают незаконными и ограничивающими конкуренцию ряд действий, связанных с исключительными правами, то искомые «случаи ограничения конкуренции» тут же и появятся: антимонопольный орган возбудит ряд дел и тем самым докажет наличие

Реализация исключительных прав по определению содержит признаки ограничения конкуренции, и следовательно, всегда будут формальные, основания для подачи и рассмотрения жалобы.

случаев ограничения конкуренции. Сейчас же, когда действия и соглашения с исключительными правами выведены из сферы действия Закона о защите конкуренции, отсутствие столь нежелательных случаев как раз и имеет место.

Говоря серьезно, подчеркнем, что в текущей отечественной антимонопольной и судебной практике нет прецедентов, когда правообладатели при реализации принадлежащего им права на РИД выступали бы в качестве лиц, нарушивших существующие антимонопольные запреты. Так что, цель процитированного пункта Дорожной карты можно считать выполненной досрочно, а результаты можно дополнительно закрепить совершенствованием гражданско-правовых норм в области РИД.

Во-вторых, и это уже совсем серьезно, совершенно очевидно, что **те поправки, которые предлагаются в Закон о защите конкуренции с целью реализации Дорожной карты, по определению будут принципиально менять существующее регулирование интеллектуальной собственности в антимонопольном праве**. Ссылки на то, что предложенные поправки носят чисто редакционный характер и по сути ничего существенно не меняют, просто не могут быть приняты. Если бы это было так, то стоило ли писать об этом в Дорожной карте, могли ли тогда такими косметическими поправками выполняться

¹ Далее — РИД.

² Распоряжение Правительства РФ от 28.12.2012 N 2579-р (ред. от 17.08.2013) «Об утверждении плана мероприятий (“дорожной карты”) “Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики” и отмене распоряжений Правительства РФ от 19.05.2009 N 691-р и от 17.12.2010 N 2295-р».



ДЛЯ СПРАВКИ

Конституционный суд РФ в Определении от 22.04.2004 № 171-0 охарактеризовал запрет на использование товарного знака другими лицами как ограничение, направленное на реализацию статьи 44 (часть 1) Конституции Российской Федерации, которое ограничивает права хозяйствующих субъектов, закрепленные в статье 34 Конституции Российской Федерации, в той мере, в какой, согласно статье 55 (часть 3), это необходимо в целях защиты здоровья, прав и законных интересов других лиц. В связи с этим исключительное право названо легальной монополией.

цели, поставленные в распоряжении Правительства Российской Федерации? Думается, что нет, и поправки предлагаются в общем-то достаточно серьезные.

В настоящей статье нами будет проведен анализ актуальности и целесообразности предлагаемых изменений.

В Закон о защите конкуренции на сегодняшнем этапе³ предлагается внести следующие поправки:

1) статью 3 дополнить частью 3 такого содержания: *«Положения настоящего Федерального закона подлежат применению к отношениям, связанным с обращением товаров, произведенных с использованием объектов исключительных прав, если соглашения (действия), связанные с использованием объектов исключительных прав, направлены на недопущение, ограничение или устранение конкуренции»;*

2) в статье 4 пункт 1 изложить в следующей редакции: *«товар — объект гражданских прав (в том числе, работа, услуга, включая финансовую услугу), за исключением охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации (интеллектуальная собственность), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот»;*

³ По материалам обсуждения НП «Содействие конкуренции» и ФАС России по состоянию на 30 августа 2013 г.

3) исключить часть 4 статьи 10 и часть 9 статьи 11 Закона о защите конкуренции в текущей редакции.

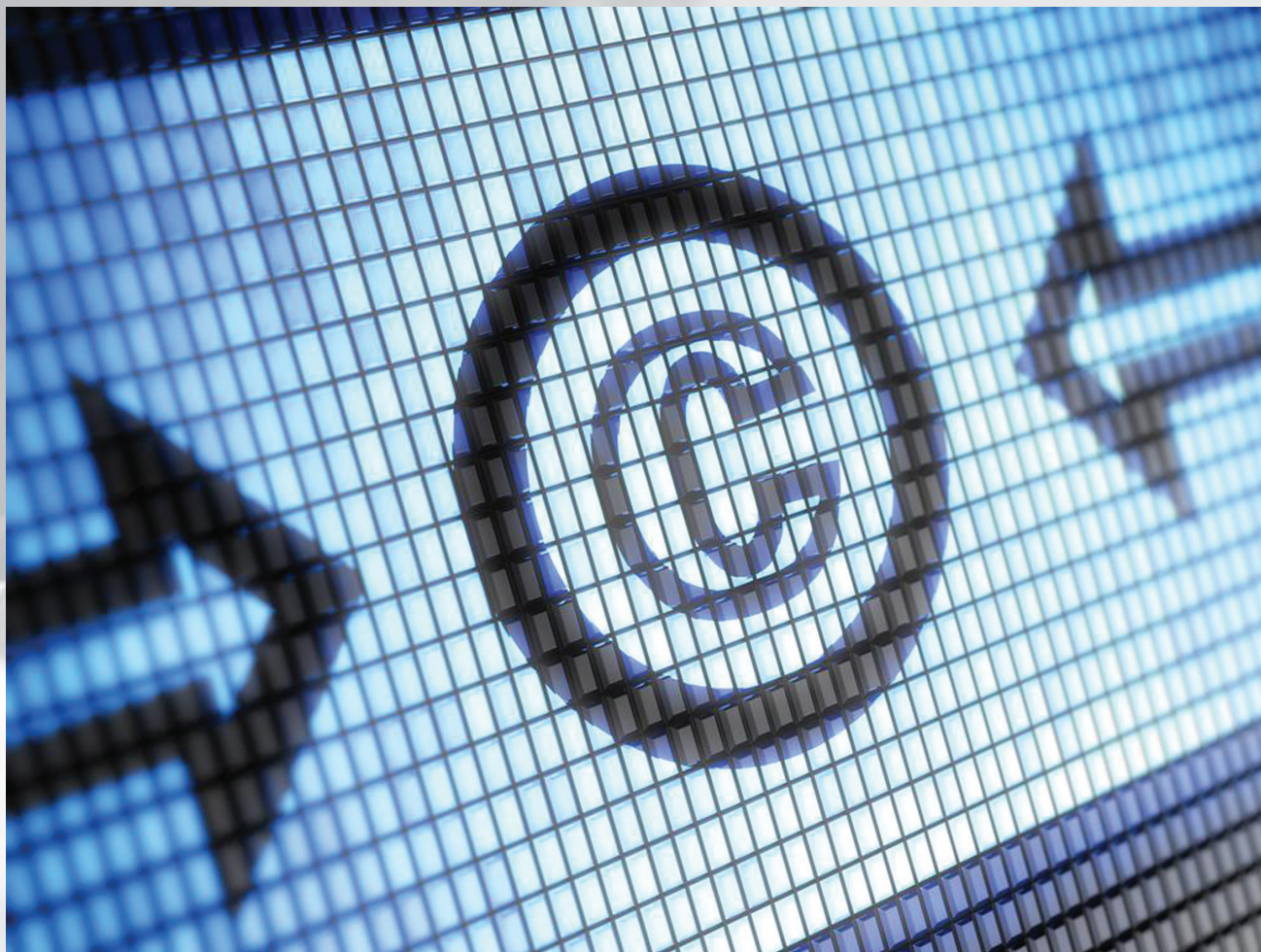
Предложенные поправки (за исключением уточнения понятия «товар») не учитывают характера РИД и, к сожалению, существенно ограничивают защиту правообладателей.

ОБЩИЙ РЕЖИМ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОНТРОЛЯ — РАСПРОСТРАНЕНИЕ НА РИД

Права на результаты интеллектуальной деятельности носят абсолютный, исключительный характер. Обладатель исключительных прав может совершать в отношении соответствующего РИД любые, прямо не запрещенные законом действия, сами права на РИД фактически являются закрепленной законом «легальной монополией» обладателя исключительного права (см. «Для справки»).

Таким образом, сама правовая природа и юридическое оформление данных прав предопределяют ряд ограничений, будь то срок охраны результата интеллектуальной деятельности, территория его защиты или правомочие правообладателя запрещать любым третьим лицам использовать РИД без его согласия. В этой связи логичными выглядят текущие изъятия, закрепленные в Законе о защите конкуренции, — действия по осуществлению исключительных прав, а также соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности исключены из сферы регулирования Закона согласно части 4 статьи 10 и части 9 статьи 11.

В случае исключения данных изъятий из Закона любая реализация правообладателем законных полномочий в соответствии с Гражданским кодексом всегда может быть оспорена любыми третьими лицами в антимонопольном органе (в том числе, лицами, потенциально нарушающими права



на РИД), что в значительной степени снизит привлекательность России как юрисдикции с благоприятным режимом защиты инновационных производств.

Реализация исключительных прав по определению содержит признаки ограничения конкуренции, и, следовательно, всегда будут формальные основания для подачи и рассмотрения жалобы. Например, действия по предоставлению лицензии на производство товара одному хозяйствующему субъекту и отказ другому формально подпадают под первый признак ограничения конкуренции «сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке».

Значит ли это, что сейчас правообладатель, «квазимонополист», своими действиями непрерывно попирает свободную конкуренцию и не несет за этой никакой ответственности? Ответ на поставленный вопрос, вполне вероятно, можно было бы почерпнуть из актуальной административной или судебной практики, однако таковая на настоящий момент отсутствует. Авторам настоящей статьи также неизвестны случаи, когда антимонопольная служба была лишена возможности привлечь

к ответственности лицо, подозреваемое в заключении соглашения, ограничивающего конкуренцию, по причине содержащихся в Законе о защите конкуренции изъятий для интеллектуальной собственности.

Приведем пример. Известно, что за рубежом тема ограничения конкуренции в результате реализации исключительных прав серьезно стоит прежде всего в сфере фармацевтики и медицинских изделий. Можно вспомнить такие громкие дела, как *Generics (UK) Limited v. Astra Zeneca (UK) Limited (Astra AB)*⁴, *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co KG*⁵, наконец, недавнее решение Верховного суда США по делу *Federal Trade Commission v. Actavis*, в котором рассматривались антимонопольные аспекты соглашений о выплатах между обладателями патентов и производителями дженериков за отказ последних от оспаривания патента (так называемые соглашения *pay for delay*).

В российской антимонопольной практике фармацевтические компании нередко привлекаются

⁴ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_37507.

⁵ http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod! CELEXnumdoc&numdoc=62001J0418&lg=en.

Анализ законодательства и практики его применения в иностранных юрисдикциях показывает, что распространение антимонопольного регулирования на отношения, связанные с результатами интеллектуальной деятельности, имеет место в очень ограниченном числе случаев.

к ответственности, в том числе, в связи со злоупотреблением доминирующим положением на товарном рынке. Примером может служить широко известное дело ООО «Ново-Нордиск», положившее начало распространению так называемых «торговых практик».⁶ Наличие у общества в течение ряда лет доминирующего положения на рынке крупнооптовых партий препаратов поставило проблему регулирования доступа к такому товару для крупнейших федеральных дистрибьюторов. Однако тема использования результатов интеллектуальной деятельности, как, впрочем, и само наличие таких результатов у фармацевтической компании, не имели никакого касательства к указанному антимонопольному разбирательству и никаким образом не ограничивали полномочия антимонопольного органа по регулированию *товарного рынка*.

В этой связи встает вопрос, какую цель ставит предлагаемая новелла, указывающая на то, что «Положения настоящего Федерального закона подлежат применению к отношениям, **связанным с обращением товаров, произведенных с использованием объектов исключительных прав, если соглашения (действия), связанные с использованием объектов исключительных прав, направлены на недопущение, ограничение или устранение конкуренции**». Совершенно очевидно, что дело Ново-Нордиск — это как раз дело об обращении товаров, произведенных с использованием объектов исключительных прав.

По-видимому, речь идет не о закреплении вполне очевидного факта распространения Закона о защите конкуренции на все товары. Ключевое и на наш взгляд, негативное значение имеет та часть нормы, которая ориентирует на оценку соглашений и действий, связанных с использованием объектов исключительных прав, на предмет классических признаков недопущения, ограничения или устранения конкуренции. Иными словами, речь идет об антимонопольном контроле над лицензионными договорами различных видов — от лицензионных соглашений на товарные знаки до договоров о передаче прав на патенты.

Многие сторонники такого подхода ссылаются на зарубежную практику. Мы рассмотрим некоторые дела из такой практики в настоящей статье, чтобы обосновать нашу точку зрения и с этого ракурса. Но, на наш взгляд, более принципиальными доводами как «за», так и «против» новелл

⁶ http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_31980.html.

законодательства являются объективные характеристики российского рынка и российской правовой системы. Ссылка на зарубежные прецеденты и, тем более, перенос институтов зарубежного права в российскую правовую систему в этом плане, очевидно, вторичны и не могут служить решающими аргументами.

Итак, на наш взгляд, существует несколько основных аргументов против распространения действия статей 10 и 11 Закона о защите конкуренции на действия и соглашения, связанные с использованием объектов исключительных прав.

1. *Значительные особенности каждого из объектов интеллектуальной собственности по отношению как к товарам вообще, так и к другим объектам исключительных прав.* Для проблематики использования товарных знаков (параллельный импорт и национальный принцип исчерпания прав) нужны одни решения, для вопросов распоряжения патентными правами — другие, для договоров коммерческой концессии — третьи. Распространяя действие Закона о защите конкуренции на данные права в целом в отсутствие специальных антимонопольных правил для каждого из объектов не способно по определению решить ни одну из реальных или теоретических проблем.

2. *Особенности российской экономики, которые состоят в значительной доле импортных товаров, с одной стороны, и тенденции локализации производства, с другой.* С этой практической точки зрения представляется, что некоторый более разумный баланс интересов в области защиты и ограничения прав на товарные знаки не сделает российский рынок сбыта менее привлекательным для зарубежных производителей и не окажет негативное воздействие на импорт (возможно, даже наоборот). Однако ограничения в области патентных прав могут серьезно снизить вероятность дальнейшего переноса в Россию производственных и научно-исследовательских центров ведущих компаний и ухудшить условия доступа российского бизнеса к инновациям. Риск вмешательства антимонопольного контроля в лицензионные соглашения между независимыми лицами будет компенсирован отказом предоставления лицензии за рамки группы лиц правообладателя. В рамках группы лиц антимонопольные запреты, как известно, не действуют⁷.

3. *Особенности российского Закона о защите конкуренции.* С одной стороны, низкий порог доли рынка для признания компании доминирующей (в ряде случаев ниже 10%) и открытый перечень злоупотреблений доминирующим положением делают весьма вероятными разнообразные антимонопольные претензии к широкому кругу обладателей прав на РИД. С другой стороны, в целом недостаточный

⁷ Имеется в виду группа лиц, построенная по критерию контроля, и соответствующие положения ст. 11 Закона о защите конкуренции.

уровень проработки проблемы «признаков ограничения конкуренции», небольшое количество дел, в которых применялось бы правило «взвешенного подхода» (*rule of reason*) к соглашениям между хозяйствующими субъектами (по статье 11), увеличивают вероятность ошибок в будущей правоприменительной практике в сфере РИД. Для инновационных компаний малого и среднего бизнеса такая ошибка может стать непреодолимым препятствием на пути коммерциализации инновационного товара, привлечения стратегического инвестора или проектного финансирования.

При таких предпосылках практическая польза изменения Закона в части распространения действий, сопряженных с реализацией прав на РИД, не столь очевидна, как могло бы показаться на первый взгляд.

ПРАКТИКА АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В США И ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

Анализ законодательства и практики его применения в иностранных юрисдикциях показывает, что распространение антимонопольного регулирования на отношения, связанные с результатами интеллектуальной деятельности, имеет место в очень ограниченном числе случаев. Как правило, это ситуации, связанные с отказами в предоставлении лицензий, либо когда речь идет о так называемых *essential facilities/SEP* (в том числе, в сфере «высоких технологий»), иных ситуациях явного злоупотребления правом со стороны правообладателей и т.д.

Рассмотрим несколько дел, наиболее значимых для индустрии споров последних лет.

AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd⁸

Volvo, являясь правообладателем зарегистрированных в государстве-участнике ЕС прав на промышленные образцы и модели (дизайны) узлов и компонентов автомобилей, предпринимало меры к воспрепятствованию производству и распространения аналогичных деталей третьими лицами в странах-участницах ЕС, отказываясь предоставлять лицензию на свои образцы. Неудовлетворенная отрицательным ответом компания обратилась в национальный антимонопольный орган, а затем и в суд с требованием обязать *Volvo* предоставить такую лицензию.

Высокий суд справедливости Англии и Уэльса адресовал Суду справедливости ЕС ряд вопросов, затрагивающих, в частности, право субъекта, занимающего доминирующее положение, отказывать третьим лицам в предоставлении лицензий на производство аналогов.

Отвечая на поставленные вопросы, Суд справедливости ЕС указал буквально следующее: «обязание

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CJECLEX:61987CJ0238:EN:PDF>.

предпринимателя предоставлять, пусть и за разумные роялти, лицензию на производство и поставку запасных частей, созданных с использованием промышленных образцов и моделей, принадлежащих предпринимателю, третьим лицам повлечет лишение такого предпринимателя права на защиту принадлежащих ему исключительных прав, а следовательно, отказ в предоставлении лицензий независимым мастерским по ремонту, поддержание цен на несправедливом уровне, а равно отказ от производства деталей, несмотря на то, что в эксплуатации находится много автомобилей, для которых такая деталь требуется»⁹. В дальнейшем Суд справедливости сделал оговорку, что злоупотребление, однако, может присутствовать в тех случаях, когда «предприниматель совершал такие действия, как произвольный (необоснованный) отказ в предоставлении лицензий независимым мастерским по ремонту, поддержание цен на несправедливом уровне, а равно отказ от производства деталей, несмотря на то, что в эксплуатации находится много автомобилей, для которых такая деталь требуется».

Так как *Volvo* удалось доказать, что отказ в предоставлении лицензий не был произвольным (такие лицензии не предоставлялись третьим лицам в принципе), а иные признаки заведомого злоупотребления доминирующим положением не усматривались, Суд справедливости встал на сторону *Volvo*.

Microsoft Corporation v European Commission (по жалобам Novel и Sun Microsystems)¹⁰

Предметом спора явилось ограничение доступа к определенной информации об операционной среде *Microsoft Windows*, в результате которой разработчики ПО не могли обеспечить совместимость своих программных продуктов с доминирующей на рынке платформой *Microsoft Windows*. Сведения, отказ предоставить доступ к которым повлек разбирательство, по сути, представляли собой описание протоколов соединений, используемых в операционных системах *Windows*.

В данном деле была выражена правовая позиция, что наличие патентов, авторских и других исключительных прав у компании *Microsoft* не может само по себе исключить вмешательство Еврокомиссии. Но одновременно в деле был закреплен правовой принцип, согласно которому отказ в предоставлении лицензии РИД доминирующим на рынке хозяйствующим субъектом сам по себе не является нарушением антимонопольного законодательства. В данном деле Еврокомиссия сослалась на ряд исключительных обстоятельств, оправдывавших ее вмешательство.

При анализе дела было установлено, что *Microsoft* занимает «квазимонопольное» положение

⁹ Пункт 8 Решения.

¹⁰ Полный текст решения Комиссии ЕС доступен по ссылке http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf



на рынке с долей, близкой к 100%. Обладая такой рыночной силой, компания может применять любой из языков программирования, протоколов связи и т.п. — они автоматически становятся отраслевым стандартом, т.к. иным производителям ПО необходимо обеспечить совместимость, дабы не утратить возможность реализовать свой продукт пользователям ОС семейства *Windows*, которых абсолютное большинство¹¹.

Из этого следуют два принципиальных вывода.

Во-первых, не любой хозяйствующий субъект, обладающий исключительными правами, может стать объектом антимонопольного контроля. Теоретически оправдан такой контроль только при квазимонопольном положении компании на рынке.

Во-вторых, даже при установлении квазимонопольного положения субъекта далеко не любой РИД будет рассматриваться как ограничивающий конкуренцию. Речь может идти только о случаях предоставления доступа к тому, что является фактически отраслевым стандартом. Де-факто, подобные стандартизированные протоколы могут рассматриваться как *essential facilities* — объекты или элементы инфраструктуры, доступ к которым должен быть предоставлен их владельцами любому заинтересованному лицу ввиду их особой важности для нормального функционирования товарных рынков.

11 См. п. 464 Решения Еврокомиссии.

В данном деле речь шла о лицензировании доступа к протоколам — небольшой, но абсолютно необходимой части программного кода, но никак не о самой операционной системе *Windows* (ее разновидностях или частях), которая могла бы дать возможность создать на основе этой ОС иную, независимую программную среду — конкурента. Еврокомиссия неоднократно оговаривала, что не требует доступа к коду *Windows* или передачи какого-либо программного продукта от корпорации *Microsoft* ее конкурентам.

Был применен общий для ЕС принцип, что лицо, доминирующее на рынке, не обязано предоставлять лицензии на принадлежащие ей РИД¹². Обязанность предоставить лицензию возникает в тех случаях, когда отказ в таковой конкуренту в принципе повлечет устранение конкуренции на соответствующем товарном рынке¹³.

Таким образом, данный спор, признаваемый многими аналитиками хрестоматийным, при детальном разборе не отражает концепции неограниченного антимонопольного контроля за обработкой РИД.

ВЫВОДЫ

Из вышеизложенных примеров видно, что проблема соотношения антимонопольного законодательства и права интеллектуальной собственности за рубежом отнюдь не решается путем неограниченного применения антимонопольного законодательства в сфере реализации и использования прав на РИД.

В российской экономике и правоприменительной практике проблема злоупотребления правами на РИД в целом стоит гораздо менее остро и имеет ряд существенных особенностей. В этой связи поправки в Закон о защите конкуренции, распространяющие часть антимонопольных запретов на сферу использования исключительных прав, представляются, по крайней мере, несвоевременными.

Более эффективным может оказаться точечное решение отдельных, наиболее распространенных, проблем путем выработки правил для инновационных/технологических рынков и отдельных видов РИД на основе норм Гражданского кодекса, действующих в настоящий момент.

Николай Вознесенский,
партнер юридической фирмы
Гольцблат БЛП

Александр Муравин,
юрист юридической фирмы
Гольцблат БЛП

12 См. п. 572 Решения Еврокомиссии.

13 См. п. 546 Решения Еврокомиссии.

ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЕ ЛЕГАЛЬНОЙ МОНОПОЛИЕЙ ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ КАК ПРЕДМЕТ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ*

Пункт 6 Плана мероприятий (Дорожная карта) «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденный распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р включает, в том числе, задачу по выработке и установлению на законодательном уровне правового механизма защиты интересов хозяйствующих субъектов при осуществлении действий и заключении соглашений о реализации исключительных прав, если такие действия и соглашения приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Постановка этой задачи не является сигналом к революционным новеллам в антимонопольном регулировании в масштабах мирового правопорядка как такового, а представляет собой важнейший шаг на пути соответствия отечественного антимонопольного законодательства лучшим мировым практикам.

Так, применение антимонопольного законодательства к сфере интеллектуальной собственности в зарубежной юридической науке, как европейской, так и американской, является не предметом обсуждения тенденций, а констатацией уже состоявшегося факта, о чем могут свидетельствовать, в том числе, работы Джонатана Д.С. Тернера¹, Секции конкурентного права Американской ассоциации юристов².

Данный факт объясняется наличием в развитых зарубежных странах соответствующей правоприменительной практики, а также международных

соглашений, предусматривающих возможность применения антимонопольных требований к правоотношениям в сфере интеллектуальной собственности.

Прежде всего, необходимо упомянуть Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) как части нормативно-правовой базы ВТО, к которой присоединилась Российская Федерация.

В статье 40 Соглашения по ТРИПС прямо указывается на признание странами-членами Соглашения факта, что некоторые виды лицензионной практики или условий, относящихся к правам интеллектуальной собственности, могут иметь прямую направленность на ограничение конкуренции и, как следствие, оказывать неблагоприятное воздействие на торговлю, в том числе, путем препятствования передаче и распространению технологии. При этом часть 2 указанной статьи Соглашения ТРИПС позволяет странам-членам самостоятельно закреплять в национальном законодательстве виды лицензионной практики, которые могут являться злоупотреблением правами интеллектуальной собственности и оказывать неблагоприятное воздействие на конкуренцию на соответствующем товарном рынке, и в качестве меры пресечения такой практики включать, например, требования по обратной передаче покупателем лицензии технической информации продавцу лицензии, принудительный пакет лицензионных условий.

Вступление России в ВТО дает основания для имплементации ключевых положений основополагающего Соглашения в сфере интеллектуальной собственности в нормы отечественного антимонопольного законодательства.

* Данная статья подготовлена в рамках Программы стратегического развития ФГБОУ ВПО Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

¹ Jonathan D.C. Turner. Intellectual property and EU competition law — Oxford University Press, 2010.

² ABA section of antitrust law. Intellectual property and antitrust handbook, 2007.

Вступление России в ВТО дает основания для имплементации ключевых положений основополагающего Соглашения в сфере интеллектуальной собственности в нормы отечественного антимонопольного законодательства.

Иллюстрируя лучшие мировые практики, следует остановиться на Антимонопольных разъяснениях о лицензировании интеллектуальной собственности (*Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property*), подготовленных Федеральной торговой комиссией и Департаментом юстиции США и опубликованных в 1995 году, а также Разъяснениях об использовании интеллектуальной собственности в соответствии с Антимонопольным актом (*Guidelines for the use of intellectual property under Antimonopoly Act*), подготовленных Комиссией по честной торговле Японии и опубликованных в 2007 году.

Из приведенных *guidelines* среди прочего стоит выделить следующие важные положения:

- положение правообладателя может быть признано доминирующим, если такой патент был реализован правообладателем в производстве конкретного материального товара, если такой товар уникален, не взаимозаменяем;
- в качестве товарных рынков следует рассматривать также рынки соответствующих технологий и инноваций (научно-технических разработок), возводя технологии и инновации в категорию товаров;
- лицензионные договоры, заключенные с целью скрыть картельный сговор между его участниками и содержащие положения об установлении и поддержании цены, разделе товарного рынка, должны подлежать безусловному запрету независимо от рыночной доли сторон;
- запрещены лицензионные договоры «с нагрузкой» (*tying arrangements*), то есть, например, навязывание лицензиату невыгодных условий договора — включение в лицензию не только прав использования патента, за которыми обратился лицензиат, но и нескольких иных патентов, необходимость получения прав использования которых у лицензиата отсутствует;
- запрещено установление правообладателем в лицензионных договорах требований об обратной передаче лицензиатом исключительных прав на любую технологию, полученную в результате доработки патента, являющегося объектом лицензии (*grantback*), если такие требования будут препятствовать лицензиату в осуществлении деятельности в сфере технологий и инноваций;
- запрещены «патентные пулы» (*patent pool*), то есть соглашения между правообладателями о взаимном предоставлении прав на патенты,

если в таких соглашениях определяется цена продажи участниками соглашения товаров, производимых с использованием таких патентов;

- «зоны безопасности»: возможность признания допустимости лицензионных соглашений в контексте их эффекта на конкуренцию технологий или научно-исследовательских разработок, если их условия не носят прямого антиконкурентного характера, а также если имеется еще более четырех технологий, правообладателями которых являются иные хозяйствующие субъекты, которые могут быть рассмотрены как взаимозаменяемые с учетом аналогичной цены лицензионных платежей за их использование.

Одним из концептуальных аспектов, установленных в *guidelines*, является указание на то, что положение правообладателя может быть признано доминирующим, если такой патент был реализован правообладателем в производстве конкретного материального товара, если такой товар уникален, не взаимозаменяем. При этом злоупотребление доминирующим положением может быть выражено в использовании правообладателем предоставленной возможности в одностороннем порядке влиять на общие условия обращения товаров на таком рынке, препятствовать его развитию и развитию смежных рынков.

Подобная концепция применения антимонопольных требований к действиям правообладателя действительно хорошо иллюстрируется делом Еврокомиссии против Компании *Microsoft Corporation*. Еврокомиссия признала нарушившими антимонопольные требования Римского договора действия Компании *Microsoft Corporation* по отказу в заключении лицензионного соглашения на интеллектуальные права на операционную систему (программу для ЭВМ), благодаря доступу к которой иные хозяйствующие субъекты могли бы разработать программные продукты, подходящие к системе *Windows*, и которые могли бы конкурировать с программами компании *Microsoft*.

Однако для имплементации лучших мировых практик в российское антимонопольное законодательство необходимо исключить из Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции»³ положения части 4 статьи 10, части 9 статьи 11, указав при этом, что положения данного Закона подлежат применению к отношениям по обращению товаров, произведенных с использованием исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, если соглашения (действия), связанные с использованием исключительных прав, направлены на недопущение, ограничение или устранение конкуренции при обращении соответствующих товаров.

³ Далее — Закон о защите конкуренции.

ГК РФ прямо предусматривает возможность применения антимонопольного законодательства к соглашениям в сфере интеллектуальной собственности.

Таким образом, в данном случае антимонопольные требования должны распространяться на оборот самого продукта, полученного с использованием патента или маркируемого товарным знаком, то есть на использование исключительных прав в продукте, а не на сами исключительные права.

Следует распространить эти антимонопольные требования и на соглашения о предоставлении прав использования объектов интеллектуальной собственности.

Так, например, в настоящий момент лицензионный договор в отношении товарного знака может представлять собой все виды запрещенных статьей 11 Закона о защите конкуренции соглашений, в том числе «вертикальных», влекущих «антиконкурентные последствия» и имеющих «антиконкурентные условия» (части 2, 4 статьи 11): установление цены перепродажи, обязательство не продавать товары конкурента-владельца знака, другие невыгодные условия договора (например, обязанность приобретения у правообладателя каких-либо товаров, не имеющих отношение к лицензии).

Предлагаемые изменения антимонопольного законодательства не приведут к противоречиям с Гражданским кодексом Российской Федерации⁴.

Исключительные права на данные объекты относятся к правам гражданским и в силу своих особенностей имеют комплексный характер, включая права как имущественного, так и личного неимущественного характера (например, право авторства).

Действительно, статьей 1229 ГК РФ предусмотрено, что правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Вместе с тем, статьей 10 ГК РФ предусмотрен запрет использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Данный запрет является универсальным и не содержит исключений для исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

Таким образом, в силу ГК РФ злоупотребление исключительными правами на объекты интеллектуальной собственности в целях ограничения конкуренции и злоупотребления доминирующим положением является правонарушением, и, следовательно, должно быть рассмотрено как нарушение антимонопольного законодательства.

⁴ Далее — ГК РФ.

Более того, ГК РФ прямо предусматривает возможность применения антимонопольного законодательства к соглашениям в сфере интеллектуальной собственности. В частности, статья 1033 ГК РФ прямо указывает на то, что ограничительные условия таких договоров могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству (например, обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав; обязательство пользователя реализовывать, в том числе перепродавать, произведенные и (или) закупленные товары, выполнять работы или оказывать услуги с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав по установленным правообладателем ценам).

Таким образом, Закон о защите конкуренции необходимо привести в соответствие с Гражданским кодексом.

В завершение следует отметить, что установленные антимонопольным законодательством ведущих зарубежных стран запреты на использование интеллектуальных прав в целях ограничения конкуренции не повлекли оттока инвестиций и возникновение рисков ослабления правовой охраны интеллектуальной собственности, коллизий гражданского и антимонопольного законодательства.

Следовательно, распространение антимонопольных требований на сферу исключительных прав — это тенденция, которую необходимо принять и развивать, находя баланс между необходимостью законодательного обеспечения правовой охраны объектов интеллектуальной собственности и недопустимостью злоупотребления интеллектуальными правами в целях необоснованного и недобросовестного ограничения конкуренции.

Гаврилов Д. А.,
заместитель начальника
Правового управления ФАС России,
преподаватель кафедры
конкурентного права
Московского государственного
юридического университета
им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТЬ ВВЕДЕНИЯ ИНСТИТУТА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОРГАНА

В настоящее время порядок рассмотрения антимонопольным органом дел о нарушении антимонопольного законодательства регламентирован Главой 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а также Административным регламентом Федеральной антимонопольной службы России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации¹.

Из логического анализа норм, приведенных в вышеуказанных актах, следует, что имеющаяся процедура рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства не обеспечивает должной состязательности сторон. Мы полагаем, что состязательность в рамках антимонопольных процессов позволит не только достичь полного, всестороннего, объективного и *справедливого* рассмотрения дел, но и существенно упростит работу судебных органов при оспаривании ненормативных актов антимонопольного органа.

Как известно, рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства является длительным (до 9 месяцев) и трудоемким процессом, сопряженным с необходимостью сбора и анализа большого количества доказательств. Состав доказательств формируется не только из собранных антимонопольным органом материалов (по результатам запросов информации, проверок и пр.), но и из возражений лиц, в чьих действиях усматриваются признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Вышеуказанными актами достаточно подробно регламентирована процедура возбуждения дела. В частности, оно может быть возбуждено только после получения ответственным структурным подразделением результатов внутриведомственной правовой экспертизы.

Здесь важно отметить, что процедура возбуждения дела является внутренней процедурой антимонопольного органа и не предполагает какого-либо участия хозяйствующих субъектов. Ни приказ о возбуждении дела, ни определение о его

назначении к рассмотрению по своей природе не предполагают изложения антимонопольным органом всех обстоятельств, на основании которых были сделаны выводы о наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства (достаточно указать лишь подлежащие применению нормы и в чем именно выразилось нарушение).

Вышеуказанными актами также регламентирована собственно процедура рассмотрения. На заседаниях Комиссии по рассмотрению дела, в числе прочего, исследуются доказательства, заслушиваются мнения и пояснения участвующих в нем лиц относительно представленных ими доказательств.

Единственным документом, в котором находят свое отражение мнения и пояснения лиц, участвующих в деле, является Протокол заседания Комиссии. Что касается самой Комиссии, то в рассматриваемых актах отсутствуют как обязанность Комиссии излагать свое мнение по существу фактических обстоятельств и имеющихся в деле доказательств, так и обязанность излагать свою позицию по существу дела в письменной форме (за исключением краткого изложения существа нарушения, необходимого при оформлении дела).

Таким образом, до принятия Комиссией решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства лица, в нем участвующие, фактически лишены возможности узнать позицию антимонопольного органа по существу дела, мнение относительно представленных доказательств и оценку доводов лиц, участвующих в деле. Это препятствует реализации прав последних на защиту, поскольку, не обладая аргументами антимонопольного органа, невозможно подготовить к ним свои возражения.

В этой связи представляется целесообразным введение института предварительного заключения антимонопольного органа в рамках рассмотрения дела, которое станет неким резюме, выработанным по результатам полного цикла его рассмотрения, и будет отражать позицию антимонопольного органа относительно наличия или отсутствия в рассматриваемых действиях нарушения антимонопольного законодательства. В заключении, помимо исчерпывающего описания содержания вменяемого нарушения со ссылкой на фактические

¹ Утв. Приказом ФАС России от 25.05.2012 № 339.



обстоятельства, должны быть перечислены все имеющиеся доказательства, а также доводы и пояснения участников дела.

Заключение должно быть направлено всем участникам, после чего им следует выделить время для подготовки возражений по существу содержащихся в заключении сведений. Такие возражения могут быть изложены как в письменной форме, так и озвучены устно на последующих заседаниях Комиссии. Соответственно, общий регламентный срок рассмотрения дела (включая возможность его продления) необходимо увеличить с девяти до, как минимум, двенадцати месяцев. После изучения возражений участников антимонопольный орган должен вынести окончательное решение, в котором необходимо отразить не только позицию антимонопольного органа, но и позицию всех участников дела, заявивших возражения на предварительное заключение.

Важно отметить, что на практике антимонопольный орган зачастую принимает решение на основании своей экспертной оценки, не уделяя должного внимания контраргументам лиц, в чьих действиях усматривается нарушение, последние

же узнают конкретные обстоятельства нарушения, которое, по мнению антимонопольного органа, имело место, только непосредственно из текста финального решения. Если же решение антимонопольного органа будет основываться на предварительном заключении с учетом возражений участников дела, это позитивно скажется на его взвешенности и обоснованности.

Более того, ни для кого не секрет, что арбитражные суды (в особенности суды первой инстанции) перегружены делами, возникающими из публичных правоотношений, и судьи далеко не всегда имеют возможность исследовать всю специфику конкретного дела. Разумеется, они, в первую очередь, руководствуются содержанием обжалуемого акта², в котором, как отмечалось выше, превалирует позиция антимонопольного органа.

Следовательно, если решение антимонопольного органа будет обязательно содержать не только его собственную позицию, но и возражения участников дела по существу данной позиции, то процесс проведения сравнительного анализа и оценки обоснованности решения для судей неизмеримо упростится.

² Решением антимонопольного органа.



Если решение антимонопольного органа будет обязательно содержать не только его собственную позицию, но и возражения участников дела по существу данной позиции, то процесс проведения сравнительного анализа и оценки обоснованности решения для судей неизмеримо упростится.

Очевидно, что введение института предварительного заключения способно существенно усовершенствовать исполнение государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства, поскольку, во-первых, повысится качество принимаемых Комиссией решений, а во-вторых, существенно упростится работа судов арбитражной юрисдикции.

Важно отметить, что подобный институт под названием «уведомление о претензиях» (*statement of objections*) практикуется Комиссией по конкуренции Евросоюза и предусмотрен соответствующим регламентом³. Способ использования данного института описан в уведомлении Комиссии о лучших практиках осуществления процедур касательно статей 101 и 102 Договора о функционировании Евросоюза⁴.

³ COMMISSION REGULATION (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

⁴ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU.

Уведомление о претензиях содержит предварительную позицию Комиссии: в случае выдачи предписания — содержание такого предписания, в случае наложения штрафа — указание обстоятельств, послуживших причиной его наложения, и данные, на основании которых рассчитывается размер штрафа. Также в уведомлении описываются отягчающие и смягчающие обстоятельства. Уведомление о претензиях выносится в любой момент в течение всего периода расследования антимонопольного дела до вынесения решения.

В случае получения новых доказательств, которые составят основу решения, Комиссия выносит дополнительное уведомление о претензиях.

По результатам рассмотрения уведомления о претензиях Комиссия вправе либо посчитать претензии обоснованными и вынести решение о нарушении, либо признать обоснованными только часть претензий, заявленных в Уведомлении, или же обнаружить, что претензии необоснованны, и закрыть дело.

Сергей Заграевский,
юрист, Антимонопольное бюро

РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ПРОЦЕДУРЫ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ

Важное значение для всестороннего и объективного рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства имеют процессуальные формы, опосредующие процедуру его рассмотрения. В связи с этим огромное значение приобретает вопрос о регламентации процедуры рассмотрения антимонопольного дела, которая, безусловно, должна осуществляться на уровне федерального закона.

С принятием Закона о защите конкуренции от 26.07.2006 № 135-ФЗ регламентации процедуры рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства отведена отдельная глава. Некоторые аспекты, связанные с рассмотрением таких дел, определяются Административным регламентом ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства.*

Существенные изменения в этом направлении связаны с принятием Третьего антимонопольного пакета. Стоит отметить, что действующая процедура предусматривает механизмы обеспечения условий для полного, объективного и всестороннего рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства. В частности, их возбуждение возможно лишь при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства, что проверяется, в том числе, путем проведения внутриведомственной правовой экспертизы. Эта процессуальная форма выступает в качестве правового фильтра, исключающего необоснованное возбуждение антимонопольных дел.

Для обеспечения прав лица, в отношении которого возбуждается дело о нарушении антимонопольного законодательства (ответчика), в приказе о возбуждении дела и создании комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, а также в определении о назначении его к рассмотрению в обязательном порядке должно быть указано, в чем конкретно выразилось нарушение и каким нормам антимонопольного законодательства оно противоречит.

Еще одной гарантией объективности исследования обстоятельств антимонопольного дела является комиссионный порядок его рассмотрения. При рассмотрении дела председатель комиссии руководит

Действующая процедура предусматривает механизмы обеспечения условий для полного, объективного и всестороннего рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства.

заседанием, обеспечивая условия для полного, всестороннего исследования доказательств и обстоятельств дела. Лица, участвующие в деле, с момента его возбуждения вправе:

- знакомиться со всеми материалами, делать выписки, представлять доказательства, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле;
- заявлять ходатайства, давать пояснения в письменной или устной форме комиссии, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам;
- знакомиться с ходатайствами и возражать против ходатайств, доводов других лиц, участвующих в деле.

В случае, если в ходе рассмотрения дела в действиях (бездействии) ответчика обнаружены признаки иного нарушения антимонопольного законодательства, чем нарушение, по признакам которого было возбуждено дело, комиссия вправе отложить его рассмотрение. При этом новые признаки должны быть отражены в соответствующем определении.

Комиссия принимает решение по делу после исследования и оценки доказательств и доводов по делу, изучения позиций участвующих в нем лиц, заключений и пояснений экспертов, проведения опроса лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах. В мотивировочной части решения комиссии в обязательном порядке должны содержаться:

- сведения о заявленных в ходе рассмотрения дела требованиях и возражениях, объяснениях, заявлениях и ходатайствах лиц, участвующих в деле;

* Приказ ФАС России от 25.05.2012 № 339.



- обстоятельства дела, установленные комиссией, доказательства, на которых основаны выводы комиссии об этих обстоятельствах, доводы по которым комиссия отклоняет те или иные обстоятельства;
- указание на нарушенные ответчиком по делу требования конкретных нормативных правовых актов и федеральные законы, которыми руководствуется комиссия при принятии решения.

Все вышеперечисленное свидетельствует о том, что комиссия в результате рассмотрения дела должна объективно, полно и всесторонне исследовать все обстоятельства и проанализировать все доказательства, а также доводы участников, мотивированно приняв или отклонив их.

Нарушение изложенных правил может привести к необъективности принятого решения и отмене его в суде. Поэтому, представляется, что действующее нормативно-правовое регулирование процедуры рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства содержит *достаточно* процессуальных гарантий для лиц, в отношении которых ведется производство. Эти гарантии обеспечивают реализацию процессуальных прав таких

лиц для полного и всестороннего выяснения обстоятельств дела и процессуальной защиты.

Вместе с тем, предложение о введении в процедуру рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства предварительного заключения комиссии антимонопольного органа, в котором она могла бы изложить установленные обстоятельства, свидетельствующие о правонарушении, заслуживает внимательного изучения.

По нашему мнению, подобное заключение способно повысить объективность исследования обстоятельств дела, процессуальные гарантии защиты ответчика и увеличить качество принимаемого антимонопольным органом решений. Поэтому данный вопрос должен стать предметом серьезного обсуждения в дальнейшем развитии процессуальных аспектов рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Пузыревский С. А.,
начальник Правового управления ФАС России,
к.ю.н., заведующий кафедрой
конкурентного права Университета
им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 3

№ 3(9) 2013

Мы публикуем анонсы и отчеты о семинарах и конференциях лишь в исключительных случаях, однако Первый международный семинар по электроэнергетике в Казани заслуживает особого внимания. С 1 по 3 октября этого года в Учебно-методическом центре Федеральной антимонопольной службы, расположенном в столице Республики Татарстан, прошел совместный семинар ФАС России и Венгерского регионального центра ОЭСР по конкуренции на тему «Развитие конкуренции на рынке электроэнергетики», в котором приняли участие представители антимонопольных ведомств России, Беларуси, Венгрии, Голландии, Казахстана, Киргизии, Молдовы, Таджикистана, Узбекистана, Украины, Финляндии, ОЭСР и ЕС. По итогам переговоров и с учетом успешных результатов совместной деятельности была достигнута договоренность о проведении еще одного совместного семинара двух центров. Краткий отчет об этом мероприятии, важном для развития рынка электроэнергии и мощности в нашей стране, представлен в статье **«О международном семинаре «Развитие конкуренции на рынке электроэнергетики», организованном ФАС России и ОЭСР»** заместителя руководителя ФАС России **Анатолия Николаевича Голомолзина**.

Особенности применения категорий *per se rule* и *rule of reason* в российском антимонопольном регулировании проанализированы в статье старшего партнера юридической фирмы «АЛРУД» **Василия Рудомино** и консультанта юридической фирмы «АЛРУД» **Германа Захарова** **«Распределение бремени доказывания в рамках анализа антиконкурентных ограничений»**.

Условия договоров об эксклюзивности вызывают жаркие споры в среде юристов, специализирующихся в области конкурентного права, как в нашей стране, так и за рубежом. В статьях **«Эксклюзивность в отношениях продавца и покупателя в российском антимонопольном праве»** партнер международной юридической фирмы *White&Case*, руководитель антимонопольной практики **Григорий Чернышов** и **«Об эксклюзивности вертикальных соглашений»** заместитель начальника Правового управления ФАС России, преподаватель кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) **Денис Александрович Гаврилов** вступают в полемику по этому вопросу.

Возможность адаптации института групповых исков в российской правовой системе обсуждается в статьях советника Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», члена Генерального Совета НП «Содействие развитию конкуренции» **Анны Нумеровой** **«Коллективные иски: быть или не быть»** и к.ю.н., директора Департамента управления регуляторными рисками ОАО «МТС», члена НП «Содействие развитию конкуренции» **Андрея Рего**, руководителя направления Департамента управления регуляторными рисками ОАО «МТС», члена НП «Содействие развитию конкуренции» **Сергея Войченко** **«Перспективы групповых исков в российских реалиях»**. Авторы анализируют основные положения текущей версии законопроекта «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части урегулирования порядка рассмотрения дел о защите прав и законных интересов группы лиц), выделяют наиболее серьезные риски и предлагают способы их минимизации.

О МЕЖДУНАРОДНОМ СЕМИНАРЕ «РАЗВИТИЕ КОНКУРЕНЦИИ НА РЫНКЕ ЭЛЕКТРОЭНЕРГЕТИКИ», ОРГАНИЗОВАННОМ ФАС РОССИИ И ОЭСР

С 1 по 3 октября в Учебно-методическом центре Федеральной антимонопольной службы, расположенном в г. Казани, прошел совместный семинар ФАС России и Венгерского регионального центра ОЭСР по конкуренции на тему: «Развитие конкуренции на рынке электроэнергетики».



В семинаре приняли участие представители антимонопольных ведомств Беларуси, Венгрии, Голландии, Казахстана, Киргизии, Молдовы, России, Таджикистана, Узбекистана, Украины, Финляндии, ОЭСР и ЕС, а также представители центрального аппарата ФАС России и Московского, Марийского, Самарского, Саратовского, Татарстанского, Чувашского территориальных управлений ФАС России.

На открытии международного семинара с приветственным словом выступили заместитель руководителя ФАС России **Анатолий Голомолзин** и вице-президент Венгерского агентства по конкуренции **Золтан Хорват**.

ДЛЯ СПРАВКИ

Сотрудничество между российским и венгерским конкурентными ведомствами осуществляется с 1992 г. на основании Соглашения о сотрудничестве в области конкурентной политики между Федеральной антимонопольной службой (Российская Федерация) и Венгерским конкурентным ведомством. Соглашение неоднократно пролонгировалось и дополнялось.

В своем обращении к участникам **Анатолий Голомолзин** подчеркнул, что «для нас важно оценить опыт проведения реформ в электроэнергетике и понять, насколько эффективными оказываются методы антимонопольного воздействия. Речь идет как о формировании торговых площадок на оптовых энергетических рынках, так и о проведении процессов реструктуризации», и продолжил: «В России представители антимонопольного ведомства также входят в состав правления тарифных регуляторов. В ряде стран антимонопольный орган совмещает антимонопольное регулирование рынка с регулированием тарифов. Как отмечалось на совещаниях ОЭСР, это совмещение является наиболее эффективным... Наша задача на сегодняшний день — создать конкурентный оптовый рынок электрической энергии и соответствующую коммерческую инфраструктуру. Необходимо также сформировать предпосылки для появления новых участников на рынке. В России для этого уже разработаны и применяются правила оптового и розничного рынков, а также правила недискриминационного доступа на рынок электроэнергетики»¹.

¹ Пресс-релиз от 2 октября 2013 года: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_34788.html.

СОБЫТИЯ



О проблемах соблюдения законодательства о конкуренции на рынках электроэнергетики стран ОЭСР рассказала старший эксперт по вопросам конкуренции ОЭСР **Сабина Цигелски**. В начале доклада Сабина Цигелски выделила общие черты и характеристики рынков электроэнергии и акцентировала внимание экспертов на ситуации, которая сложилась в России: «Многое уже сделано — создан оптовый рынок электроэнергии на условиях спот, завершилось формирование механизма отбора мощностей, покрывающих большую часть Европейской территории России, Урала и Сибири, и т.д. Однако останавливаться на достигнутом пока рано, поскольку рынок очень динамичен». «Для более полного и всестороннего контроля за развитием рынка требуется международное сотрудничество между антимонопольными органами. Наша задача — сделать так, чтобы решения антимонопольных органов способствовали конкуренции и защищали интересы игроков на рынке», — резюмировала Сабина Цигелски.

Обширный доклад с обзором рынка электроэнергетики ЕС презентовала **Ракель Таррега**, представитель Генерального Директората по вопросам конкуренции Еврокомиссии. Она информировала участников семинара о трех пакетах либерализации рынка электроэнергетики, о их влиянии на рынок, а также о нарушениях конкурентного

законодательства. По словам Ракель Таррега, «рынки электроэнергии чувствительны к степени проявления рыночной власти, поэтому обеспечение конкуренции — ключ к выгодам для потребителя».

Далее с докладом «Рынок электроэнергии и мощности в России. Антимонопольное регулирование и контроль в сфере электроэнергетики» выступил заместитель руководителя ФАС России **Анатолий Голомолзин**. В своей речи он рассмотрел историю развития рынка электроэнергии и мощности в России с 2001 года и описал современную ситуацию в данном сегменте: «Конкурентные отношения на рынке электроэнергии и мощности существуют в большинстве субъектов Российской Федерации. Рынок разделен на две ценовые зоны. Первая ценовая зона включает в себя Европейскую часть России до Урала, вторая ценовая зона — Сибирские регионы».

Заместитель руководителя ФАС России также подчеркнул, что «основная цель реформирования — повышение эффективности предприятий отрасли, создание условий для ее развития на основе стимулирования инвестиций, обеспечение надежного и бесперебойного энергоснабжения потребителей». «Важно достичь баланса интересов между поставщиками и потребителями электроэнергии. Для этих целей, наряду с созданием структурных предпосылок, функционирует хорошо организованная



коммерческая инфраструктура рынка электроэнергии (мощности)», — резюмировал докладчик.

В выступлении были также затронуты вопросы контроля и мониторинга рынка электроэнергии и мощности, который, помимо ФАС России, осуществляют НП «Совет рынка», ФСТ и Минэнерго (каждый в пределах своей компетенции). Кроме того существует конфликтная комиссия Совета Рынка, которая рассматривает в досудебном порядке спорные ситуации на оптовом рынке. «К сожалению, электроэнергетика остается нарушителем антимонопольного законодательства в России номер один, но число рассмотренных дел о таких нарушениях с каждым годом снижается, в том числе, и благодаря такому институту антимонопольного воздействия, как предупреждения, который был введен с 2012 года. Возбуждение дела — это трудоемкий процесс, требующий времени, а учитывая, что решения ФАС России зачастую обжалуются в суде, все это трансформируется в вопрос многих месяцев, а иногда и лет. Система предупреждений позволяет нам не только сократить количество дел, но, и это самое важное, дает возможность исправлять ситуацию на рынке в максимально сжатые сроки», — пояснил Анатолий Голомолзин.

Рынок электроэнергии стран Северной Европы проанализировал в своем докладе старший

ДЛЯ СПРАВКИ

Интеллектуальная сеть — это электрическая сеть, которая с низкими затратами может интегрировать поведение и действия всех потребителей с тем, чтобы сформировать экономически эффективную систему обеспечения энергией при низких затратах, высоком качестве и надежности поставок и обеспечении их безопасности.

инспектор по расследованиям Агентства по вопросам конкуренции и делам потребителей Финляндии **Олли Кауппи**.

В рамках круглого стола прошло обсуждение мер борьбы с нарушениями условий конкуренции на рынках электроэнергии. С докладами выступили представители Европейской комиссии. **Кароли Наги** осветил тему рыночной силы и злоупотребления доминирующим положением на рынках электроэнергии, **Ракель Гаррега** рассказала о мерах по борьбе с нарушениями условий конкуренции на рынках электроэнергии. Особое внимание она уделила мерам по устранению последствий слияний и поглощений, их обоснованности и сложности. «Принимаемые меры призваны полностью устранить проблему нарушения условий конкуренции, однако должны быть пропорциональны ее сложности. Они должны быть нацелены на будущее, и их воздействие на условия конкуренции зависит от того, как они

СОБЫТИЯ



будут применяться и от ситуации на рынке», — подчеркнула представитель Генерального Директората по вопросам конкуренции Еврокомиссии. В завершении своего выступления она отметила: «Действенность и эффективность обязательств остается главным приоритетом политики Комиссии в отношении мер по борьбе с нарушениями условий конкуренции»².

С докладом на тему «Подходы к регулированию рынка электроэнергии в Голландии» выступила представитель конкурентного ведомства Голландии **Дэбби ван дер Плуийм**. «Наша цель — содействовать расширению выбора и возможностей для компаний и потребителей», — заявила она в своей речи.

Дэбби ван дер Плуийм поделилась с участниками семинара опытом Голландского конкурентного ведомства в области регулирования ценообразования и установления тарифов на передачу электроэнергии. Она также отметила тот факт, что Агентство по вопросам потребителей и рынков Голландии совмещает функции по защите конкуренции, регулированию тарифов и защите прав потребителей. Тарифы устанавливаются в сферах электроэнергетики, газа, телекоммуникаций, почты и транспорта. Ведомство применяет

² Пресс-релиз от 2 октября 2013 года: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_34791.html.

современные методы установления тарифов на основе анализа рынков. Так, метод тарификации сопоставимых рынков в электроэнергетике действует уже с 2001 года. «Результатом регулирования тарифов стало снижение розничных цен, — резюмировала она. — При этом качество поставляемой продукции остается высоким».

В докладе представителя конкурентного ведомства Молдавии **Думитру Гирдеа** обсуждались вопросы ограничения конкуренции на рынках приборов учета, выявленные в действиях электросетевой компании.

Выступление заместителя начальника Управления контроля электроэнергетики ФАС России **Дмитрия Васильева** было посвящено манипулированию ценами на рынках электрической энергии. Докладчик рассказал о структуре, функционировании и особенностях оптового рынка электрической энергии и мощности в России. «Электрическая энергия обладает особенностями, обусловленными ее физическими свойствами, которые необходимо учитывать при организации рынка. Торговля электрической энергией в России осуществляется на основе регулируемых и свободных договоров, рынка на сутки вперед, а также балансирующего рынка», — отметил Дмитрий Васильев, затем он подробно разъяснил каждый из перечисленных принципов,



а также рассмотрел основы торговли электрической мощностью³.

Автор доклада не оставил без внимания и такой важный вопрос, как ценообразование на рынке электрической энергии и мощности. «Цена на электроэнергию не должна быть слишком высокой или слишком низкой — и то, и другое является нарушением антимонопольного законодательства. Цена должна складываться из конкурентных рыночных отношений и отражать баланс спроса и предложения», — подчеркнул представитель ФАС России.

В завершение своего выступления Дмитрий Васильев рассказал о полномочиях ФАС России на рынках электрической энергии и мощности, поделился опытом антимонопольного ведомства в расследовании нарушений конкурентного законодательства в части манипулирования ценами на рынках электрической энергии, привел наиболее яркие примеры рассмотренных дел. Доклад вызвал большой интерес у экспертного сообщества и положил начало широкой дискуссии о взглядах различных государств на принципы рыночных отношений в электроэнергетике.

Обзор дела по злоупотреблению доминирующим положением электросетевой организацией на рынке строительно-монтажных работ, сопряженном

³ Пресс-релиз от 4 октября 2013 года: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_34800.html.

с рынком услуг по передаче электроэнергии, представил заместитель руководителя Второго Директората запросов и расследований, начальник отдела рынков нефти и нефтепродуктов Антимонопольного комитета Украины **Владислав Дугка**.

Габор Жабо, представитель Венгерского агентства по конкуренции, продемонстрировал пример делящегося несколько лет дела в отношении венгерского оператора системы по передаче электроэнергии.

С докладом на тему «Конкуренция и развитие энергетической системы на рынке электроэнергии в Голландии» выступил **Эдвин Эделенбос**, представитель конкурентного ведомства Голландии. Рынок оптовых продаж электроэнергии в Голландии является свободным. Конкуренция на рынке определяется в соответствии с общим Законом о конкуренции, однако перед регулятором стоят некоторые специфические для этого сектора экономики задачи, такие как содействие региональной интеграции рынка, мониторинг ситуации на рынке и обеспечение прозрачности отношений.

Что касается розничной торговли, то в Голландии сейчас работает более 40 поставщиков электроэнергии. После либерализации рынка ни одна из вновь появившихся компаний пока еще не получила существенной доли на рынке. Большое внимание в стране уделяют интеллектуальным



ВАЖНО

В рамках совместного семинара ФАС России и Венгерского регионального центра ОЭСР по конкуренции в Учебно-методическом центре ФАС России, расположенном в г. Казани, состоялась встреча заместителя Руководителя Федеральной антимонопольной службы (ФАС России) Анатолия Голомолзина с г-ном Золтаном Хорватом, вице-президентом Регионального Центра по конкуренции ОЭСР-Венгрия (РЦК) и г-жой Сабиной Зигельски, старшим экспертом по вопросам конкуренции ОЭСР.

Участники встречи поделились последними новостями и рассказали о событиях, происходящих в КВ Венгрии, РЦК и в ФАС России. На встрече обсуждались перспективы взаимодействия между ФАС России и Будапештским центром по конкуренции ОЭСР*.

По итогам переговоров и с учетом успешных результатов совместной деятельности была достигнута договоренность о проведении еще одного совместного семинара двух центров. В ближайшее время стороны готовы уточнить тему и время следующего заседания. В качестве одной из наиболее актуальных тем предложена тема анализа рынков.

* Пресс-релиз от 4 октября 2013 года: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_34799.html.

сетям. «Интеллектуальные сети энергоснабжения являются ключевым элементом системы, позволяющим собрать воедино интересы и ожидания всех участников рынка», — подчеркнул Эдвин Эделенбос.

Стандарты рационального использования природных ресурсов идут рука об руку с другими

условиями, характерными для этой системы. В то же время доступность и надежность поставок представляют собой важные цели, стоящие перед энергетическим сектором экономики Голландии. «Регулирование рынка призвано способствовать развитию системы в желаемом направлении и не должно стимулировать принятие специальных решений», — добавил Эдвин Эделенбос.

Заместитель руководителя ФАС России Анатолий Голомолзин подвел итоги трехдневного семинара: «Приятно, что, несмотря на различие стран и экономик, все мы имеем примерно одинаковый взгляд на перспективы развития конкуренции. Несомненно, конкуренция выгодна потребителям, а решение тех задач, которые мы перед собой ставим, непременно станет способствовать ее развитию. Мы все получили много полезной информации и сделаем все возможное, чтобы продолжить общение на заданном уровне. Отдельное спасибо всем участникам за теплую и приятную атмосферу — это то, что отличало наш семинар».

Голомолзин А. Н.,
заместитель руководителя
ФАС России

РАСПРЕДЕЛЕНИЕ БРЕМЕНИ ДОКАЗЫВАНИЯ В РАМКАХ АНАЛИЗА АНТИКОНКУРЕНТНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ

Распределение бремени доказывания по делам о нарушении антимонопольного законодательства является важным институтом системы антимонопольного процесса и инструментом для оценки хозяйствующим субъектом своей деятельности на предмет соответствия конкурентному законодательству.

Распределение бремени доказывания выполняет следующие процессуальные функции: устанавливает, кто должен представить доказательства подтверждения юридических фактов, и определяет, в чью пользу будет сделан вывод об установлении юридического факта, если сторона, на которой лежит бремя доказывания, не представит соответствующие доказательства.

В антимонопольном законодательстве распределение бремени доказывания имеет свои особенности. Так, при доказывании наличия совершения правонарушений, установленных в статье 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹, в отношении запрета на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов законодатель использовал специальные инструменты — аксиомы и презумпции.

Категории *per se rule* и *rule of reason*. Преимущества и недостатки

В отечественной литературе по антимонопольному праву для описания данных конструкций активно применяются институты англо-саксонской правовой системы *per se rule* и *rule of reason*. Правило *per se* подразумевает, что при квалификации нарушения, в описании которого используется данная конструкция, не требуется доказывать последствия совершенных действий в виде ограничения конкуренции либо возможность наступления таких последствий.

Правило *per se* появилось в качестве средства административной (судебной) экономии. Как отмечают ученые, в связи с тем, что отдельные действия всегда приводят к ограничению конкуренции, нет необходимости тратить административные ресурсы

¹ Далее — Закон о защите конкуренции.

ВАЖНО

Использование категорий *per se rule* и *rule of reason* имеет как положительные, так и отрицательные стороны. Безусловно, с одной стороны, применение иностранных категорий может привести к смешению понятий, приданию действующим правовым институтам несвойственных им значений, функций и характеристик. С другой, с учетом того, что антимонопольное регулирование в США считается одним из наиболее развитых, допустимо предположить, что заимствование передовых концепций будет способствовать более активному развитию российского антимонопольного законодательства. Вместе с тем, авторы придерживаются мнения, что по мере развития российской антимонопольной доктрины указанные категории англо-саксонской правовой системы будут заменены более точными отечественными инструментами.

на доказывание неблагоприятных последствий — достаточно лишь установить сами действия². Например, соглашение между конкурентами о повышении цен ведет к сокращению спроса на товары (либо к ограничению производства) и, как следствие, к снижению благополучия потребителей, которые получают меньшее количество товаров по более высоким ценам.

Если в составе правонарушения используется правило *per se*, то для квалификации нарушения достаточно установить факт заключения соглашения между конкурентами о повышении цен, при этом доказывать последствия такого соглашения не требуется. По своей природе правило *per se* является правовой аксиомой.

² «Иными словами, запреты *per se* — это, по сути, набор наиболее антиконкурентных условий, в отношении которых заранее известно, что они приведут к неблагоприятным последствиям для конкуренции вне зависимости от каких-либо рыночных обстоятельств и даже возможного видимого положительного эффекта. Именно поэтому они не могут быть признаны допустимыми как ограничительные условия, подпадающие под другую категорию» (Антимонопольное законодательство: очередной этап реформы / А.В. Егоров, Е.А. Полякова, Е.С. Хохлов; под общ. ред. Е.С. Хохлова. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 28).

Если действия, приводящие к ограничению конкуренции, содержат значительную общественную опасность, то запреты *per se* могут использоваться в качестве преюдициальной основы для дальнейшего уголовного преследования.

Если действия, приводящие к ограничению конкуренции, содержат значительную общественную опасность, то запреты *per se* могут использоваться в качестве преюдициальной основы для дальнейшего уголовного преследования. Таким образом, в рамках административного производства осуществляется анализ действий на предмет соответствия запретам *per se*, а в рамках уголовного процесса, в том числе, оценивается и степень их общественной опасности.

Вместе с тем, антимонопольные запреты, как правило, формулируются достаточно широко и зачастую охватывают большой набор бизнес-практик, которые имеют в своей основе рациональное экономическое обоснование. Абсолютный запрет в отношении таких практик привел бы к чрезмерному ограничению свободы предпринимательской деятельности. Однако слишком узкое определение антимонопольных запретов не позволит преследовать бизнес-практики, которые негативно влияют на конкурентную среду. Таким образом, законодатель определил подход, при котором, несмотря на формальное совпадение деятельности хозяйствующего субъекта с описываемыми признаками состава нарушения, необходимо также установить последствия в виде ограничения конкуренции (либо возможность наступления таких последствий).

Следовательно, *rule of reason* («правило разумности») используется для того, чтобы показать, что необходим анализ последствий совершаемых действий. «Правило разумности» применяется в форме правовых презумпций.

Использование в законодательстве правила *per se* имеет ряд преимуществ.

Более рациональное использование административного ресурса. Отсутствует необходимость в обширном применении сложного экономического анализа последствий поведения хозяйствующих субъектов на товарном рынке (который не всегда просто выполнить в силу различных обстоятельств). Административное производство становится более оперативным.

Правовая определенность. Исчерпывающий перечень запретов *per se* позволяет внести элемент правовой определенности — хозяйствующие субъекты четко знают, какие действия будут расценены как нарушение законодательства о защите конкуренции. Поскольку данные нормы являются наиболее ясными, антимонопольный орган применяет их более жестко и таким образом посылает четкий сигнал другим хозяйствующим субъектам

воздержаться от нарушения законодательства. При проведении внутренних проверок на предмет соблюдения антимонопольного законодательства (антимонопольного аудита) компании также будут располагать более объективной информацией о квалификации выявленного нарушения и смогут прогнозировать дальнейшие действия на ее основе. Кроме того, уменьшается возможность административного (судебного) усмотрения и предвзятого (необъективного) отношения к тому или иному участнику процесса и его аргументам.

Снижение издержек соблюдения антимонопольного законодательства. Нормы закона, имеющие правовую неопределенность и ставящие результат в зависимость от практически открытого перечня обстоятельств, несут повышенные информационные издержки по сравнению с простыми законодательными запретами. Компании вынуждены тратить значительные ресурсы (на проведение усложненных *compliance*-процедур, получение правовых заключений, подготовку экономических экспертиз). Издержки оказываются особенно высокими, когда бремя доказывания того, что осуществляемая деятельность соответствует закону, лежит на компании. Например, применительно к вертикальным отношениям максимальные издержки компании будут нести в случае установления минимальной цены перепродажи товара. И, наоборот, при заключении договора франчайзинга (как допустимого *per se*) компании станут нести минимальные издержки, связанные с соблюдением действующего законодательства.

Стабильность. Правило *per se* обеспечивает большую правовую стабильность, которая необходима хозяйствующим субъектам. Слишком частое изменение моделей допустимого поведения требует от хозяйствующих субъектов вносить постоянные коррективы в их текущую деятельность и не способствует долгосрочному планированию.

Несмотря на вышеперечисленные преимущества применения правила *per se*, правило разумности (*rule of reason*) также имеет свои рациональные основы.

Индивидуальный подход. Антимонопольный орган и суд должны анализировать не только сами действия, но и то, какое негативное (позитивное) влияние они оказали (могли оказать) на товарный рынок. Совсем необязательно, что действия, которые выглядят неразумными и ограничительными с точки зрения формального подхода, в конечном

***Rule of reason* («правило разумности») используется для того, чтобы показать, что необходим анализ последствий совершаемых действий. «Правило разумности» применяется в форме правовых презумпций.**

Первоначальная редакция Закона о защите конкуренции не устанавливала различия в запрете *per se* по отношению к горизонтальным и вертикальным соглашениям. Текущая редакция Закона о защите конкуренции не устанавливает запретов *per se* в отношении вертикальных соглашений.

итоге приведут (или могут привести) к ограничению конкуренции. Наоборот, такие действия могут быть обусловлены более эффективным использованием имеющихся экономических ресурсов и усиливать конкуренцию на товарном рынке. Например, эксклюзивное соглашение может использоваться в качестве барьера доступа на товарный рынок (барьера для дальнейшей экспансии) либо иметь экономическое обоснование для решения «проблемы безбилетника» со стороны конкурирующего хозяйствующего субъекта. В обоих случаях применение одной и той же договорной конструкции способно повлечь противоположные последствия для товарного рынка в виде ограничения конкуренции или усиления конкурентной борьбы. Таким образом, если бы в отношении соглашения об эксклюзивности использовалось правило *per se*, то даже проконкурентные действия могли бы быть признаны незаконными.

Способствование экономической эффективности. Компании могут более эффективно использовать имеющиеся ресурсы в конкурентной борьбе. *Rule of reason* способствует развитию свободы экономической деятельности.

Снижение издержек формулирования четких правил *per se* в отношении всех возможных нарушений. Как отмечают *Isaac Ehrlich* и *Richard Posner*, неустраняемая неясность языка, а также ограниченность человеческого предвидения и знаний снижают практическую способность законодателя сформулировать перечень точных и исчерпывающих обстоятельств, которые должны сформировать общий стандарт. Таким образом, на практике данный стандарт неизбежно будет как включать в себя избыточные нормы, так и упускать отдельные нормы из виду³.

Стандарты доказывания в российском законодательстве

Рассмотрим, каким образом конструкции правила *per se* и *rule of reason* используются в отношении составов антиконкурентных соглашений, предусмотренных статьей 11 Закона о защите конкуренции.

В части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции установлена аксиома наличия антиконкурентного эффекта картельного соглашения. «Признаются картелем и запрещаются соглашения между

хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести» к одному из пяти последствий, указанных в данной норме. Законодательство о защите конкуренции не устанавливает оснований для признания таких соглашений допустимыми. Антимонопольному органу и судам для выявления факта нарушения необходимо установить:

- факт заключения соглашения;
- специальный субъектный состав: участниками соглашения должны быть конкуренты;
- одно из последствий (например, сокращение или прекращение производства товара);
- причинную связь между заключенным соглашением и соответствующим последствием (либо возможностью возникновения такого последствия).

Несмотря на то, что хозяйствующий субъект не способен доказать допустимость картельного соглашения, одним из аргументов защиты может стать правильность квалификации действий как картельного соглашения. Например, горизонтальные кооперативные соглашения, которые внешне схожи с картельными соглашениями, имеют проконкурентное обоснование и могут оцениваться по правилам части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции⁴.

Первоначальная редакция Закона о защите конкуренции не устанавливала различия в запрете *per se* по отношению к горизонтальным и вертикальным соглашениям. Текущая редакция Закона о защите конкуренции не устанавливает запретов *per se* в отношении вертикальных соглашений⁵. Вместе с тем, действующее законодательство определяет соглашения, которые признаются допустимыми *per se*.

В части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции в отношении отдельных вертикальных ограничений установлена презумпция наличия антиконкурентного эффекта, то есть для выявления нарушения данной нормы антимонопольному органу и судам достаточно установить:

- факт заключения соглашения;
- специальный субъектный состав: хозяйствующие субъекты, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар (п. 19 ст. 4 Закона о защите конкуренции), и при этом доля хотя бы одного из хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке превышает 20% (ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции);

⁴ Более подробно о горизонтальных кооперативных соглашениях см., например, Хохлов Е. Правовое регулирование горизонтальных кооперативных соглашений в конкурентном праве ЕС // Конкурентное право. 2012. № 3; Richard Whish and David Bailey. *Competition Law*, 7th ed. Oxford University Press. P. 586–591.

⁵ Иная точка зрения см.: Дианов, В., Егорюшкин А., Хохлов Е. Комментарий к Третьему антимонопольному пакету. М.: Статут, 2012. С. 53–55.

³ Isaac Ehrlich and Richard Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. Legal Stud. 257, 268 (1974).

В целом, следует отметить общую тенденцию развития антимонопольного законодательства (как отечественного, так американского и европейского) от запретов *per se* к правилу разумности.

- одно из последствий (например, установление цены перепродажи товара);
- причинную связь между заключенным соглашением и соответствующим последствием (либо возможностью возникновения такого последствия).

Вместе с тем, хозяйствующий субъект вправе представить доказательства того, что заключенные им соглашения могут быть признаны допустимыми в соответствии со статьей 12 или частью 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции. Таким образом, запреты, установленные в части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции, не являются безусловными.

Третьим антимонопольным пакетом максимальной цена перепродажи товара была исключена из запретов, предусмотренных частью 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции. На практике и в отдельных комментариях указывается, что установление максимальной цены перепродажи товара является допустимым действием. Например, в Письме ФАС России от 27.12.2011 № ИА/48801 «О применении Третьего антимонопольного пакета» отмечается: «Так, пункт 1 части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции, запрещающий «вертикальные» соглашения, приводящие (способные привести) к установлению цены перепродажи товара, устанавливает, что такой запрет не применяется к соглашениям, по которым продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара. Таким образом, «вертикальные» соглашения, по которым продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара, не противоречат антимонопольному законодательству».

Вместе с тем, было бы неправильным считать, что установление максимальной цены перепродажи товара исключено из списка антиконкурентных запретов совсем. В данном случае произошел перенос бремени доказывания. Установление максимальной цены может быть признано нарушением части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, но при этом антимонопольному органу необходимо доказать, что такие действия приводят или могут привести к ограничению конкуренции. Получается, что в отношении установления максимальной цены перепродажи товара отсутствует презумпция антиконкурентного эффекта (данная конструкция будет рассмотрена ниже).

Согласно части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, «запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением вертикальных соглашений, которые признаются

допустимыми в соответствии со ст. 12 Закона о защите конкуренции), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции». Необходимо обратить внимание, что указанная норма распространяется как на иные горизонтальные («некартельные») соглашения, так и на иные (по отношению к ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции) вертикальные соглашения.

В данной норме сформулирована максимально благоприятная конструкция правила разумности (*rule of reason*) — отсутствие презумпции антиконкурентного эффекта. Таким образом, антимонопольный орган должен доказать, что заключенное соглашение приводит или может привести к ограничению конкуренции и при этом хозяйствующий субъект может представлять свои доказательства допустимости заключенного соглашения (в соответствии со ст. 12 и ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции).

В целом, следует отметить общую тенденцию развития антимонопольного законодательства (как отечественного, так американского и европейского) от запретов *per se* к правилу разумности⁶.

Кроме того, важно понимать, что с точки зрения экономической теории разница в тяжести вертикальных ограничений и их влиянии на благосостояние потребителя отсутствует⁷. То есть нельзя утверждать, что установление цены перепродажи товара является более серьезным ограничением (с распределением бремени доказывания допустимости такого ограничения на стороны соглашения), чем раздел товарного рынка по территории между дистрибьюторами (где бремя доказывания нарушения конкуренции лежит на антимонопольном органе).

Следовательно, именно с экономической точки зрения отсутствует необходимость в формировании различных юридических подходов к регулированию антиконкурентных ограничений. Вместе с тем, использование различных правовых подходов позволяет быть более гибким при администрировании антимонопольного законодательства.

Василий Рудомино,
старший партнер юридической фирмы «АЛРУД»

Герман Захаров,
консультант юридической фирмы «АЛРУД»

⁶ См. например: Antitrust Law and Economics in a Nutshell. 5th Edition. E. Gellenhorn, W. Kovacic, S. Calkins. Thomson West. 2004. Pp. 200 и далее.

⁷ См.: Massimo Motta. Competition policy: theory and practice. Cambridge University Press. 2009. P. 377.

ЭКСКЛЮЗИВНОСТЬ В ОТНОШЕНИЯХ ПРОДАВЦА И ПОКУПАТЕЛЯ В РОССИЙСКОМ АНТИМОНОПОЛЬНОМ ПРАВЕ

Условия договоров об эксклюзивности вызывают жаркие споры не только у нас, но и в антимонопольном праве зарубежных стран: являются ли такие условия нарушением антимонопольного законодательства и почему? В каких случаях антимонопольное право должно обращать внимание на такие условия? Основываясь на анализе норм российского антимонопольного права, мы попытались ответить на поставленные вопросы.

Эксклюзивность может быть **полная**, тогда продавец обязан продавать определенному покупателю весь свой товар, а покупатель в договоре с эксклюзивностью продавца обязан приобретать все необходимые ему товары только у данного продавца.

Эксклюзивность может быть **частичная**, когда у покупателя возникает право купить товар у другого поставщика, а у продавца — продать товар другому покупателю при достижении определенных объемов покупки у данного поставщика или продажи данному покупателю. Условия об эксклюзивности могут сопровождаться другими условиями, например, о продаже товара на определенной территории и т.д., которые мы не анализируем.

В статье рассматриваются вопросы регулирования действующим антимонопольным законодательством отмеченных видов эксклюзивности.

Полная эксклюзивность продавца. Право продавца требовать, чтобы покупатель приобретал весь необходимый ему товар только у данного продавца существенно ограничено действующим антимонопольным законодательством. Часть 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции запрещает покупателю принимать на себя обязательство

До 16 июля 2014 года (период действия Общих исключений) полная эксклюзивность продавца запрещена даже в тех случаях, когда покупатель приобретает товар для собственных нужд.

ВАЖНО

Под эксклюзивностью мы будем понимать обязанность продавца продать товар только определенному покупателю (этот вид эксклюзивности назовем **эксклюзивностью покупателя**) либо обязанность покупателя приобрести товар только у определенного поставщика (**эксклюзивность продавца**). Обязанность продавца продать товар корреспондирует право покупателя требовать, чтобы продавец реализовывал такие же или взаимозаменяемые товары только данному покупателю и воздерживался от продажи этих товаров другим. Равным образом обязанности покупателя по договору при эксклюзивности продавца корреспондирует право продавца требовать, чтобы покупатель приобретал нужный ему товар только у него и воздерживался от приобретения таких либо взаимозаменяемых товаров у других.

не продавать товар конкурентов продавца. Если товар приобретается у данного поставщика не для собственных нужд, а для последующей перепродажи, то полная эксклюзивность продавца вступает в противоречие с частью 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

В силу статьи 12 Закона о защите конкуренции полная эксклюзивность продавца допустима только в том случае, если доля покупателя или продавца на любом товарном рынке не превышает 20%.

Общие исключения в отношении соглашений между покупателями и продавцами, утвержденные Постановлением Правительства РФ № 583 от 16.07.2009 года¹, идут еще дальше, запрещая покупателю принимать обязательства не только продавать взаимозаменяемые товары, но также приобретать и производить их.

¹ Далее — Общие исключения.



Таким образом, Общие исключения запрещают полную эксклюзивность продавца не только в тех случаях, когда покупатель приобретает товар у данного продавца для перепродажи, но во всех случаях покупки товара. Учитывая, что в соответствии с подпунктом 2 части 2 статьи 13 Закона о защите конкуренции Общие исключения, утверждаемые Правительством РФ, могут предусматривать также условия, которые не будут считаться допустимыми, следует заключить, что до 16 июля 2014 года (период действия Общих исключений) полная эксклюзивность продавца запрещена даже в тех случаях, когда покупатель приобретает товар для собственных нужд.

Полная эксклюзивность покупателя. Право покупателя потребовать, чтобы продавец не реализовывал свой товар другим покупателям, не запрещено действующим антимонопольным законодательством безусловно. Такие соглашения будут вступать в противоречие с действующим законодательством только в том случае, если ФАС России установит, что они привели или могли привести к ограничению конкуренции. При этом если доля продавца и покупателя на любом товарном рынке не превышает 20%, то полная эксклюзивность покупателя будет являться безусловно допустимой в силу статьи 12 Закона о защите конкуренции.

Из Общих исключений также следует, что если доля продавца и покупателя не превышает 35% на рынке данного товара, то условие о полной эксклюзивности покупателя допустимо всех случаях.

В отличие от статьи 12 Закона о защите конкуренции, Общие исключения устанавливают правило о допустимости соглашений в том случае, если доля продавца и покупателя на рынке данного товара не превышает 35%. Закон же о защите конкуренции в статье 12 допускает вертикальные соглашения только при условии, что доля покупателя и продавца на любом товарном рынке не превышает 20%.

С учетом этого, если доля покупателя или продавца на рынке любого товара превышает 20%, но на рынке товара, являющегося предметом соглашения, доля продавца и покупателя не превышает 35%, то условие о полной эксклюзивности покупателя

Учитывая, что подпункт 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции в числе признаков ограничения конкуренции предусматривает отказ хозяйствующих субъектов от самостоятельных действий на рынке, ФАС России может объявить незаконным практически любой договор, содержащий условие об эксклюзивности.



будет являться законным, только если выполняются иные условия допустимости вертикальных соглашений, установленные Общими исключениями. Если же доля покупателя и продавца на любом товарном рынке не превышает 20%, то условие о полной эксклюзивности покупателя будет законным в любом случае.

Частичная эксклюзивность продавца. Право продавца требовать, чтобы покупатель приобрел у него определенный объем товара не запрещена действующим антимонопольным законодательством безусловно.

Более того, если доля продавца и покупателя на рынке данного товара не превышает 35% и соглашение не предусматривает обязанность покупателя купить у данного продавца более 50% от потребности покупателя, то условие о частичной эксклюзивности продавца в соответствии с Общими исключениями будет законным во всех случаях.

Условия же договора об обязанности покупателя приобрести у данного продавца более 50% от потребности покупателя будет законным только при соблюдении условий, указанных в подпункте «д» части 2 Общих исключений.

Частичная эксклюзивность покупателя. Право покупателя требовать, чтобы продавец продал

ему определенный объем товара, не запрещено действующим антимонопольным законодательством безусловно. Соответственно этому, такое условие будет законным во всех случаях, подпадающих под действие Общих исключений либо статьи 12 Закона о защите конкуренции.

Во всех иных случаях, не охваченных статьей 12 Закона о защите конкуренции либо Общими исключениями, условие о частичной эксклюзивности будет не соответствовать действующему антимонопольному законодательству только в случаях, указанных в части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, а именно если ФАС России установит, что соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Описанное выше регулирование дает основание для следующих выводов.

Во-первых, эксклюзивность может оказаться запрещенной нашим законодательством также и в тех случаях, когда ни продавец, ни покупатель не доминируют на рынке². Если ФАС России придет к выводу, что соглашение между покупателем и продавцом, содержащее условие об эксклюзивности, ограничивает или может ограничить конкуренцию на рынке, такое соглашение будет являться

² Здесь и далее будут рассматриваться лишь случаи, когда эксклюзивность прямо не разрешена действующим законодательством.



незаконным в силу части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Учитывая, что подпункт 17 статьи 4 Закона о защите конкуренции в числе признаков ограничения конкуренции предусматривает отказ хозяйствующих субъектов от самостоятельных действий на рынке, ФАС России может объявить незаконным практически любой договор, содержащий условие об эксклюзивности. В самом деле, условие об эксклюзивности вполне может быть истолковано как отказ хозяйствующих субъектов от самостоятельных действий на рынке, ведь в силу этого условия либо продавец обязуется перед покупателем не продавать свой товар другим, либо покупатель обязуется не приобретать товар у конкурентов продавца. А это и есть отказ от самостоятельных действий на рынке.

Такое положение дел не может быть признано разумным. Ведь если продавец, который на рынке не доминирует, отказывается от заключения договоров со всеми, кроме одного покупателя, то такие действия продавца не вступают в противоречие с законом о защите конкуренции. Но стоит продавцу записать такую обязанность в договор, как этот договор практически неизбежно будет признан противоречащим антимонопольному законодательству.

Аналогичным образом обстоит дело и с покупателями. С экономической точки зрения односторонние действия продавца и покупателя по отказу от вступления в договорные отношения с другими лицами будут иметь точно такие же последствия, как и принятие ими на себя обязанности не вступать в договорные отношения с иными лицами. Но только в случае отсутствия договорных отношений такое поведение участников оборота станет соответствовать антимонопольному законодательству, а договор между ними будет противоречить закону.

Сложившаяся ситуация кажется нелогичной. Убежден, что антимонопольное законодательство не должно запрещать договоры между хозяйствующими субъектами, если односторонние действия хозяйствующих субъектов, приводящие к таким же последствиям, что и договорные отношения, антимонопольным законодательством разрешены. С этой точки зрения, антимонопольное законодательство должно оставаться безразличным к вертикальным соглашениям, если ни одна из сторон этого соглашения на рынке не доминирует.

Во-вторых, наше антимонопольное законодательство запрещает соглашения об эксклюзивности,



когда продавец, имеющий долю на рынке, превышающую 35%, заключает соглашение о продаже его товаров одним или несколькими покупателями либо иным образом обязывается перед одним или несколькими покупателями не продавать свои товары иным лицам.

Формально здесь также имеет место ограничение конкуренции в форме отказа продавца от совершения самостоятельных действий на рынке. Однако, существуют большие сомнения на предмет того, оказывает ли заключение таких соглашений действительно негативное влияние на конкуренцию, ведь какая разница, кто будет продавать товары продавца — сам продавец либо заранее выбранные им перепродавцы?

Весьма красноречивым примером данному утверждению служит знаменитое дело Ангстрем, когда, напомню, стопроцентный монополист на рынке товара заключил соглашение об эксклюзивности о том, что его товар будет продавать только один покупатель. И ФАС России, и Высший арбитражный суд РФ пришли к выводу, что это соглашение является антиконкурентным. Но в чем заключается его антиконкурентность? Если бы этого соглашения не было и уникальный товар реализовывался бы самим производителем, что бы от этого выиграла конкуренция?

Представляется, что ситуация, когда производитель «назначает» единственного покупателя (перепродавца) своей уникальной продукции, никакого влияния на конкуренцию не оказывает и оказать в принципе не может, поскольку она ничем не отличается от ситуации, когда производитель продает свой товар сам.

Ситуация, когда «назначенный» покупатель не будет занимать на рынке доминирующего положения в результате заключения соглашения об эксклюзивности с продавцом, даже при условии что продавец занимает доминирующее положение на рынке, также не является антиконкурентной, поскольку продавец в результате его заключения свою рыночную власть не усилит, а покупатель не приобретет рыночной власти в интересующих антимонопольное право пределах (не займет доминирующего положения).

Другое дело, что в подобного рода случаях для покупателя должны быть запрещены те же самые действия на рынке, которые запрещены для продавца, доминирующего на нем. Такие запреты следует распространять на все случаи, когда продавец-доминант обязался перед одним или несколькими покупателями ограничить круг покупателей на рынке. Но запрещать соглашения об эксклюзивности в таких случаях *в принципе* представляется

крайне неразумным. Равным образом неразумным является и действие каучукового правила из подпункта 17 статьи 4, устанавливающего, что отказ хозяйствующих субъектов от самостоятельных действий на рынке во всех случаях означает ограничение конкуренции.

В-третьих, как уже указывалось выше, действующее законодательство запрещает покупателю (вне зависимости от его доли на данном рынке) брать на себя обязательство не приобретать товары у конкурентов продавца даже в том случае, если покупатель приобретает товары для собственных нужд, а не для последующей перепродажи.

Покупатель может занимать 21% на другом рынке, что лишает его возможности покупать совершенно иной товар на условиях полной эксклюзивности продавца, который может иметь ничтожно малую долю на данном рынке.

Возникает вопрос, почему антимонопольное право должно в принципе интересоваться такой ситуацией? Ведь если исходить из того, что отсутствие доминирования продавца или покупателя на рынке означает действие в отношении между ними обычных рыночных законов, то антимонопольное право пытается не дать этим законам рынка нормально функционировать. Здесь опять же должно действовать правило, что антимонопольному праву не следует интересоваться вертикальными соглашениями, если ни одна сторона этого соглашения не занимает на рынке данного товара доминирующего положения.

В-четвертых, наше антимонопольное законодательство, разрешая полную эксклюзивность покупателя, запрещает полную эксклюзивность продавца. Таким образом, если доля покупателя или продавца на любом рынке превышает 20%, то покупатель не вправе принять на себя обязательство приобретать все нужные ему товары у данного продавца.

В связи с этим встает вопрос, а чем обосновано правило, если продавец не доминирует на рынке? Кого оно защищает? Конкуренцию — нет, поскольку при отсутствии доминирующего положения полная эксклюзивность продавца может быть только следствием свободных переговоров субъектов оборота.

Конкурентов продавца? Возможно, но вот только должно ли антимонопольное право этим заниматься? Очевидно, что нет. Участники рынка в условиях, когда на рынок не оказывают влияние доминирующие на нем субъекты, не должны пользоваться повышенной защитой государства, необходимо путем собственной энергии и смекалки добиваться коммерческого успеха. Если же один недоминирующий продавец смог убедить покупателя приобретать все товары только у него, значит,



он просто коммерчески более успешен. Тот факт, что коммерчески более успешные компании выдвигают с рынка менее успешных конкурентов — закон любой рыночной экономики. Антимонопольное право не должно защищать менее успешных, менее эффективных участников рынка, иначе пострадают более эффективные и успешные.

Подводя итоги, скажем, что наше регулирование эксклюзивности в отношении покупателя и продавца является крайне запуганным и сложным. Оно устанавливает необъяснимые запреты, призванные служить непонятным целям. В итоге участники оборота остаются без четких законодательных ориентиров, и, как следствие, находятся под постоянным прессом риска принятия ФАС России решения о том, что любой отказ хозяйствующих субъектов от самостоятельных действий на рынке представляет собой ограничение конкуренции.

Необходимо в процессе дальнейшего реформирования действующего законодательства установить правило, что вертикальные соглашения могут стать предметом антимонопольного контроля только в том случае, если хотя бы один из участников такого соглашения занимает на рынке доминирующее положение.

Требуется также исключить запрет для покупателя принимать на себя обязательство не приобретать товары у конкурентов продавца. Такой запрет выглядит логичным только для занимающего доминирующее положение продавца — он не должен, используя свое доминирующее положение, обязывать покупателя не приобретать товары у конкурентов, но уж никак не для покупателя, как занимающего, так и не занимающего доминирующее положение на рынке.

Григорий Чернышов,
партнер международной юридической фирмы
White&Case,
руководитель антимонопольной практики

ОБ ЭКСКЛЮЗИВНОСТИ ВЕРТИКАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ

На протяжении последних лет одним из приоритетных направлений защиты конкуренции в России является борьба с картелями.

В статье «Эксклюзивность в отношениях продавца и покупателя в российском антимонопольном праве» автором анализируются аспекты антимонопольного регулирования «вертикальных» соглашений, ставятся важные проблемы, касающиеся определения критериев допустимости таких соглашений, предлагаются подходы к квалификации условий «об эксклюзивности» продавца и покупателя, приводятся доводы о том, что эксклюзивность в таких соглашениях в определенных случаях не подлежит рассмотрению в качестве нарушения антимонопольного законодательства.

Вместе с тем, несколько выводов, к которым автор приходит в своей работе, носят явно дискуссионный характер, в частности, тезис о нецелесообразности правового регулирования «вертикальных» соглашений в случае, когда стороны соглашения не занимают доминирующее положение на товарном рынке.

По мнению партнера международной юридической фирмы *White&Case*, руководителя антимонопольной практики Григория Чернышова, для определения недопустимости «вертикальных» соглашений следует определять доли, занимаемые участниками соглашения, на любых товарных рынках, где они осуществляют приносящую доход деятельность, а не исключительно там, где обращается товар, являющийся предметом соглашения. В статье также утверждается, что Федеральным законом «О защите конкуренции» без каких-либо исключений признаются незаконными «вертикальные» соглашения, содержащие условия об отказе покупателя продавать товары конкурентов продавца.

Точка зрения автора является спорной не только в силу несоответствия лучшим мировым практикам в антимонопольном регулировании, но и в силу действующих положений Федерального закона «О защите конкуренции».

Прежде всего, следует отметить, что антимонопольное регулирование «вертикальных» соглашений общепринято и отражено в «лучших мировых практиках». Более того, концепция, действующая в развитом зарубежном правовом порядке, решает вопросы антимонопольного регулирования «вертикальных» соглашений путем введения критериев «допустимости» таких соглашений (специальных

Концепция, действующая в развитом зарубежном правовом порядке, решает вопросы антимонопольного регулирования «вертикальных» соглашений путем введения критериев «допустимости» таких соглашений, а также выделения тех антиконкурентных практик, которые запрещены *per se* и к которым не применимы соответствующие критерии допустимости.

пороговых значений в виде долей рынка участников соглашения), а также выделения тех антиконкурентных практик, которые запрещены *per se* (безусловно) и к которым не применимы соответствующие критерии допустимости.

В частности, следует привести пример Европейского союза, где статьей 101 Римского договора установлен запрет на любые соглашения, ограничивающие конкуренцию. Конкретизируется данный запрет, в том числе, применительно к «вертикальным» соглашениям, в нормах *soft law*, а именно, в нормативных актах Еврокомиссии, в частности, в Регламентном акте Еврокомиссии от 20.04.2010 № 330/2010 «О применении пункта 3 статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза для некоторых категорий вертикальных соглашений и согласованных действий», Разъяснениями Еврокомиссии от 22.01.2001 № 2001/С 368/07 о соглашениях, имеющих низкую степень важности и не приводящих к ограничению конкуренции по смыслу статьи 81 (1) Договора об образовании Европейского союза (*de minimis*).

Так, в перечисленных актах указано, что «вертикальные» соглашения могут быть рассмотрены Еврокомиссией как допустимые, если доля продавца или покупателя на товарном рынке, который является предметом соглашения, не превышает определенной доли. Вместе с тем, опять-таки в соответствии с обозначенными документами, «вертикальные» соглашения, содержащие положения, в том числе, об ограничении условий перепродажи товара на определенной территории или определенным покупателям, об установлении цены перепродажи товара, подлежат безусловному запрету (*per se*) вне зависимости от долей хозяйствующих субъектов, их заключивших.

Ограничение возможности продавца выбирать иных дистрибьюторов как условие «вертикального» соглашения в соответствующих случаях должно быть рассмотрено в качестве нарушения антимонопольного законодательства.

Принятие Федерального закона 06.12.2011 № 401-ФЗ* позволило дифференцировать содержащийся в Законе о защите конкуренции подход к квалификации антиконкурентных соглашений, в том числе «вертикальных», что в полной мере соответствует лучшим мировым практикам.

В действительности, в настоящий момент Федеральный закон «О защите конкуренции» (часть 2 статьи 11) содержит два прямых запрета на ограничительные условия «вертикальных» соглашений:

- установление цены перепродажи товара за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;
- обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца.

Однако эти запреты могут быть применены только в том случае, если доля продавца или покупателя на рынке (рынках) товара, в отношении которого заключено «вертикальное» соглашение, превышает 20%. То есть, ФЗ «О защите конкуренции» (часть 2 статьи 12) также, как и в лучших мировых практиках, устанавливает критерии *de minimis* для «вертикальных» соглашений.

Толкование этих принципов не должно быть двояким, в частности таким, что применение запретов на «вертикальные» соглашения, прямо установленных Законом о защите конкуренции, возможно, если доля продавца или покупателя на рынках, никаким образом не относящихся к предмету соглашения, превышает установленную величину. Подобное толкование не соответствует Закону о защите конкуренции и общепринятой концепции *de minimis*. Для недопущения двоякого толкования принципов *de minimis* Президиум ФАС России принял специальное решение от 30.03.2012 № 6-10/3.

Что касается вопросов «эксклюзивности» в контексте существующего запрета на установление в «вертикальном» соглашении обязательства покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца, то тут необходимо отметить, что такая «эксклюзивность» прямо разрешена ФЗ «О защите конкуренции» — также «безусловно», если речь идет о так называемых «брендовых» магазинах, то есть о деятельности хозяйствующего субъекта, стороны по «вертикальному»

Принятие Федерального закона 06.12.2011 № 401-ФЗ позволило дифференцировать содержащийся в Законе о защите конкуренции подход к квалификации антиконкурентных соглашений, в том числе «вертикальных», что в полной мере соответствует лучшим мировым практикам.

соглашению, осуществляющего перепродажу товара продавца, другой стороны «вертикального» соглашения, под товарным знаком последнего.

Более того, согласно ФЗ «О защите конкуренции» (часть 1 статьи 12) допустимыми «вертикальными» соглашениями являются договоры коммерческой концессии, по которым одна сторона (правообладатель) передает пользователю право использования в его предпринимательской деятельности комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающего право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности, на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау).

Учитывая объем прав, а именно интеллектуальных прав, передаваемых по таким соглашениям, включаемые в них положения об эксклюзивности имеют как правовое, так и экономическое обоснование, и являются допустимыми согласно ФЗ «О защите конкуренции».

Если же речь не идет о перечисленных выше случаях, то подобная эксклюзивность: ограничение хозяйственной деятельности покупателя, возможность ее расширения и развития путем запрета на сотрудничество с иными компаниями на рынке при преодолении порогов *de minimis*, безусловно, приводит к ограничению конкуренции и подлежит правовому запрету.

В этом ключе следует отметить, что аналогичная «эксклюзивность» должна быть запрещена и по отношению к продавцу — стороне «вертикального» соглашения, что предлагается ФАС России в проекте поправок к проекту Федерального закона «О внесении изменений в федеральный закон «О защите конкуренции». Ограничение возможности продавца выбирать иных дистрибьюторов как условие «вертикального» соглашения в соответствующих случаях должно быть рассмотрено в качестве нарушения антимонопольного законодательства.

Гаврилов Д. А.,
заместитель начальника
Правового управления ФАС России,
преподаватель кафедры
конкурентного права
Московского государственного
юридического университета
им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

* Далее — Третий антимонопольный пакет.

КОЛЛЕКТИВНЫЕ ИСКИ: БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ

Одной из причин «жаркого» лета 2013 года для корпоративных юристов стало появление на свет текста законопроекта «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части урегулирования порядка рассмотрения дел о защите прав и законных интересов группы лиц (групповое производство))». В СМИ его также называют законом о коллективных исках¹.

В настоящей статье будут проанализированы основные положения текущей версии законопроекта, названы наиболее серьезные риски и предложены способы их минимизации для гармоничного интегрирования нового института в действующую систему норм права.

ИСТОРИЯ И КРАТКОЕ ОПИСАНИЕ ОСНОВНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЗАКОНОПРОЕКТА

Законопроект возник и стал предметом обсуждения в межведомственной рабочей группе при Правительственной комиссии по вопросам конкуренции и развития малого и среднего предпринимательства в целях совершенствования действующих положений о групповых исках для повышения защиты прав потребителей.

Законопроект содержит предложения по внесению изменений в ГК РФ, НК РФ, АПК РФ, ГПК РФ, Законы о защите прав потребителей, о конкуренции, защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг². Документ вводит понятие «гонорар успеха», «потенциальные убытки», «групповое производство», устанавливает порядок осуществления группового производства, закрепляет основания для взыскания потенциальных убытков.

В порядке группового производства в арбитражном суде могут быть рассмотрены дела по корпоративным спорам, по спорам, связанным с осуществлением деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг, банковской, инвестиционной деятельности, вытекающим из нарушений антимонопольного законодательства,

¹ Далее — Законопроект о групповом производстве, Законопроект. Законопроект еще не внесен в Государственную Думу РФ, информацию о нем можно найти на следующих сайтах: <http://pravo.ru/news/view/87715/>, <http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/512171/isk-po-amerikanski>.

² Гражданский Кодекс РФ, Налоговый Кодекс РФ, Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24.07.2002 № 95-ФЗ, Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14.11.2002 № 138-ФЗ, Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Федеральный закон от 05.03.1999 № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг».

Законопроект позволяет взыскивать потенциальные убытки, представляющие собой убытки тех членов группы, которые могут образовать одну группу с заявителем, но не заявляющих свои требования в судебном порядке.

а также по иным требованиям в предусмотренных федеральным законом случаях. Квалифицирующие критерии устанавливаются только в отношении предъявляемых требований, которые должны соответствовать определенным признакам, но не к заявителям, поэтому с заявлением в арбитражный суд могут обратиться физические и (или) юридические лица. Например, к участникам картельного соглашения о фиксировании цен на молоко с иском о взыскании убытков может обратиться любой потребитель, который соберет определенное количество таких же потребителей.

В порядке группового производства в суде общей юрисдикции могут быть рассмотрены дела по спорам, возникающим в сфере защиты прав потребителей, связанным с защитой прав физических лиц в отношениях, вытекающих из договора банковского вклада и кредитного договора, и по иным требованиям в случаях, предусмотренных федеральным законом. Таким образом, споры банков со своими заемщиками, которые считают себя пострадавшими от кредитных договоров, могут быть рассмотрены в порядке группового производства.

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ЗАКОНОПРОЕКТА, СОДЕРЖАЩИЕ РИСКИ ДЛЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО СООБЩЕСТВА

Основными вопросами анализа стали выбор, так называемой, модели коллективных исков и возможные злоупотребления со стороны недобросовестных истцов, инициирующих коллективные иски.

Если Россия, страна с континентальной системой права, склонится к европейскому опыту, то интеграция института групповых исков пройдет более гармонично.

Opt-out или opt-in

Законопроект позволяет взыскивать потенциальные убытки, представляющие собой убытки тех членов группы, которые могут образовать одну группу с заявителем, но не заявляющих свои требования в судебном порядке, т.е. не присоединившихся к иску (модель *opt-out*). Таким образом, возникает угроза взыскания большого размера убытков, который определяется только количеством потенциальных членов группы.

Законопроект содержит требования к групповым искам, одно из которых как раз может определять размер группы, в том числе, с учетом потенциальных членов — «однородность предмета и оснований требований членов группы лиц». Буквальное толкование позволяет сделать вывод, что в группу могут быть включены «группы», имеющие различного рода договорные отношения с потенциальным ответчиком или не имеющие таковых вовсе (договорная и внедоговорная (деликтная) ответственность). Например, если ответчик — производитель, то все юридические лица по дистрибутивной цепочке и потребители-физические лица могут стать истцами по групповому иску.

Это становится возможным, поскольку в группу могут входить физические и (или) юридические лица. Представители каждой из этих категорий могут быть объединены между собой по критерию однородности предмета и основаниям требований: юридические лица — дилеры, закупившие у производителя продукцию для последующей реализации, и физические лица, купившие продукцию производителя в розницу для личных нужд. Наличие других критериев и общий дух законопроекта позволяют сделать вывод, что требования указанных выше физических и юридических лиц к одному ответчику допустимо объединить в один иск.

Вместе с тем, в США, откуда была заимствована модель *opt-out*, действует доктрина прямого покупателя: иск за сговор цен могут предъявлять только прямые, а не косвенные покупатели. Это правило следует из дела *Illinois Brick Co. v. Illinois* - 431 U.S. 720 (1977)³. Определенные ограничения накладываются и на конкурентов при подаче коллективных исков: они могут предъявлять убытки только в тех случаях, когда нарушение ответчиком антимонопольного законодательства нанесло им ущерб.

Необходимо отметить, что в Евросоюзе было принято концептуальное решение об отказе от указанной выше модели коллективных исков, что позволяет избежать выявленных недостатков данной

³ <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/720/>.

системы и рисков необоснованных исков, а также прочих злоупотреблений.⁴ Комиссия ЕС одобрила проект Директивы по искам о возмещении ущерба, причиненного нарушением антимонопольного законодательства ЕС, а также выпустила Рекомендацию по коллективным искам, в которой странам-участникам ЕС предлагается принять модель коллективных исков, при которой членом группы лиц, в защиту которой предъявлен иск, может быть только лицо, заявившее о своем присоединении к иску (*opt-in*)⁵.

Некоторые европейские экономисты рассматривают вопрос переноса на потребителя издержек, возникших из повышенных цен в результате картельного сговора, и приходят к выводу, что не всегда их перенос происходит на практике в силу различных причин⁶. Следовательно, не все потенциальные члены группы понесли убытки.

Если Россия, страна с континентальной системой права, склонится к европейскому опыту, то интеграция института групповых исков пройдет более гармонично. Взыскание убытков — гражданско-правовая ответственность, одним из признаков которой, согласно трудам цивилистов⁷, является соответствие размера ответственности размеру причиненного вреда или убытков, т.е. носит компенсационный характер.

Законопроект устанавливает основания для расчета убытков методом «приближенных оценок», который позволяет определить «возможный средний размер». Это означает, что сумма возмещения, которую должен будет выплатить ответчик, определяется приблизительно и может превышать размер реально причиненных убытков. Такая ситуация противоречит статье 15 ГК РФ, из которой следует, что ответчик должен возместить только те убытки, которые фактически были причинены в связи с нарушением (включая реальный ущерб и упущенную выгоду), но не сверх того.

Таким образом, авторам законопроекта можно рекомендовать использование системы *opt-in* и уточнение критериев для определения группы лиц, исключая, например, участие в групповом производстве юридических лиц, не имеющих прямых договорных отношений с ответчиком⁸.

Баланс интересов потенциальных истцов и ответчиков

В Законопроекте не выдержан баланс интересов потенциальных истцов и ответчиков, чем в целях получения необоснованных выплат способны воспользоваться недобросовестные лица, инициирующие групповые иски.

⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_en.htm.

⁵ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2013_3539_en.pdf.

⁶ http://www.rbecon.com/wp-content/uploads/2012/06/rbb_brief_37.pdf.

⁷ См., например, Мейер Д.И. Русское гражданское право // СПС «Гарант».

⁸ При этом такие лица не теряют права на обращение в суд в индивидуальном порядке.

Защита потребителя как более слабого участника судебного судопроизводства может решать социальную задачу, актуальную на сегодняшний день. Но потребитель и так обладает сильным оружием, о котором всегда помнит бизнес, — «потребитель голосует ногами».

Неопределенный, потенциально широкий, круг членов группы и минимальные затраты или отсутствие таковых для инициирования группового иска неизбежно приведут к злоупотреблению правами. Риск возможного злоупотребления связан с несколькими факторами: относительно небольшой, по нашему мнению, порог для признания иска групповым при неопределенности группы (16 лиц — для арбитражного процесса, 31 лицо — для гражданского процесса), увеличенные сроки рассмотрения иска в порядке группового производства, возможность возмещения с ответчика «гонорара успеха», освобождение истцов от уплаты госпошлины (в гражданском процессе), избирательное распространение принципа «разумности» при возмещении понесенных судебных расходов в случае отказа в иске и др.

Учитывая, что объектом группового иска могут стать публичные компании, чьи акции обращаются на российской или международной биржах, то информация о многомиллионном иске способна оказать значительное влияние на стоимость акций. В результате, наличие репутационных рисков и потенциально большой размер исковых требований будут способствовать понуждению ответчиков к заключению мировых соглашений по необоснованным и недоказанным требованиям.

«Гонорары успеха» могут стать основным мотивирующим фактором для недобросовестных представителей юридического сообщества к инициированию коллективных исков, поскольку их размер определяется соглашением сторон (между группой истцов и представителем), в котором ответчик не является участником. При этом истцы наделяются правом взыскать эти расходы с ответчика в случае удовлетворения исковых требований. Текущие судебные расходы могут быть рассчитаны с учетом действующих на рынке ставок и доступной судебной практики по возмещению, в то время как рассчитывать размер «гонорара успеха», который может быть предъявлен к возмещению, не представляется возможным.

О злоупотреблениях при подаче коллективных исков, обусловленных неограниченными «гонорарами успеха», позволяет говорить анализ зарубежного опыта, в частности, опыта США. Например, в 2008 году было рассмотрено дело в отношении адвокатов, обвинявшихся в сговоре с целью подкупа истцов по групповым искам и добивавшихся существенных выплат по мировым соглашениям⁹.

⁹ <http://online.wsj.com/public/resources/documents/milbergpress05182006.pdf>, <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aGqfpC4ZjoAw&refer=home>.

«Гонорары успеха» могут стать основным мотивирующим фактором для недобросовестных представителей юридического сообщества к инициированию коллективных исков.

Законопроект предусматривает процессуальное неравенство сторон в части судебных расходов: в гражданском процессе расходы ответчика на представителей не возмещаются даже в случае отклонения требований истцов, а заявители освобождаются от уплаты госпошлины; в арбитражном процессе при отказе в удовлетворении иска расходы ответчика возмещаются в разумных пределах; при удовлетворении иска расходы заявителей на представителей компенсируются в полном объеме.

Таким образом, данное положение нарушает не только интересы ответчика, но и принцип равенства всех перед законом и судом, так как лишает одну из сторон судебного процесса права на возмещение судебных расходов вне зависимости от исхода разбирательства.

Указанная выше модель *opt-in* существенно снижает перечисленные риски, поскольку накладывает на заявителя дополнительные обязательства на этапе подготовки коллективного иска, тем самым препятствуя подаче исков, не имеющих под собой доказательной базы, основной целью которых является «запугивание» ответчика.

В дополнение к этому считаю целесообразным рассмотреть следующие предложения, способные обеспечить соблюдение баланса интересов участников группового производства:

- ввести минимальную сумму иска для рассмотрения в порядке группового производства (по аналогии со ст. 227 АПК РФ¹⁰). С учетом сложности и длительности администрирования дел, предлагаемых к рассмотрению в групповом производстве (как для сторон, так и системы арбитражных судов), представляется рациональным установить минимальную цену иска, например, не менее 2 млн руб.;
- не вносить изменения в действующее законодательство в части судебных расходов, оставив нормы о взыскании расходов, понесенных стороной, в пользу которой принят судебный акт (как истца, так и ответчика), в разумных пределах (ч. 2 ст. 110 АПК РФ, ст. 100 АПК РФ), и не вводить исключение по уплате госпошлины при коллективном обращении в суд общей юрисдикции;
- определить порядок выплаты «гонорара успеха» таким образом, чтобы он не являлся коррупциогенным фактором и способом обогащения недобросовестных истцов. С учетом

¹⁰ Устанавливает критерии, в том числе по цене иска, для рассмотрения иска в порядке упрощенного производства.



введения принципиально нового института в действующую систему российского права, возможно, целесообразно установить условие, в соответствии с которым «гонорар успеха» по умолчанию уплачивается истцами без права предъявления их к возмещению ответчиком. Но в некоторых, строго определенных случаях, допускается предъявление их к возмещению, например, когда вознаграждение является единственной расходной статьей (представитель истцов в ходе процесса несет расходы самостоятельно, рассчитывая на их возмещение через «гонорар успеха»).

Убытки или взыскание дохода в бюджет: и снова о главном

Закон о защите конкуренции предусматривает возможность выдачи лицу, нарушившему антимонопольное законодательство, предписания о перечислении в федеральный бюджет доходов, полученных вследствие нарушения части 1 статьи 23 и части 3 статьи 51.

В 2009 году Конституционный Суд Российской Федерации рассмотрел вопрос одновременного взыскания административного «оборотного» штрафа и перечисления в федеральный бюджет дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства. В итоге был сделан вывод о правомерности применения двух санкций без нарушения «общеправового принципа недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние (*non bis in idem*)». Взыскание дохода было названо компенсаторной мерой ответственности, а взыскание «оборотного» штрафа — штрафной мерой.

В соответствии с высказыванием Халфиной Р.О.,¹¹ взыскание убытков является компенсаторной мерой, основная цель которой — возмещение потерпевшей стороне ущерба, причиненного

¹¹ Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. С. 326.

Законопроект придает преюдициальную силу акту антимонопольного органа и не предусматривает основания для приостановления иска о групповом производстве до обжалования решения антимонопольного органа.

правонарушением. В случае принятия Законопроекта, направленного на активизацию реализации потребителями своих прав, возникает риск одновременного применения к ответчику двух мер компенсаторного характера в сфере антимонопольных нарушений.

Исключение положений, предусматривающих право антимонопольного органа взыскивать в бюджет доход, минимизирует этот риск. При этом по-прежнему за нарушение антимонопольного законодательства будет действовать административная (штраф), гражданско-правовая (взыскание убытков) и уголовная (лишение свободы) ответственность.

Преюдициальная сила решения антимонопольного органа

Законопроект придает преюдициальную силу акту антимонопольного органа и не предусматривает основания для приостановления иска о групповом производстве до обжалования решения антимонопольного органа.

В этой связи представляется необходимым законодательно закрепить положение о том, что в случае предъявления требования о признании решения антимонопольного органа недействительным производство по делу по коллективному иску приостанавливается на основании пункта 1 части 1 статьи 143 АПК РФ (либо абз. 5 ст. 215 ГПК РФ) до вступления в законную силу решения суда по делу о признании решения антимонопольного органа недействительным.

Совершенствование действующих положений института групповых исков и дополнение новыми условиями в целях его успешной реализации в России соответствует лучшим мировым практикам. И в США, и в Евросоюзе коллективные иски защищают интересы потребителей во многих сферах экономики. Вместе с тем, представляется целесообразным использовать европейский опыт с учетом действующих национальных норм, внимательно изучить возможные риски, а также тщательно подойти к юридической технике Законопроекта.

Анна Нумерова,
советник, Адвокатское бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»,
член Генерального Совета
НП «Содействие развитию конкуренции»

ПЕРСПЕКТИВЫ ГРУППОВЫХ ИСКОВ В РОССИЙСКИХ РЕАЛИЯХ

ТАК ЛИ ВСЕ ПРОСТО?

В последнее время активно обсуждается вопрос о перспективах появления в России института коллективных (групповых) исков, в том числе, в сфере антимонопольного законодательства.

Возможность адаптации этого института в российской правовой системе предусмотрена в плане мероприятий «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденном распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р в разделе «Повышение уровня защиты прав потребителей». План предполагает:

- разработку до ноября 2013 года проекта федерального закона, направленного на создание правовых механизмов защиты прав и законных интересов группы лиц в судах (групповых исков), включая возможность участия юридических лиц в групповых исках, а также на формирование системы защиты прав потребителей от нарушений антимонопольного законодательства;
- разработку до октября 2014 года проекта федерального закона, закрепляющего возможность установления убытков в кратном размере за нарушение законодательства о защите конкуренции и предусматривающего механизм распределения взысканных убытков в пользу пострадавших лиц.

Реализация этого плана означает, что в течение двух лет в России могут появиться групповые иски, обеспечивающие возможность взыскания кратных убытков за нарушения законодательства о защите конкуренции.

Упоминание о кратности убытков, очевидно, дает отсылку к так называемой «американской» модели групповых исков, принятой и реализованной в США. Отметим ее ключевые элементы с тем, чтобы оценить последствия возможного появления схожего института в России.

Для «американской» модели характерно:

1) принцип *opt-out*: формирование в рамках коллективных исков «группы лиц» в отсутствие

В течение двух лет в России могут появиться групповые иски, обеспечивающие возможность взыскания кратных убытков за нарушения законодательства о защите конкуренции.



волеизъявления на присоединение к группе (лицо может рассматриваться в качестве члена группы, если соответствует критериям группы, при этом выйти из нее можно, только подав соответствующее заявление о выходе, и лишь при этом условии оно сохраняет за собой возможность самостоятельной защиты своего нарушенного права);

2) «гонорар успеха»: представитель интересов заявителей (как правило, профессиональный участник, оказывающий юридические услуги по сопровождению судебного процесса) может рассчитывать на вознаграждение, получение которого ставится в зависимость от результата рассмотрения дела в суде;

3) «кратные убытки», взыскиваемые с ответчика (нарушителя) в качестве компенсации «ущерба», причиненного членам «группы лиц» вследствие допущенного нарушения;

4) преференции заявителю в случае проигрыша судебного дела в вопросе компенсации расходов, понесенных ответчиком в связи с судебным процессом (в случае проигрыша судебного дела такие расходы, как правило, не взыскиваются).

«Американская» модель не получила распространения в Европейском союзе. Согласно позиции Еврокомиссии, сочетание таких факторов, как возможность взыскания штрафа сверх возмещения убытков, возможность предъявить иск в защиту

неограниченного круга потерпевших, право адвоката на «гонорар успеха», процедура масштабного раскрытия доказательств, увеличивает риск злоупотребления правом до степени, несовместимой с европейскими правовыми традициями¹.

Таким образом, основная причина, по которой «американская» модель групповых исков на сегодняшний день не используется в других странах, сводится к тому, что ее применение (в совокупности ключевых элементов) может способствовать созданию правовых условий для провоцирования бесосновательных исков и получения выгоды определенной группой заинтересованных лиц без реальной цели защиты потребителя.

Представляется целесообразным акцентировать внимание на экономических и иных последствиях, которые можно прогнозировать для участников российского рынка и экономики в целом в случае адаптации американского опыта.

Ключевым моментом неприемлемости копирования американской модели, по мнению авторов настоящей статьи, является количество дел, возбуждаемых антимонопольными органами в Российской Федерации за нарушение законодательства о защите конкуренции. В сравнении с США и странами Европы, где оно минимально, в России счет таких дел ежегодно идет на тысячи.

Согласно статистике ФАС России, в 2012 году антимонопольными органами возбуждено более 9,8 тысяч дел о нарушении законодательства о защите конкуренции (дополнительно возбуждено 5,5 тысяч дел о нарушении законодательства о рекламе), принято свыше 8,1 тысяч решений о нарушении законодательства о защите конкуренции². При этом в 2012 году антимонопольными органами выявлено 3029 случаев злоупотребления доминирующим положением (против 2310 дел в 2011 г. и 1918 дел в 2010 г.), 891 случай недобросовестной конкуренции (828 — в 2011 г., 676 — в 2010 г.)³.

Существующие требования к определению доминирующего положения привели к тому, что в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке свыше 35%⁴, включены тысячи «компаний-монополистов» (преимущественно российских) из самых разных областей экономики: от субъектов естественных монополий до компаний, предоставляющих парикмахерские услуги или сдающих в аренду торговые места на крытых рынках, и индивидуальных предпринимателей, оказывающих банные услуги. Только в федеральный раздел

Ключевым моментом неприемлемости копирования американской модели, по мнению авторов настоящей статьи, является количество дел, возбуждаемых антимонопольными органами в Российской Федерации за нарушение законодательства о защите конкуренции.

Реестра на данный момент вошло 244 хозяйствующих субъекта⁵.

Таким образом, с учетом большого количества рассматриваемых антимонопольных дел, риск предъявления групповых исков потенциально может оказаться вполне реальным для значительного числа компаний, осуществляющих деятельность в различных секторах экономики, в том числе, для субъектов естественных монополий (зачастую с государственным участием), являющихся монополистами по умолчанию.

Кратные убытки в совокупности с «оборотными» штрафами⁶ способны вызвать снижение привлекательности осуществления предпринимательской деятельности в отдельных секторах экономики, особенно в сфере обслуживания, из-за неспособности среднего и малого бизнеса выплатить соответствующие суммы.

По всей вероятности, наиболее остро данная проблема встанет в секторах экономики с невысокой доходностью. Снижение предпринимательской и инвестиционной активности, риск банкротства неминуемо ухудшат деловой климат, а закрытие предприятий малого и среднего бизнеса только усилит монополизацию рынка со стороны крупных игроков.

Поскольку применение групповых исков с возмещением кратных убытков предполагается ко всем нарушителям законодательства о защите конкуренции, потенциальными ответчиками могут стать и «публичные» субъекты, на долю которых приходится треть выявляемых антимонопольными органами нарушений.

Так, только в 2012 году было выявлено 3165 фактов ограничивающих конкуренцию актов и действий (бездействия) федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления и иных субъектов по признакам нарушения статьи 15 ФЗ «О защите конкуренции»⁷. Поскольку источником финансирования деятельности данных субъектов являются бюджетные средства, то и возмещение убытков в случае предъявления групповых исков будет осуществляться из бюджетов различных уровней.

¹ Елисеев Н.Г. Многократные убытки за нарушение антимонопольного законодательства: перспективы появления в российском праве // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 8. С. 14.

² Доклад об осуществлении государственного контроля (надзора) ФАС России в соответствующих сферах деятельности и об эффективности такого контроля за 2012 год. См.: http://fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30912.html.

³ Доклад ФАС России о состоянии конкуренции в Российской Федерации. См.: http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30077.html.

⁴ Далее — Реестр.

⁵ См.: <http://reestr.fas.gov.ru/welcome/showreg/146/1>.

⁶ В 2012 году в связи с нарушением антимонопольного законодательства антимонопольными органами вынесено 6657 постановлений о наложении административного штрафа на общую сумму свыше 11,6 млрд руб., большая часть этой суммы пришлась на, так называемые, «оборотные» штрафы. См.: http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30077.html.

⁷ См.: http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30077.html.



Реализация инициативы по внедрению в России коллективных исков с кратными убытками может поставить под сомнение эффективность предлагаемых мер с позиции реальной защиты прав потребителей, а также не будет способствовать созданию условий для развития конкуренции, вступая в противоречие с целями антимонопольного регулирования.

С учетом изложенного, по мнению авторов, реализация инициативы по внедрению в России коллективных исков с кратными убытками может поставить под сомнение эффективность предлагаемых мер с позиции реальной защиты прав потребителей, а также не будет способствовать созданию условий для развития конкуренции, вступая в противоречие с целями антимонопольного регулирования (статья 1 Федерального закона «О защите конкуренции»).

Принимая во внимание существующую практику применения антимонопольного законодательства, при разработке отечественной модели групповых исков необходимо использовать сбалансированный подход, учитывающий все возможные последствия дальнейшей реализации этой инициативы.

При таких обстоятельствах институт групповых исков может основываться на следующих ключевых положениях:

- 1) формирование группы лиц на основании явного волеизъявления лица посредством подачи заявления о присоединении к иску;
- 2) возможность взыскания реальных, а не кратных убытков, что соответствует основополагающему началу российского гражданского законодательства — обеспечению восстановления нарушенного права;
- 3) недопустимость предоставления истцу, которому судом отказано в удовлетворении требований, дополнительных преференций в вопросах возмещения судебных расходов, в том числе, расходов на представителя, понесенных ответчиком по такому делу;
- 4) недопущение «гонорара успеха» в групповых исках.

Андрей Рого,
к.ю.н., директор Департамента управления регуляторными рисками ОАО «МТС»,
член НП «Содействие развитию конкуренции»

Сергей Войченко,
руководитель направления
Департамента управления регуляторными рисками
ОАО «МТС»,
член НП «Содействие развитию конкуренции»

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 4

№ 3(9) 2013

Хозяйствующий субъект, осуществляющий торговую деятельность посредством организации торговой сети, обязан обеспечивать хозяйствующему субъекту, осуществляющему поставки продовольственных товаров, доступ к информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров и о существенных условиях такого договора, и наоборот. Практика применения этой, казалось бы, простой, логичной и справедливой нормы выявила ряд трудностей как для участников торговой деятельности, так и для антимонопольных органов. В статье начальника отдела товарных и финансовых рынков Курского УФАС России, советника государственной гражданской службы РФ I класса **Екатерины Анатольевны Лихушиной** «**Торговые сети и поставщики: как задать вопрос, чтобы получить ответ?**» выделены основные проблемы и даны рекомендации по их преодолению.

Оценка состояния конкурентной среды на рынках работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту дорог, тоннелей, мостов и путепроводов дана в статье «**Конкурентная среда на рынках работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту дорог, тоннелей, мостов и путепроводов**» консультанта Управления контроля ЖКХ, строительства и природных ресурсов ФАС России **Валентины Игоревны Самординой**.

Сегодня основная конкурентная борьба между банками идет за привлечение и формирование депозитной базы. Статья советника *Capital Legal Services* **Ирины Акимовой** «**Депозит депозиту — рознь, или правила конкурентной борьбы**» отвечает на вопрос, на что необходимо обращать внимание при реализации такого банковского продукта, как депозит, чтобы не попасть в поле зрения антимонопольных органов.

Материал «**Обеспечение конкуренции: основные понятия**», подготовленный юристом, советником юстиции РФ III класса **Тимуром Ильгизяровичем Шайхеевым**, посвящен анализу таких основных для антимонопольного законодательства понятий, как «ограничение конкуренции», «доминирование на товарных рынках» и «монополистическая деятельность». В своей работе автор приходит к определенным выводам, которые и выносит на обсуждение.

ТОРГОВЫЕ СЕТИ И ПОСТАВЩИКИ

КАК ЗАДАТЬ ВОПРОС, ЧТОБЫ ПОЛУЧИТЬ ОТВЕТ?*

Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ», известный всем как Закон о торговле, действует уже более трех лет. Декларируемые цели – установление четких требований к организации и осуществлению торговли, развитие торговли, доступность товаров для населения, формирование здоровой конкурентной среды, обеспечение баланса экономических интересов хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность (в том числе, торговых сетей) и поставщиков.

Реализации этих целей служат нормы статьи 9 Закона о торговле, регламентирующие права и обязанности хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность, и хозяйствующего субъекта, осуществляющего поставки продовольственных товаров. В частности, статья регулирует порядок обеспечения доступа к информации об условиях отбора контрагентов, о существенных условиях договора поставки; вопросы установления и выплаты вознаграждений за объем приобретенного товара (ретро-бонус); устанавливает предельные сроки оплаты товара; регулирует вопросы оказания дополнительных услуг контрагентам.

Как показывает ежегодный анализ ФАС России практики применения данного закона, антимонопольными органами регулярно выявляются факты нарушений требований статьи 9, при этом большинство — за пределами срока давности привлечения к административной ответственности (2 месяца); кроме того, судами отменяется значительная часть решений регулятора.

Так, за 2011 год территориальными органами ФАС России выявлено 404 факта нарушений требований статьи 9 Закона о торговле; по 350 фактам дела об административной ответственности не возбуждались в связи с истечением срока давности (2 месяца); по результатам рассмотрения 44 дел вынесены постановления о привлечении к административной ответственности, из них все постановления в отношении юридических лиц были обжалованы и только 2 постановления оставлены в силе (остальные отменены судами).

* Комментарий к частям 1 и 2 статьи 9 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации».

ДЛЯ СПРАВКИ

Статья 9. Права и обязанности хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность, и хозяйствующего субъекта, осуществляющего поставки продовольственных товаров, в связи с заключением и исполнением договора поставки продовольственных товаров.

1. Хозяйствующий субъект, осуществляющий торговую деятельность посредством организации торговой сети, обязан обеспечивать хозяйствующему субъекту, осуществляющему поставки продовольственных товаров, доступ к информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров и о существенных условиях такого договора путем размещения соответствующей информации на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет или путем предоставления запрашиваемой информации безвозмездно в четырнадцатидневный срок со дня получения соответствующего запроса.
2. Хозяйствующий субъект, осуществляющий поставки продовольственных товаров, обязан обеспечивать хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность посредством организации торговой сети, доступ к информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров и о существенных условиях такого договора, к информации о качестве и безопасности поставляемых продовольственных товаров путем размещения соответствующей информации на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет или путем предоставления запрашиваемой информации безвозмездно в четырнадцатидневный срок со дня получения соответствующего запроса.

За 2012 год выявлено 163 нарушения статьи 9, по 129 истек срок давности привлечения к ответственности; вынесено 25 постановлений о наложении штрафа, 1 постановление отменено судом.

СТАТЬЯ 9. ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ

Практика применения этой, казалось бы, простой, логичной и справедливой нормы выявила ряд трудностей

как для участников торговой деятельности при получении предусмотренной законом информации, так и для антимонопольных органов.

Антимонопольные органы

Для антимонопольных органов при применении данной статьи важна следующая особенность: статья 9 Закона о торговле не входит в систему норм антимонопольного законодательства, как следует из части 2 статьи 16 Закона о торговле. Поэтому ФАС России не осуществляет государственный контроль (надзор) за соблюдением правил и требований, предусмотренных статьями 9, и не обладает правом выдачи соответствующих предписаний.

Тем не менее, антимонопольные органы в соответствии со статьей 23.48 Кодекса РФ об административных правонарушениях¹ наделены правом и обязанностью по привлечению виновных лиц к административной ответственности за нарушение требований этой нормы права.

Возникает вопрос, какие меры может принять антимонопольный орган, чтобы не только привлечь к ответственности нарушителей, но и прекратить нарушение? В качестве решения данной конкретной проблемы Курское УФАС России предлагает метод, положительные результаты которого подтверждены практикой.

Материалы выявленного в 2010 году (еще до введения административной ответственности) нарушения части 7 статьи 9 Закона о торговле со стороны крупной торговой сети были переданы в прокуратуру Курской области для принятия мер прокурорского реагирования в соответствии с Федеральным законом от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации». Торговой сети прокурором было выдано представление об устранении нарушения, которое было исполнено в установленный срок.

Участники торговой деятельности

Для участников торговой деятельности первая из проблем состоит в том, что «хозяйствующий субъект, осуществляющий торговую деятельность посредством организации торговой сети», и «торговая сеть» далеко не всегда тождественны.

Прежде всего, чтобы обратиться с письменным запросом в торговую сеть, поставщику необходимо знать, какой хозяйствующий субъект осуществляет торговую деятельность посредством данной торговой сети. Как показала практика, такую информацию не всегда можно найти в открытом доступе.

Например, торговлю в торговых объектах (магазинах) сети «Пятерочка» на территории Курской области осуществляют как ЗАО «Торговый дом «Перекресток» (г. Москва), так и ООО «Копейка-Воронеж» (г. Воронеж); в магазинах крупнейшей курской торговой сети «Европа» торгуют как ООО

ДЛЯ СПРАВКИ

Согласно п. 8 ст. 2 Закона о торговле, **торговая сеть** — совокупность двух и более торговых объектов, которые находятся под общим управлением, или совокупность двух и более торговых объектов, которые используются под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации.

Согласно п. 5 ст. 4 Федерального закона от 26.07.06 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», **хозяйствующий субъект** — коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

«Группа компаний «Промресурс», так и ООО «Европа». Эта информация на официальных сайтах торговых сетей отсутствует.

А вот уже пример из судебной практики:² решением Арбитражного суда Волгоградской области (оставлено в силе апелляционной инстанцией) отменено постановление Волгоградского УФАС России в отношении ООО «Тамерлан» (торговая сеть) о привлечении к административной ответственности по части 1 статьи 14.41 КоАП РФ за непредоставление запрошенной контрагентом информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки, о существенных условиях такого договора.

Дело было возбуждено по жалобе поставщика, не получившего ответ на свой письменный запрос. На ООО «Тамерлан» наложен штраф в размере 300 тыс. руб. Одним из аргументов для отмены судом постановления антимонопольного органа стало то, что поставщик направил свой запрос по адресу, указанному на сайте торговой сети, тогда как местонахождение ООО «Тамерлан», согласно выписке из ЕГРЮЛ, было иным. Ответа на вопрос, каким образом поставщик мог получить подобную информацию, судебные акты не содержат.

Исходя из смысла и содержания части 1 комментируемой статьи, по нашему мнению, можно сделать обоснованный вывод, что обязанность по предоставлению информации поставщику (потенциальному поставщику) лежит на любом (каждом) из хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность хотя бы в одном магазине торговой сети.

В антимонопольные органы поступает небольшое количество жалоб на подобные нарушения (например, в Курское УФАС России за весь период действия закона — только одна). Представляется, что это обусловлено наличием необходимых сведений на интернет-сайтах большинства торго-

¹ Далее — КоАП РФ.

² Дело № А12-31590/2012.

Что касается содержания информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров, то тут, к сожалению, приходится признать, что оно не столько отвечает на вопросы участников торговой деятельности, сколько порождает новые.

вых сетей. Информации об аналогичных жалобах торговых сетей на поставщиков до настоящего времени не поступало.

Что касается содержания информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров, то тут, к сожалению, приходится признать, что оно не столько отвечает на вопросы участников торговой деятельности, сколько порождает новые.

Закон не конкретизирует минимально необходимый перечень сведений, которые должны быть предоставлены. Мониторинг размещенной торговыми сетями информации позволяет увидеть весьма общие формулировки, которые в равной степени могут быть отнесены к нормальной хозяйственной деятельности любого хозяйствующего субъекта и по большей части не представляют реального интереса для поставщиков.

Яркий пример — сайт продуктовой сети **BILLA**, критерии и порядок отбора поставщиков для супермаркетов которой вкратце сводятся лишь к общим фразам. Вот образец размещенной в Интернете информации.

Заявленная цель торговой сети³ — широкий ассортимент качественных товаров по разумным ценам, соблюдение требований действующего законодательства, баланс экономических интересов Общества с Поставщиками и Потребителями.

Принципы взаимодействия:

- единые стандарты сотрудничества Общества с Поставщиками — отбор Поставщиков на основании единых критериев, сформированных исходя из целей экономической эффективности, четко регламентированных и установленных заранее. Не допускается отказ Общества от заключения договоров с Поставщиками на основании несоответствия таких Поставщиков критериям, не предусмотренным настоящими Правилами;
- прозрачность и открытость — Общество обеспечивает доступ к информации о порядке отбора поставщиков путем размещения настоящих Критериев на сайте Общества (*URL: www.billari*);
- конфиденциальность — право на коммерческую тайну и конфиденциальность информации;
- эффективность — Общество стремится реа-

³ Далее — Общество.

лизировать через свою торговую сеть товары высокого качества по разумным экономически обоснованным ценам путем отбора наиболее выгодных условий сотрудничества с Поставщиками. При этом, со своей стороны, Общество прилагает все усилия, чтобы оптимизировать издержки на тех этапах поставки товара в торговую сеть, где поставка осуществляется самим Обществом, а не Поставщиками;

- разумная заботливость — проверка Поставщиков на предмет их добросовестности и соблюдения ими требований законодательства Российской Федерации. При этом при выборе контрагента предпочтение отдается тем Поставщикам, которые осуществляют торговую деятельность достаточно длительное время и зарекомендовали себя на рынке как надежные партнеры, ориентированные на долгосрочное сотрудничество с приобретателями товаров.

Называет Общество и критерии отбора поставщиков.

Юридические критерии:

- поставщик зарегистрирован и осуществляет деятельность в соответствии с законодательством страны регистрации (инкорпорации), в течение, по крайней мере, одного года, имеет необходимые лицензии и разрешения;
- в отношении Поставщика не проводятся процедуры банкротства, ликвидации;
- лицо, подписывающее Договор со стороны Поставщика, обладает всеми полномочиями и компетенцией, необходимыми для подписания Договора и его исполнения;
- отсутствуют признаки коррупционной или иной противоправной деятельности по отношению к Обществу и (или) работникам Общества.

Экономические критерии:

- данные бухгалтерской (финансовой) отчетности Поставщика свидетельствуют о надлежащем финансовом состоянии и возможности исполнять обязательства по Договору;
- в действиях Поставщика отсутствуют признаки недобросовестного налогоплательщика;
- величина уставного капитала Поставщика соответствует установленному действующим законодательством размеру;
- в случае если Поставщик не является производителем товара, Общество вправе запросить официальное письмо от производителя товара с подтверждением того, что Поставщик входит с производителем в одну группу лиц либо является официальным дистрибьютором продукции производителя;
- если Поставщик является поставщиком импортного товара (в том числе, сам является импортером), Общество вправе запросить

официальное письмо от иностранного производителя о том, что Поставщик имеет право на использование соответствующего товарного знака на территории России либо является импортером продукции производителя в Россию;

- общество стремится реализовывать продукцию по наиболее конкурентным ценам, поэтому наиболее эффективным считает заключение договоров непосредственно с производителями товаров, чтобы избежать наценок от перепродажи товара (сокращение цепочки товара на пути от производителя к конечному потребителю).

Репутационные критерии:

- отсутствует информация о фактах неисполнения/неадекватного исполнения Поставщиком принятых на себя обязательств перед Обществом, партнерами Общества, а также компаниями, осуществляющими аналогичные виды деятельности;
- отсутствует информация о предъявлении к Поставщику (в течение года, предшествующего направлению полного комплекта документов в Общество) налоговыми, антимонопольными, таможенными и иными государственными органами претензий.

В качестве положительного примера можно привести торговую сеть «Магнит», на сайте которой в разделе «Поставщикам» содержится структурированная подробная информация, включающая общие сведения, утвержденный порядок отбора по разным категориям поставщиков, детализированные процедуры с указанием порядка и сроков подачи и рассмотрения документов, перечни необходимых документов, типовой договор поставки со всеми приложениями, порядок размещения заказов на поставку продукции на распределительные центры, условия и порядок электронного документооборота, инструкцию по работе в системе взаимодействия с внешними партнерами, информацию о технической поддержке и т.д.

Положительной практикой следует признать размещение на сайтах торговых сетей типовых договоров поставки. Такие договоры часто дают поставщику представление об особенностях логистики торговой сети, о наличии (отсутствии) и порядке работы с распределительными центрами или торговыми объектами и т.д. Однако при этом типовые договоры не содержат (и не могут содержать) таких важных для поставщиков деталей, как цена и конкретные сроки оплаты поставленного товара, сроки предварительных уведомлений об изменении цен, размеры вознаграждений торговой сети (все эти и другие вопросы решаются индивидуально непосредственно в ходе переговоров при заключении договора).

Положительной практикой следует признать размещение на сайтах торговых сетей типовых договоров поставки. Однако типовые договоры не содержат (и не могут содержать) таких важных для поставщиков деталей, как цена и конкретные сроки оплаты поставленного товара, сроки предварительных уведомлений об изменении цен.

Даже по поводу того, какие именно условия считать существенными условиями договора поставки, в юридической практике нет единства. Тем более сложно говорить об указании существенных условий договора поставки в случае размещения такой информации на сайте торговой сети, когда они должны быть раскрыты для неопределенного круга лиц по неопределенному кругу товаров.

Некоторые торговые сети (например, «Лента») информацию об условиях отбора поставщиков на своих сайтах в Интернете просто не размещают. В этом случае единственным способом для поставщика остается письменный запрос информации.

Требования части 1 комментируемой статьи о предоставлении информации по письменному запросу поставщика также соблюдаются торговыми сетями не всегда. Между тем, в соответствии с частями 1 и 2 статьи 14.41 Кодекса РФ об административных правонарушениях:

- непредоставление хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность посредством организации торговой сети, запрашиваемой контрагентом информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров, о существенных условиях такого договора влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 20 до 40 тыс. руб.; на юридических лиц — от 300 до 500 тыс. руб.;
- непредоставление хозяйствующим субъектом, осуществляющим поставки продовольственных товаров, запрашиваемой контрагентом информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров, о существенных условиях такого договора и информации о качестве и безопасности поставляемых продовольственных товаров влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 20 до 40 тыс. руб.; на юридических лиц — от 300 до 500 тыс. руб.

Приведем ряд примеров. Торговая сеть «СоседДушка» (индивидуальный предприниматель) в марте 2013 года была оштрафована Оренбургским УФАС России по части 1 статьи 14.41 КоАП РФ за непредоставление запрошенной контрагентом

информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки, о существенных условиях такого договора. Дело возбуждено по жалобе поставщика, не получившего ответ на свой письменный запрос. На предпринимателя наложен штраф в размере 25 тыс. руб., штраф уплачен в доход федерального бюджета.

По результатам плановой проверки Орловского УФАС России в отношении торговой сети **ЗАО «Народный магазин М»** и должностного лица (руководителя) в мае 2012 года возбуждены дела об административном правонарушении по части 1 статьи 14.41 КоАП РФ (отсутствие утвержденной информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки, о существенных условиях такого договора, отсутствие интернет-сайта). В отношении юридического лица дело прекращено по малозначительности, на должностное лицо наложен штраф в размере 20 тыс. руб. Постановления не обжаловались, штраф уплачен в доход федерального бюджета.

Однако в рассматриваемом случае позиция антимонопольного органа представляется нам дискуссионной: закон предусматривает для торговой сети альтернативу — или размещать информацию на интернет-сайте, или предоставлять ее по запросу. По нашему мнению, сам факт отсутствия интернет-сайта торговой сети не лишает поставщика предусмотренной законом возможности получить необходимые сведения, обратившись в торговую сеть.

Таким образом, по мнению автора, при отсутствии жалоб от поставщиков, которым не предоставили информацию по письменному запросу в течение 14 дней, размещение соответствующей информации на интернет-сайте (либо отсутствие такого сайта) не образует состава административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.41 КоАП РФ.

Торговая сеть **«Европа»** в феврале 2013 года оштрафована Курским УФАС России по части 1 статьи 14.41 КоАП РФ за непредоставление запрошенной контрагентом информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки, о существенных условиях такого договора. Дело было возбуждено по жалобе поставщика, не получившего ответа на свой письменный запрос. На хозяйствующего субъекта наложен штраф в размере 300 тыс. руб., постановление обжаловано в Арбитражный суд Курской области.

Интересным примером является дело Свердловского УФАС России по жалобе поставщика, когда нарушение **ООО «ЛЕВ»** (торговая сеть «Кировский») обязанности по обеспечению доступа поставщика к информации стало частью состава нарушения статьи 13 Закона о торговле.

В ходе рассмотрения дела антимонопольный орган установил, что поставщик дважды обращался в торговую сеть для получения необходимой информации, которая не была ему предоставлена. Более того, торговая сеть вообще уклонялась от ведения переговорного процесса и заключения договора относительно поставок данным поставщиком в ТС определенной группы товаров (майонеза), который в то же время поставлялся в ТС другими поставщиками.

Действия торговой сети с учетом всех обстоятельств дела были расценены как нарушение пункта 1 части 1 статьи 13 Закона о торговле — создание дискриминационных условий путем непредоставления поставщику информации об условиях отбора контрагентов для заключения договора поставки майонеза в магазины торговой сети и о существенных условиях такого договора, что создало для заявителя препятствия для доступа на товарный рынок (рынок майонеза).

Показательно, что три судебных инстанции поддержали позицию антимонопольного органа⁴. ВАС РФ определением от 02.08.2012 г. отказал в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора.

НЕПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ ИЛИ СОЗДАНИЕ ДИСКРИМИНАЦИОННЫХ УСЛОВИЙ?

Антимонопольные органы не должны прямо отождествлять и смешивать составы нарушений, предусмотренных частью 1 статьи 9 (непредоставление информации, указанной в законе) и частью 1 статьи 13 Закона о торговле (создание дискриминационных условий).

В качестве примера можно привести дело Чувашского УФАС России в отношении ТС **«Магнит»** по жалобе поставщика — ООО Кондитерская «Сластена». Торговая сеть не представила ответ на письменный запрос поставщика об условиях отбора контрагентов и существенных условиях договора поставки в четырнадцатидневный срок со дня получения соответствующего запроса.

Антимонопольный орган квалифицировал данное деяние как нарушение части 1 статьи 13 Закона о торговле (несмотря на то, что общие условия отбора поставщиков и типового договора поставки были размещены на официальном сайте торговой сети) и выдал торговой сети предписание о прекращении нарушения.

Решение и предписание регулятора были обжалованы. Суд первой инстанции поддержал позицию антимонопольного органа, однако суды апелляционной и кассационной инстанций признали выводы Чувашского УФАС России неправомерными и отменили обжалуемые ненормативные акты⁵.

⁴ Дело № А60-35180/2011.

⁵ Дело № А79-4836/2011.

При этом Первый арбитражный апелляционный суд обоснованно указал на следующее: «В рассматриваемом случае Управление возбудило дело по признакам нарушения Обществом пункта 1 части 1 статьи 13 Федерального закона № 381-ФЗ. Следовательно, с учетом положений указанного Федерального закона, *установлению в рамках возбужденного дела подлежали обстоятельству и факты, подтверждающие создание Обществом дискриминационных условий*⁶, и в случае выявления таковых — признание в его действиях нарушения пункта 1 части 1 статьи 13 Федерального закона № 381-ФЗ. Однако резолютивная часть оспариваемого решения Управления содержит квалификацию части 1 статьи 9 данного Федерального закона, а не пункта 1 части 1 статьи 13 Федерального закона № 381-ФЗ. Суд апелляционной инстанции считает, что положения статьи 9 настоящего Федерального закона следует оценивать в совокупности с установленными в части 1 статьи 13 запретами, адресованными, в частности, хозяйствующим субъектам, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, к каковым относится Общество. При этих условиях *действия хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, нарушающие положения статьи 9 Федерального закона № 381-ФЗ, без установления факта создания этими действиями дискриминационных условий, то есть ущемляющих права хозяйствующих субъектов-поставщиков, нельзя квалифицировать как создание дискриминационных условий*».

По мнению апелляционного суда, антимонопольным органом было констатировано нарушение части 1 статьи 9, а факт создания Обществом дискриминационных условий для ООО Кондитерская «Сластена» не оценивался. Кроме того, по мнению суда, неисполнение владельцем торговой сети обязанности обеспечить доступ к информации одним из указанных в законе способов на начальной стадии взаимоотношений не может расцениваться как носящее дискриминационный характер, ущемляющее права хозяйствующих субъектов-поставщиков. «Суд апелляционной инстанции *полагает необходимым отметить, что вменение в рассматриваемом случае Обществу нарушения части 1 статьи 9 Федерального закона № 381-ФЗ сделано антимонопольным органом без учета и оценки утвержденного Обществом порядка отбора контрагентов для заключения договоров поставки продовольственных товаров, размещенного на сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, а также соотношения действий Общества и потенциального*

⁶ Здесь и далее — курсив наш.

поставщика с указанным порядком отбора контрагентов».

Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа оставил в силе постановление апелляционной инстанции, в порядке надзора дело не рассматривалось.

На наш взгляд, дискуссионным примером является дело Ростовского УФАС России в отношении торговой сети **ООО «Мера Постропг»**. По результатам мониторинга реализации Закона о торговле регулятор выявил отсутствие у торговой сети утвержденных условий (критериев) отбора контрагентов для заключения договора поставки продовольственных товаров, что, по мнению антимонопольного органа, свидетельствует об отсутствии унифицированного (публичного) подхода к отбору торговой сетью контрагентов. В отношении торговой сети было возбуждено дело о нарушении части 1 статьи 13 Закона о торговле.

По мнению антимонопольного органа, «данное нарушение части 1 статьи 13 Закона о торговле, в том числе путем нарушения части 1 статьи 9 указанного закона, образует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 1 статьи 14.41 КоАП РФ»⁷. На торговую сеть и должностное лицо (руководителя) был наложен штраф (300 тыс. и 20 тыс. руб. соответственно).

В связи с тем, что постановления антимонопольного органа не обжаловались, позиция суда по настоящему делу отсутствует. Однако с учетом выводов, которые сделали суды по вышеописанному делу, позиция регулятора представляется нам спорной.

Часть 1 статьи 14.41 КоАП РФ формулирует состав нарушения как непредоставление хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность посредством организации торговой сети, *запрашиваемой* контрагентом информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров, о существенных условиях такого договора. При этом часть 1 статьи 9 Закона о торговле устанавливает обязанность торговой сети обеспечивать поставщику доступ к информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров и о существенных условиях такого договора путем размещения соответствующей информации на своем сайте *или* путем предоставления запрашиваемой информации безвозмездно в четырнадцатидневный срок со дня получения соответствующего запроса.

Таким образом, по нашему мнению, Законом о торговле предусмотрены следующие варианты легитимного поведения торговой сети: разместить на интернет-сайте необходимую информацию

⁷ Цитата из постановления.

в постоянном доступе; в случае, если это не сделано, после получения письменного запроса поставщика торговая сеть в четырнадцатидневный срок обязана **либо** разместить на интернет-сайте необходимую информацию, либо предоставить ее поставщику письменно. Само по себе отсутствие утвержденных критериев отбора поставщиков (при отсутствии их жалоб), на наш взгляд, сложно расценить как дискриминацию: любой поставщик не лишен возможности обратиться в торговую сеть и получить все необходимые ему сведения в письменной форме, при этом у торговой сети есть 14 дней, чтобы эти критерии и условия официально утвердить.

ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

На основании анализа сложившейся практики можно прийти к выводу, что определенные трудности **для антимонопольных органов** при применении частей 1 и 2 статьи 9 Закона о торговле (а равно части 1 статьи 14.41 КоАП РФ) представляют:

- необходимость давать правовую оценку содержания, полноты информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки (если она размещена на сайте или предоставлена поставщику, но не устраивает его);
- необходимость оценивать информацию о существенных условиях договора (так, имеется противоположная судебная практика о том, считать ли существенным условием договора поставки цену;⁸
- необходимость соблюдения двухмесячного срока давности привлечения к административной ответственности за нарушения статьи 9 Закона, предусмотренного частью 1 статьи 4.5 КоАП РФ, с учетом того, что нарушение не относится к категории дящихся;
- отсутствие возможности проведения административного расследования (часть 1 статьи 28.7 КоАП РФ в перечне видов нарушений, по которым проводится административное расследование, не называет нарушения законодательства о госрегулировании торговой деятельности).

Для участников же торговой деятельности выводы и рекомендации сводятся к следующему:

- информацию об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки, о существенных условиях такого договора следует искать на интернет-сайте поставщика или торговой сети; затем при необходимости обращаться с письменным запросом;
- при отсутствии информации на интернет-сайте либо письменного ответа для исключения

Законопроект о внесении изменений в Закон о торговле предполагает отнесение государственного контроля (надзора) за соблюдением требований статьи 9 к компетенции антимонопольного органа с правом выдачи соответствующих предписаний.

споров в будущем лучше сразу после окончания четырнадцатидневного срока, предусмотренного законом, сделать нотариально заверенное копирование материалов интернет-сайта и незамедлительно обратиться с заявлением в антимонопольный орган по месту нахождения хозяйствующего субъекта, не предоставившего информацию. К заявлению, помимо копии запроса и доказательств его получения адресатом, рекомендуется приложить материалы копирования интернет-сайта, заверенную копию журналов исходящей и входящей корреспонденции;

- если информация об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки, о существенных условиях такого договора размещена на сайте или предоставлена по письменному запросу, однако фактически не содержит необходимых поставщику сведений, представляется обоснованным обратиться с письменным запросом, указав конкретно требуемые сведения и обосновав их необходимость для понимания условий сотрудничества с торговой сетью.

В заключение отметим, что законопроект о внесении изменений в Закон о торговле предполагает отнесение государственного контроля (надзора) за соблюдением требований статьи 9 к компетенции антимонопольного органа с правом выдачи соответствующих предписаний. Предполагаемые изменения самой статьи 9 не касаются содержания частей 1 и 2 указанной статьи, которые сохраняются в ныне действующей редакции.

В то же время законопроектом о внесении изменений в КоАП РФ предусматривается внесение изменений в статью 4.5 Кодекса, в соответствии с которыми срок давности привлечения к административной ответственности за нарушения статьи 9 Закона о торговле составит один год, аналогично сроку давности по нарушениям антимонопольного законодательства.

Лихущина Е. А.,
начальник отдела товарных
и финансовых рынков
Курского УФАС России,
советник государственной
гражданской службы РФ I класса

⁸ Дело № А09-9223/06-9 и др. — да, считать; дело № А35-10858/2009 и др. — нет, не считать.

КОНКУРЕНТНАЯ СРЕДА НА РЫНКАХ РАБОТ ПО СТРОИТЕЛЬСТВУ, РЕКОНСТРУКЦИИ, КАПИТАЛЬНОМУ РЕМОНТУ ДОРОГ, ТОННЕЛЕЙ, МОСТОВ И ПУТЕПРОВОДОВ

До недавнего времени рынок работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту автомобильных дорог в России оставался малоизученным. Очевидно, что для формирования представления о предпринимательском климате в отрасли требовался также анализ состояния конкурентной среды рынка работ по строительству, реконструкции и капитальному ремонту тоннелей, мостов и путепроводов.

Управлением контроля ЖКХ, строительства и природных ресурсов ФАС России для оценки состояния конкурентной среды на рассматриваемых рынках, выявления факторов, влияющих на предпринимательский климат, в том числе, затрудняющих вход на рынки работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту дорог, тоннелей, мостов и путепроводов, а также с целью своевременного принятия мер антимонопольного реагирования проведен анализ исследуемых рынков за период с 2009 по 2011 годы.

В основу исследования легла информация, представленная территориальными органами ФАС России, Федеральным дорожным агентством (Росавтодор) и его филиалами, Государственной компанией «Автодор», органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления, а также хозяйствующими субъектами, осуществляющими деятельность на интересующих нас рынках.

В результате анализа было установлено, что на территории Российской Федерации работы по строительству, реконструкции, капитальному ремонту *автомобильных дорог* в исследуемый период осуществляло 2072 хозяйствующих субъекта различных форм собственности, а деятельность по строительству, реконструкции, капитальному ремонту *тоннелей, мостов и путепроводов* — 896 хозяйствующих субъектов. При этом количество хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность по строительству, реконструкции, капитальному ремонту *автомобильных дорог* в том



или ином регионе различна. Так, например, в Республике Тыва — всего 2 хозяйствующих субъекта, тогда как в Республике Татарстан — 97.

Необходимо отметить, что аналогичная ситуация сложилась и с хозяйствующими субъектами, производящими работы по строительству, реконструкции и капитальному ремонту *тоннелей, мостов и путепроводов*: в Пензенской области



выявлено 3 хозяйствующих субъекта, а в Санкт-Петербурге — уже 38.

Кроме того, было выявлено 252 хозяйствующих субъекта, одновременно производящих работы по строительству, реконструкции, капитальному ремонту как автомобильных дорог, так и тоннелей, мостов и путепроводов (например, ООО «Курск-спецдорстрой», ГУП «Буденновское МДРСУ», ОАО «Дорожная служба Иркутской области» и т.д.).

Поскольку большинство автомобильных дорог общего пользования и искусственных дорожных сооружений находятся в государственной и муниципальной собственности, то основная часть договоров на выполнение работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту автомобильных дорог и искусственных дорожных сооружений заключается посредством проведения торгов в порядке, установленном Федеральным законом от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»*.

Особенности данного технологического процесса предполагают обязательное использование специализированной дорожной техники, что затрудняет перемещение производителей работ.

Следует отметить, что деятельность хозяйствующих субъектов по выполнению работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту автомобильных дорог и искусственных дорожных сооружений сконцентрирована в границах субъектов Российской Федерации.

Вместе с тем, выявлен ряд хозяйствующих субъектов, ведущих свою деятельность в нескольких субъектах Российской Федерации, но в пределах либо одного федерального округа, либо соседствующих. Так, например, ООО «Технострой» выполняет работы по строительству, реконструкции, капитальному ремонту автомобильных дорог в Республике Карелия и Мурманской области — Северо-Западный федеральный округ, а ООО «НПО «Мостовик» производит работы тех же видов в Омской области, Забайкальском крае — Сибирский федеральный округ, а также в Республике Саха (Якутия) — Дальневосточный федеральный округ.

Аналогичная ситуация сложилась и в сфере строительства, реконструкции, капитального ремонта тоннелей, мостов и путепроводов. Например, ОАО «Саратов-Автомост» выполняет работы по строительству, реконструкции, капитальному ремонту тоннелей, мостов и путепроводов в Саратовской области и Республике Мордовия (Приволжский федеральный округ); ООО «Геон» выполняет работы по капитальному ремонту тоннелей,

* Далее — Закон о размещении заказов.



мостов и путепроводов в Омской и Новосибирской областях (Сибирский федеральный округ).

Необходимо отметить, что доля таких хозяйствующих субъектов в общей массе хозяйствующих субъектов незначительна и составляет:

- на рынке работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту автомобильных дорог — около 2%;
- на рынке работ по строительству, реконструкции и капитальному ремонту тоннелей, мостов и путепроводов — примерно 1%.

Анализ рынков работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту дорог, тоннелей, мостов и путепроводов показал, что в большинстве субъектов Российской Федерации основная часть работ выполнялась генподрядчиками собственными силами (в среднем от 50% до 80% от общего объема работ). Субподрядчики, как правило, привлекались для выполнения незначительного объема работ.

Кроме того, территориальными органами ФАС России выявлены организации, входящие в одну группу лиц, которые производят работы по строительству, реконструкции и капитальному ремонту автомобильных дорог, тоннелей, мостов и путепроводов на территории субъектов Российской Федерации. Так, Удмуртским УФАС России установлена группа лиц ООО «Удмуртдорстрой» в составе:

ОАО «Дорожное предприятие «Ижевское», ОАО «Можгинское дорожное предприятие», ОАО «Глазовский дормостстрой», ОАО «Сарапульское дорожное предприятие», ОАО «Увинское дорожное предприятие», — с долей на рынке работ по строительству дорог более 50% на территории Удмуртской Республики. Пермским УФАС России выявлена группа лиц «ЮКОН» в составе: ОАО «Пермдорстрой», ОАО «Пермавтодор», ООО «Строительно-монтажное управление № 34», — с долей на рынке работ по строительству дорог более 50% на территории Пермского края.





По результатам проведенного анализа 14 хозяйствующих субъектов, выполняющих работы по строительству, реконструкции и капитальному ремонту автомобильных дорог, и 36 хозяйствующих субъектов, выполняющих работы по строительству, реконструкции и капитальному ремонту тоннелей, мостов и путепроводов, включены в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке указанного товара в размере более чем 35%.

Анализ рынков работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту дорог, тоннелей, мостов и путепроводов показал, что рассматриваемые рынки в большинстве субъектов Российской Федерации являются высококонцентрированными, с неразвитой конкуренцией.

Кроме того, ФАС России выявлены административные и экономические барьеры, затрудняющие вход на рассматриваемые рынки:

- 1) необходимость получения разрешения на строительство, реконструкцию, капитальный ремонт дорог, тоннелей, мостов и путепроводов (лицензии на выполнение работ по строительству автомобильных дорог (до 01.01.2010 г.); необходимость получения разрешения ГИБДД;
- 2) условия конкурсного отбора поставщиков товаров (продукции, работ, услуг) для государственных и муниципальных нужд;

- 3) нарушения, допускаемые организаторами торгов при составлении документации о торгах и при оценке заявок, что приводило к затягиванию процедуры заключения контракта, и, в конечном итоге, к уменьшению сроков ведения работ, увеличению времени отвлечения средств на обеспечение заявки;
- 4) субъективный подход к хозяйствующим субъектам, действующим на изучаемых рынках при прохождении государственной экспертизы, осуществлении строительного надзора. Кроме того, ряд территориальных органов ФАС России из Дальневосточного федерального округа отмечают, что СРО создаются при поддержке





органов государственной власти субъектов Российской Федерации, в связи с чем СРО устанавливают необоснованно высокие вступительные и членские взносы и пытаются сделать членство в указанных СРО обязательным для всех участников региональных рынков;

- 5) необходимость осуществления значительных первоначальных капитальных вложений (в том числе, для приобретения строительной техники) при длительных сроках окупаемости этих вложений;
- 6) ограниченная доступность финансовых ресурсов и более высокие издержки привлечения финансирования для потенциальных участников по сравнению с хозяйствующими субъектами, действующими на рассматриваемом рынке;
- 7) крупная сумма требуемого задатка, отсутствие аванса.

Подводя итог, необходимо отметить, что наличие указанных барьеров входа на рынки работ по строительству, реконструкции, капитальному ремонту автомобильных дорог, а также тоннелей, мостов и путепроводов, негативным образом

сказывается на создании благоприятных условий для хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на рассматриваемых рынках, препятствует улучшению предпринимательского климата, а также развитию конкурентных отношений и, следовательно, требует особого внимания и контроля со стороны антимонопольного органа.

Кроме того, выполненная работа позволила дополнительно выделить наиболее актуальные вопросы, в том числе, связанные с введением платных участков дорог и формированием себестоимости дорожного полотна, которые требуют проведения отдельного глубокого и детального исследования.

Полученные результаты уже сегодня могут быть положены в основу управленческих решений по развитию отрасли, а также контроля за их исполнением.

Самордина В. И.,
Управление контроля ЖКХ,
строительства и природных ресурсов
ФАС России, консультант

ДЕПОЗИТ ДЕПОЗИТУ — РОЗНЬ, ИЛИ ПРАВИЛА КОНКУРЕНТНОЙ БОРЬБЫ

Сегодня основная конкурентная борьба между банками идет за привлечение и формирование депозитной базы. В попытках найти перспективного клиента и получить дополнительный доход банкам приходится максимально быстро адаптироваться к изменениям рынка, постоянно предлагая потребителям новые, все более привлекательные, банковские продукты.

Победителем в этой борьбе становится тот, кто постоянно расширяет диапазон оказываемых услуг, снижает их стоимость, улучшает качество кредитно-расчетного и кассового обслуживания, предоставляет дополнительные льготы при кредитовании, предлагает клиентам разного рода консультации и т.п. Это правило честной конкуренции.

Однако в жестких условиях современного рынка соблазн как можно быстрее обогнать соперников иногда вынуждает игроков использовать «неджентельменские» способы борьбы, которые, несмотря на всю их эффективность, несут в себе серьезные риски, в том числе, антимонопольные.

На примере одного из недавно рассмотренных антимонопольных дел попробуем разобраться, на что необходимо обращать внимание при реализации такого банковского продукта, как депозит, чтобы при этом не попасть в поле зрения антимонопольных органов.

Немного теории

Введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей в соответствии со статьей 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹ является одной из форм недобросовестной конкуренции.

Для квалификации каких-либо действий как акта недобросовестной конкуренции необходимо установить факт распространения лицом информации о себе и/или своем товаре либо совершения иных действий, которые вводят в заблуждение.

¹ Далее — Закон о защите конкуренции.

При буквальном прочтении данной нормы закона становится понятно, что для квалификации каких-либо действий как акта недобросовестной конкуренции необходимо установить факт распространения лицом информации о себе и/или своем товаре либо совершения иных действий, которые вводят в заблуждение.

При этом такие действия должны:

- быть направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;
- противоречить законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- причинять убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо наносить вред их деловой репутации.

Действия, соответствующие указанным критериям, являются недобросовестной конкуренцией в любой сфере бизнеса, на любом товарном рынке. И рынок банковских услуг не является исключением.

Так, ФАС России неоднократно квалифицировал действия банков по привлечению денежных средств во вклады с последующим ухудшением потребительских свойств таких вкладов по сравнению с первоначально заявленными как акт недобросовестной конкуренции.

Пример из практики

В качестве примера уместно привести дело о нарушении антимонопольного законодательства, рассмотренное ФАС России в отношении КБ «Юниаструм Банк».

Как следует из решения антимонопольного органа, КБ «Юниаструм Банк» в период с декабря



2008 года по декабрь 2009 года заключал договоры пополняемых срочных вкладов, в соответствии с которыми единственным условием возврата денежных средств со счетов по срочным вкладам являлось их перечисление на открытые в КБ «Юниаструм Банк» текущие счета/счета «до востребования».

Затем, в 2010 году, КБ «Юниаструм Банк» ввел комиссию в размере 7% за снятие с текущих счетов/счетов «до востребования» денежных средств, поступивших на них со счетов по срочному вкладу. Таким образом КБ «Юниаструм Банк» фактически ввел комиссию за снятие денежных средств со счетов по срочным вкладам и тем самым в одностороннем порядке изменил условия договоров, заключенных по срочным вкладам.

В связи с этим необходимо отметить, что возможность снятия денежных средств со срочных счетов без каких-либо дополнительных комиссий, безусловно, является существенным условием при выборе вкладчиками кредитной организации, а для самого банка — веским преимуществом по сравнению с аналогичными банковскими продуктами, предлагаемыми банками-конкурентами.

При разработке депозитной политики банку необходимо исходить из того, что главный вопрос не в том, есть ли такая политика у банка в принципе, а в ее качестве, соответствии требованиям законодательства, в том числе, антимонопольного.

Установление КБ «Юниаструм Банк» комиссии за снятие денежных средств привело к тому, что вкладчики лишились возможности получать обещанную им при заключении договоров доходность внесенных во вклады денежных средств, следовательно, потребительские свойства данных вкладов по уже заключенным договорам существенно ухудшились по сравнению с первоначально заявленными. Таким образом, КБ «Юниаструм Банк» ввел своих вкладчиков в заблуждение относительно потребительских свойств вкладов при заключении соответствующих договоров.

Комиссией ФАС России также было отмечено, что установление КБ «Юниаструм Банк» комиссии за снятие денежных средств могло причинить убытки конкурирующим кредитным организациям в размере недополученных доходов от размещения привлеченных во вклады денежных средств физических лиц, которые эти организации могли бы получить при условии, что клиенты КБ «Юниаструм Банк» при заключении соответствующих договоров знали о предстоящем введении комиссии за снятие денежных средств.

По мнению антимонопольного органа, подобная практика противоречит как действующему законодательству², так и требованиям добросовестности, разумности и справедливости. Следовательно, в описанных действиях КБ «Юниаструм Банк» содержатся все признаки недобросовестной конкуренции.

² Поскольку ст. 310 ГК РФ односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, не допускается.

КОММЕНТАРИЙ ФАС РОССИИ

Выигранные Федеральной антимонопольной службой России дела о недобросовестной конкуренции банков на рынке вкладов действительно стали прецедентом, послужившим сигналом для всего банковского сектора.

Естественно, привлекая новых клиентов, банки должны адекватно оценивать свои возможности и риски, связанные с исполнением принятых обязательств. В этой связи хотелось бы отметить, что банки имеют все возможности для защиты своих интересов от риска изменения рыночной конъюнктуры. В рассматриваемом случае с пополняемыми вкладами ответчики могли на стадии заключения договоров просто предусмотреть в них условие, ограничивающее максимальную сумму дополнительных взносов, что является нормальной практикой для рынка и не противоречит закону.

Изменение же существенных свойств срочного вклада, в том числе, ограничение возможности пополнения или значительное снижение доходности операций, в нарушение требований закона является недобросовестным и недопустимым инструментом конкурентной борьбы.

Медведев А. А.,
начальник отдела рынка банковских услуг
Управления контроля финансовых рынков
ФАС России

По результатам рассмотрения данного дела Комиссия ФАС России признала КБ «Юниаструм Банк» нарушившим часть 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции в части совершения действий, выразившихся в привлечении денежных средств физических лиц во вклады с последующим ухудшением потребительских свойств таких вкладов по сравнению с первоначально заявленными в связи с введением комиссии за снятие с текущих счетов/счетов «до востребования» денежных средств, поступивших на такие счета со счетов по срочному вкладу³. КБ «Юниаструм Банк» было также выдано предписание, в том числе, о возврате физическим лицам, вкладчикам банка, денежных средств, удержанных с них в виде комиссии.

Позиция судов

Решение и предписание, вынесенные антимонопольным органом по результатам рассмотрения данного дела, КБ «Юниаструм Банк» обжаловал в судебном порядке. Однако позиция ФАС России была полностью поддержана судами в части обоснованности признания действий КБ «Юниаструм Банк» актом недобросовестной конкуренции⁴.

В частности, суды пришли к выводу, что подобные действия КБ «Юниаструм Банк», в числе прочего, привели к одностороннему отказу банка от исполнения обязательств по договорам вкладов, а именно от предусмотренного этими договорами и часть 1 статьи 834 ГК РФ обязательства вернуть в полном объеме сумму вкладов и начисленных на нее процентов. При этом в типовых договорах КБ

³ Решение ФАС России по делу № 114/128-110 о нарушении антимонопольного законодательства от 12.12.2012 г.

⁴ Решение Арбитражного суда г. Москвы и Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда по делу № А40-36832/12.

Для исключения антимонопольных рисков банку важно иметь не только четкое представление о том, каким образом можно привлечь новых клиентов, но и твердо исполнять все заявленные условия договоров.

«Юниаструм Банк» отсутствуют указания на наличие у банка права в одностороннем порядке изменять условия договоров.

Судами также подтверждены и выводы антимонопольного органа о возможности причинения действиями КБ «Юниаструм Банк» убытков конкурирующим кредитным организациям, а также о противоречии таких действий требованиям добросовестности, разумности и справедливости.

Необходимо отметить, что приведенное в качестве примера дело не является единственным, рассмотренным антимонопольным органом в отношении кредитных организаций по аналогичным основаниям. И во всех случаях позиция ФАС России была поддержана судами. Таким образом, можно говорить как о сформировавшейся судебной практике по данному вопросу, так и о вполне обоснованной позиции антимонопольного органа.

Ценность прецедента

Бесспорно, конечной целью реализации депозитной политики любого коммерческого банка является увеличение объема ресурсной базы при минимизации расходов. Однако при разработке депозитной политики банку необходимо исходить из того, что главный вопрос не в том, есть ли такая политика у банка в принципе, а в ее качестве, соответствии требованиям законодательства, в том числе, антимонопольного.

Из анализа результатов дела, рассмотренного в данной статье, следует, что для исключения антимонопольных рисков банку важно иметь не только четкое представление о том, каким образом можно привлечь новых клиентов, но и твердо исполнять все заявленные условия договоров. При этом до сведения потребителя необходимо довести все существенные характеристики финансового продукта, а информация о потребительских свойствах услуги должна быть достоверной. Для этого в банке следует установить четко отлаженную систему контроля, в том числе, и за способами предложения, рекламы и продажи конкретного банковского продукта.

И конечно же, всегда необходимо помнить, что работа по принципу «не обманешь — не продашь» в любой момент может обернуться для кредитной организации серьезными экономическими и репутационными рисками, ведь депозит депозиту рознь...

Ирина Акимова,
советник *Capital Legal Services*

ОБЕСПЕЧЕНИЕ КОНКУРЕНЦИИ: ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ

Обеспечение конкуренции является первостепенной задачей государств с рыночной экономикой. Учитывая данное обстоятельство, российский законодатель предусмотрел нормы о защите конкуренции в основополагающих законах — Конституции Российской Федерации и Гражданском кодексе РФ.

В силу пункта 1 статьи 10 Гражданского кодекса РФ не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. К видам злоупотребления правом согласно статье 10 Гражданского кодекса РФ относят, в том числе, и злоупотребление доминирующим положением на рынке и ограничение конкуренции¹.

Если ранее действовало два самостоятельных закона в области защиты конкуренции: Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и Федеральный закон от 23.06.1999 № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг», то в настоящее время их заменил единый Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»².

Ограничение конкуренции

Согласно статье 4 Закона о защите конкуренции, конкуренция — это соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Как отмечает Гув А.Н.³, формой ограничения конкуренции чаще всего являются различные соглашения лиц, занимающихся одинаковой предпринимательской деятельностью, направленные против их конкурентов.

Ограничение доступа на рынок может проявляться в том, что предприниматели, не входящие в своеобразную «конвенцию», противоправно не допускаются к реализации товаров, работ, услуг на данном рынке. Методы, применяемые при этом, весьма разнообразны: отказ предоставлять торговые площади, складские помещения, помехи в транспортировке и т.п.

¹ Токарев Д., Гончаров А. О злоупотреблении правом в отношениях коммерческих организаций // Хозяйство и право. 2008. № 4. С. 127.

² Далее также — Закон.

³ Гув А.Н. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Инфра-М, 2003. С. 29–30.

Формы ограничения конкуренции не следует сводить только к заключению соглашений между хозяйствующими субъектами.

Если же говорить о вытеснении с рынка других предпринимателей, то его отличие от ограничения доступа состоит в том, что участники соглашения делают все от них зависящее, чтобы существенно подорвать позиции своих конкурентов на ранее освоенных последними рынках.

По нашему мнению, Гув А.Н. неоправданно пытается свести ограничение, недопущение и устранение конкуренции к заключению соглашений между хозяйствующими субъектами. Так, вне поля зрения автора остается возможность ограничения конкуренции путем совершения действий хозяйствующими субъектами, органами государственной власти и местного самоуправления, заключения соглашений между указанными органами и хозяйствующими субъектами. К примеру, продавец товара устанавливает на него монопольно высокую цену или отказывается за плату изготавливать товар для покупателя при наличии технологической возможности его производства. Данные действия направлены против конкуренции и поэтому запрещены статьей 10 Закона о защите конкуренции, однако не сопровождаются заключением соглашений с другими хозяйствующими субъектами. Таким образом, полагаем, что формы ограничения конкуренции не следует сводить только к заключению соглашений между хозяйствующими субъектами.

В Законе о защите конкуренции, как и в ранее действовавшем антимонопольном законодательстве, не определено понятие «ограничение конкуренции», однако содержится перечень некоторых его признаков. Признаки ограничения конкуренции перечислены в статье 4 Закона. К ним относятся: сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих

С принятием новой редакции Закона о защите конкуренции законодатель изменил содержание понятия «финансовая организация».

условий обращения товара на товарном рынке, от каз хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарных рынках и др.

Регулирование конкурентных отношений нормами единого федерального закона не означает, что законодатель отказался от особенностей правового регулирования деятельности организаций на товарных и финансовых рынках.

С принятием новой редакции Закона о защите конкуренции законодатель изменил содержание понятия «финансовая организация». Если ранее на рынке финансовых услуг финансовой организацией являлось только лицо, имевшее лицензию на осуществление соответствующего вида деятельности, то теперь для признания юридического лица финансовой организацией наличие лицензии не требуется. Следовательно, организация не освобождается от ответственности за действия, ограничивающие конкуренцию, лишь на основании отсутствия лицензии на оказание соответствующих финансовых услуг⁴.

Доминирование на товарных рынках

Понятие «доминирование на рынке» применяется в конкурентном праве для оценки способности господствующих на рынке предпринимателей действовать независимо от других участников рыночных отношений, устанавливая цены по своему усмотрению.

Как следует из легального определения понятия «доминирующее положение», содержащегося в статье 5 Закона о защите конкуренции, качественной (общей) характеристикой доминирующего положения выступают три группы возможностей:

- оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем рынке;
- устранять с товарного рынка других хозяйствующих субъектов;
- затруднять доступ на товарный рынок другим хозяйствующим субъектам⁵.

Наличие доминирующего положения у хозяйствующего субъекта на рынке само по себе не является нарушением антимонопольного законодательства. Об этом, например, свидетельствуют положения пункта 3 Правил установления доминирующего положения финансовой организации (за исключением кредитной организации),

⁴ Тотьев К.Ю. Финансовая услуга как условие признания доминирующего положения // Право и экономика. 2008. № 2. С. 17.

⁵ Тотьев К.Ю. Финансовая услуга как условие признания доминирующего положения // Право и экономика. 2008. № 2. С. 18.

КОММЕНТАРИЙ ФАС РОССИИ

Актуальность представленной работы не вызывает сомнений, поскольку она посвящена анализу таких основных понятий, используемых в антимонопольном законодательстве Российской Федерации, как «ограничение конкуренции», «доминирование на товарных рынках» и «монополистическая деятельность». Автор также проводит анализ законодательства Российской Федерации и научных работ. Разбираясь в сложившейся ситуации, Шайхеев Т.И. приходит к определенным выводам, которые выносятся на обсуждение, обращает внимание на возможные проблемы. Автор также отмечает, что правовое регулирование конкурентных отношений в период становления рыночной экономики в России чрезвычайно изменчиво и подвижно. Нормы законодательства о защите конкуренции должны выстраивать четкие ограничители действий хозяйствующих субъектов на рынке. В связи с этим, следует вывод, что рекомендации и предложения ученых, теоретиков права и экономики, в настоящее время как никогда способны повлиять на правовое регулирование конкурентных отношений в России.

Пузыревский С. А.,
начальник Правового управления
ФАС России

Наличие доминирующего положения у хозяйствующего субъекта на рынке само по себе не является нарушением антимонопольного законодательства.

утвержденных Постановлением Правительства РФ от 09.06.2007 № 359.

Однако факт признания хозяйствующего субъекта занимающим доминирующее положение позволяет антимонопольному органу привлечь такого субъекта к ответственности за установление монопольно высокой или монопольно низкой цены товара (стст. 6, 7 Закона о защите конкуренции), а также за действия (бездействие), которые не допускают, ограничивают, устраняют конкуренцию или ущемляют интересы других лиц (ст. 10 Закона о защите конкуренции). Поэтому хозяйствующему субъекту крайне невыгодно быть признанным занимающим доминирующее положение.

В соответствии с частью 4 статьи 5 Закона о защите конкуренции хозяйствующий субъект вправе доказывать антимонопольному органу или в суде отсутствие у него доминирующего положения на рынке.

Монополистическая деятельность

Законодатель в рассматриваемом законе последовательно разграничивает понятия «монополизм» и «доминирующее положение». Между тем, в юридической литературе эти понятия нередко отождествляются. Так, Паращук С.А. под монополией понимает доминирующее положение одного или нескольких субъектов предпринимательства (группы лиц) на соответствующем рынке.⁶

⁶ Предпринимательское право Российской Федерации. Учебное пособие / Отв. ред. Губин Е.П., Лахно П.Г. М.: Юристъ, 2004. С. 458.

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта является базисом, без наличия которого невозможно появление надстройки — монополистической деятельности, нарушающей нормы антимонопольного законодательства.

Под «монополизмом» законодатель понимает исключительно монополистическую деятельность. Полагаем, что названные выше понятия разграничиваются по следующим признакам:

- 1) монополистическая деятельность отражает динамику, а доминирующее положение — статику конкурентных отношений;
- 2) если монополистическая деятельность образует состав административного правонарушения, то доминирующее положение, как сказано выше, само по себе не нарушает антимонопольное законодательство;
- 3) монополистическая деятельность выражается в активности хозяйствующего субъекта, поскольку невозможно злоупотреблять доминирующим положением, не осуществляя какой-либо деятельности.

Изложенная позиция может показаться достаточно спорной, но, по нашему мнению, занимать доминирующее положение на рынке можно без проявления активности, например, в силу сложившегося распределения долей, трудности вхождения на рынок новых конкурентов, сложности изготовления товара, оказываемой услуги. Следовательно, доминирующее положение хозяйствующего субъекта является базисом, без наличия которого невозможно появление надстройки — монополистической деятельности, нарушающей нормы антимонопольного законодательства.

Если организация занимает долю на рынке менее 35%, ее положение может быть признано доминирующим только в случаях, предусмотренных федеральными законами (ч. 6 ст. 5 Закона о защите конкуренции). Хозяйствующие субъекты, имеющие на рынке определенного товара долю более 35%, включаются в реестр, формирование и ведение которого осуществляется антимонопольным органом. Правила формирования и ведения реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере, превышающем 35%, утверждены Постановлением Правительства РФ от 19.12.2007 № 896.⁷ Решение антимонопольного органа о включении хозяйствующего субъекта в реестр (исключении из реестра) может быть обжаловано.

Кроме того, с учетом пункта 8 Приложения к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного суда РФ от 30.03.1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением

⁷ Собрание законодательства РФ. 2007. № 52. Ст. 6480.

антимонопольного законодательства», само по себе решение антимонопольного органа не является обязательным условием для признания хозяйствующего субъекта доминирующим на рынке.⁸

В отношении финансовых организаций предусмотрены специальные ограничители признания их положения доминирующим. В соответствии с частью 7 статьи 5 названного Закона финансовая организация не может быть признана занимающей доминирующее положение, если ее доля не превышает 10% на единственном в России товарном рынке или 20% на одном из однородных рынков страны.

Запреты на осуществление монополистической деятельности (перечисленные в ст. 10 Закона о защите конкуренции) не следует относить к злоупотреблению правом, поскольку занятие хозяйствующим субъектом доминирующего положения на рынке свидетельствует не о наличии особого права, а о существовании определенной экономической ситуации (доминирования, монополии), предполагающей соответствующий правовой режим (государственный контроль).

Полагаем, что теоретическая конструкция данного утверждения имеет определенные недостатки. Запреты на осуществление монополистической деятельности не сводимы к понятию «злоупотребление правом». Злоупотреблять правом можно только в форме действия (бездействия), заключения соглашения. Поэтому полагаю, что приведенное утверждение следует понимать так: «осуществление монополистической деятельности хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, не следует относить к злоупотреблению правом».

По мнению Жилинского С.Э., монополистической деятельностью финансовой организации считается установление ею необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги. Согласно этой позиции, финансовая организация не осуществляет иные виды монополистической деятельности.⁹

Между тем, такая узкая трактовка видов монополистической деятельности, осуществляемых финансовой организацией, противоречит, по нашему мнению, нормам законодательства о защите конкуренции.

Так, согласно статье 4 Закона о защите конкуренции финансовая организация отнесена к числу хозяйствующих субъектов. Следовательно, запрещение хозяйствующим субъектам совершать те или иные действия распространяются на финансовые организации. Нормы закона, которые по замыслу законодателя не применимы к финансовым организациям, включают слова «за исключением финансовых организаций». Таким образом, финансовой

⁸ См.: Вестник ВАС РФ. 1998. № 5.

⁹ Жилинский С.Э. Предпринимательское право. Учебное пособие. М.: Норма, 2007. С. 587.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКАЯ СПРАВКА

Законодательство и иные нормативные правовые акты:

Конституция РФ от 12 июня 1993 года // Российская газета. 25 декабря 1993 года.
 Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30 ноября 1994 года. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32.
 Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.), ст. 3434.
 Правила формирования и ведения реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более 35 процентов, утверждены Постановлением Правительства РФ от 19.12.2007 № 896 // Собрание законодательства РФ. 24.12.2007. № 52, ст. 6480.

Судебная и иная юридическая практика:

Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного суда РФ от 30.03.1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 1998. № 5.

Специальная литература:

Гуев А.Н. Постатейный комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Инфра-М, 2003. 972 с.
 Жилинский С.Э. Предпринимательское право. Учебное пособие. М.: Норма, 2007. 944 с.
 Круглова Н.Ю. Хозяйственное право. Учеб. М.: Издательство РДЛ, 2002. 912 с.
 Предпринимательское право Российской Федерации. Учебное пособие. Отв. ред.: Губин Е.П., Лахно П.Г. М.: Юристъ, 2004. 1001 с.
 Российское предпринимательское право. Учеб. Отв. ред.: Ершова И.В., Отнюкова Г.Д. М.: ТК «Велби». Изд-во «Проспект», 2008. 1064 с.
 Токарев Д., Гончаров А. О злоупотреблении правом в отношениях коммерческих организаций. М., Хозяйство и право, 2008, № 4. 125–129 с.
 Тотьев К.Ю. Финансовая услуга как условие признания доминирующего положения. М.: Право и экономика, 2008, № 2. 15–20 с.

Если исходить из названия закона, в настоящее время в первую очередь защищается конкуренция, а не ограничивается монополистическая деятельность.

организации, занимающей доминирующее положение на рынке, запрещено кроме установления необоснованных цен, совершать действия (бездействие) против конкуренции, перечисленные в статье 10 Закона, заключать соглашения с другими хозяйствующими субъектами с целью ограничения конкуренции (статья 11 Закона).

Не понятна позиция законодателя, который определил, что монополю высокую или монополю низкую цену товара может установить только хозяйствующий субъект, не являющийся финансовой организацией (ст. 6, 7 Закона). Согласно статье 4 Закона о защите конкуренции, финансовая организация вправе установить необоснованно высокую или необоснованно низкую цену финансовой услуги.

На первый взгляд может показаться, что, поскольку в этих словосочетаниях слово «монополю» заменяется словом «необоснованное», монополю положение способна занять только организация, не являющаяся финансовой. Однако данное мнение не находит подтверждения в законодательстве.

Так, в соответствии со статьей 4 Закона о защите конкуренции, монополистической деятельностью может заниматься всякий хозяйствующий субъект, доминирующий на рынке, в том числе, финансовая организация. По смыслу данной статьи Закона финансовая организация относится к числу хозяйствующих субъектов. Следовательно, монополистическая

деятельность может осуществляться финансовой организацией. Поэтому и возникает вопрос, почему законодатель предусматривает установление финансовой организацией не монополю, а необоснованно высокой цены финансовой услуги.

Подводя итог вышеизложенному, стоит отметить, что в новом законе о защите конкуренции законодатель устанавливает иную иерархию понятий, иные смысловые значения, чем в ранее действовавших законах. Так, если исходить из названия закона, в настоящее время в первую очередь защищается конкуренция, а не ограничивается монополистическая деятельность. По нашему мнению, акцент на защите конкуренции сделан потому, что согласно высказываниям руководителей федерального антимонопольного органа, ФАС России не ставит перед собой задачи искоренить монополистическую деятельность.¹⁰

Правовое регулирование конкурентных отношений в период становления рыночной экономики в России необычайно изменчиво и подвижно. Нормы законодательства о защите конкуренции должны выстраивать четкие ограничители действий хозяйствующих субъектов на рынке. В связи с этим рекомендации ученых, теоретиков права и экономики, их предложения в настоящее время как никогда способны повлиять на правовое регулирование конкурентных отношений в России.

Шайхеев Т. И.,
 юрист, советник юстиции РФ III класса

¹⁰ См., напр., Российская газета. 18.09.2008. № 196 (4753). С. 3; Российская газета. 08.10.2008. № 210 (4767). С. 5.