

Новый закон РФ «О защите конкуренции» и антимонопольное законодательство стран ЕС

*Горбачев В.А.**

В октябре 2006 года в России вступил в силу новый антимонопольный Федеральный закон «О защите конкуренции», направленный на регулирование конкурентных отношений. Необходимость внесения изменений в действовавшее антимонопольное законодательство назрела давно, поскольку оно не отвечало современным реалиям развития экономических и конкурентных отношений. Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» 1991 года¹ подвергался серьезной критике как со стороны уполномоченных антимонопольных органов, так и со стороны участников хозяйственных отношений. В целом все высказываемые критические замечания относительно ранее действовавшего закона условно можно разделить на две категории:

а) высказывались претензии относительно несовершенства понятийного аппарата – термины и определения, содержащиеся в нормах права, не всегда трактуются и понимаются однозначно, а зачастую противоречат друг другу;

б) возникало много юридических и административных проблем вследствие отсутствия понятного, прозрачного механизма реализации норм антимонопольного законодательства. Это такие вопросы, как отсутствие четкой регламентации прав и обязанностей субъектов экономической деятельности в случае нарушения ими антимонопольного законодательства и проведение соответствующего расследования антимонопольными органами, сбор и получение антимонопольными органами информации и ее защита, неоправданное вмешательство антимонопольных органов в деятельность хозяйствующих субъектов, например выдача предписания о принудительном разделении хозяйствующих

* Горбачев Вячеслав Александрович – соискатель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России.

¹ Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

субъектов, которые, по мнению антимонопольного органа, систематически нарушают антимонопольное законодательство: «Антимонопольный орган вправе выдавать предписание о принудительном разделении коммерческой организации или осуществляющей предпринимательскую деятельность некоммерческой организации, занимающих доминирующее положение, либо о выделении из их состава одной или нескольких организаций в случае систематического осуществления ими монополистической деятельности» (п. 1 ст. 19 закона о конкуренции 1991 года).

Нужно отметить, что новый антимонопольный закон не является лишь «модернизацией» или видоизменением ранее действующего закона. В нем учтена как российская практика развития рыночных конкурентных отношений, так и зарубежная практика, прежде всего стран ЕС и США, а также некоторых стран СНГ. Так, К.Ю. Тотьев считает, что прежде всего следует говорить об унификации антимонопольного законодательства: «Новый Федеральный закон от 26 июля 2006 г. обозначил новые тенденции отечественного антимонопольного законодательства. Они затронули как содержательную, так и юридикотехническую стороны этой сферы правового регулирования и связаны с усилением функциональности и эффективности правовых норм о конкуренции. Среди них наиболее ярко выраженной является тенденция унификации антимонопольного законодательства...»².

Сразу же обращает на себя внимание изменение названия антимонопольного закона – «О защите конкуренции». В этой связи следует отметить два ключевых момента, а именно: а) новое название закона в целом отражает изменение антимонопольной политики государства; б) новый закон является единым как для товарных, так и для финансовых рынков. Ранее существовали два закона, которые регулировали конкурентные отношения на товарном и финансовом рынках³.

Изменение антимонопольной политики государства является результатом общего, качественного изменения состояния рыночной экономики, а также более серьезного понимания конкуренции со стороны государства как инструмента или механизма эффективного социально-экономического развития страны.

² Более подробно об этом см.: *Тотьев К.Ю.* Унификация антимонопольного законодательства России / Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 6.

³ Федеральный закон от 23 июня 1999 года № 177-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг». Собрание Законодательства Российской Федерации, 1999, № 26.

Если в 1991 году разработчики первого закона о конкуренции ставили своей целью создание общих правовых основ для возникновения в нашей стране рыночных конкурентных отношений и стимулирование возникновения конкуренции как таковой, то теперь речь идет именно о защите конкуренции и ее развитии. В частности, для этих целей были внесены существенные изменения и уточнения в терминологический аппарат, более детально определены механизмы применения антимонопольного законодательства уполномоченными органами (ФАС России), права и обязанности субъектов экономической деятельности.

Совершенствование понятийного аппарата

1. Новое толкование понятий «товар» и «товарный рынок».

1. Безусловно, очевидна важность правильного понимания и определения того, что понимается под термином «товар». Также важно выяснить, как ограниченное толкование этого термина может оказать негативное воздействие на применение конкурентного законодательства в целом. В связи с принятием единого закона «О защите конкуренции» и прекращением действия закона «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» проблема правильного понимания и толкования данного термина становится еще более актуальной с практической стороны. В ст. 4 Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» 1991 года содержалось следующее определение: «Товар – продукт деятельности (включая работы, услуги), предназначенный для продажи или обмена». Однако существует товар, который не является продуктом деятельности, но может оказывать значительное влияние на конкуренцию на товарных и финансовых рынках. Речь идет о ценных бумагах (документарных и бездокументарных). Отношения, связанные с регулированием деятельности на рынке ценных бумаг и финансовых услуг, за исключением случаев, когда складывающиеся на этих рынках отношения оказывали влияние на конкуренцию на товарных рынках, ранее регулировались законом «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг». Возникла серьезная проблема с применением законов, регулировавших конкурентные отношения на двух рынках.

Во-первых, указанная проблема коренилась в ограничительном толковании понятия товара, т.к. возникал вопрос относительно предмета регулирования. Согласно закону о конкуренции 1991 года, регулировавшему конкурентные отношения на товарном рынке, ценные

бумаги не являлись товаром и, соответственно, этот закон не мог быть применен к отношениям, связанным с их оборотом. Он применялся ограничительно лишь в том случае, если оказывалось влияние на товарный рынок.

Во-вторых, проблему создавал термин «влияние на конкуренцию» на товарном рынке, который содержался в законе, регулировавшем конкурентные отношения на рынке финансовых услуг. Ни один из двух законов, подзаконных актов, методических рекомендаций и издаваемых антимонопольными органами комментариев не раскрывал содержание понятия «влияние на конкуренцию».

Принятие единого закона, регулирующего отношения на двух рынках, и новое, более расширенное определение понятия товара устранили эту серьезную ошибку; в ГК РФ было введено понятие «объект гражданских прав», что представляется наиболее правильным. Товар – объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции»). Данный термин, во-первых, соответствует ГК РФ, во-вторых, является более широким по своему содержательному значению, что наилучшим образом соответствует типу и характеру правовых отношений, которые регулируются антимонопольным законодательством⁴.

2. Претерпело существенное изменение и определение понятия «товарный рынок». Так, в ст. 4 закона о конкуренции 1991 года содержалось следующее определение этого понятия: «Товарный рынок – сфера

⁴ В новом Законе о защите конкуренции товар рассматривается как любой объект гражданских прав, предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Использование в этом определении гражданско-правовой категории «объект гражданских прав» делает его, с одной стороны, более зависимым от ст. 128 ГК РФ и от всей гражданско-правовой материи. Это обстоятельство соответствует провозглашенному в ч. 1 ст. 2 ФЗ «О защите конкуренции» тезису о том, что антимонопольное законодательство должно основываться на ГК РФ. С другой стороны, такая формулировка расширяет сферу применения антимонопольного законодательства, что, в свою очередь, полностью укладывается в тенденцию его унификации. Такое расширение стало возможным благодаря использованию для определения понятия «товар» категории «объект прав», а не «продукт деятельности» (как в прежнем законе о конкуренции на товарных рынках). Тем самым в сферу применения антимонопольного законодательства включаются экономические операции с объектами прав, не являющимися продуктами какой-либо деятельности (например, введение в экономический оборот полезных ископаемых). *Тотьев К.Ю.* Унификация антимонопольного законодательства России / Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 6..

обращения товара, не имеющего заменителей, либо взаимозаменяемых товаров на территории Российской Федерации или ее части, определяемой исходя из экономической возможности покупателя приобрести товар на соответствующей территории и отсутствия этой возможности за ее пределами». Очевидно, что это определение значительно ограничивало деятельность ФАС России, поскольку действие закона фактически ограничивалось территорией Российской Федерации, что не соответствует сегодняшним реалиям глобализации экономики.

С точки зрения конкурентного права важно, что хозяйствующие субъекты осуществляют конкуренцию на определенном товарном рынке. Поэтому точное определение понятия «товарный рынок» имеет для всего антимонопольного законодательства ключевое значение⁵.

В новом законе «О защите конкуренции» 2006 года⁶ из определения понятия «товарный рынок» исключен такой ранее применявшийся признак товарного рынка, как его географическое расположение на территории России или ее части. В понятие товарного рынка и оборота на товарном рынке включены товары, в том числе и иностранного производства: товарный рынок – сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

II. Новый Закон вводит уточняющие понятие «группа лиц», принципы и критерии отнесения субъектов хозяйственной деятельности к определенной группе. Установлено родовое определение группы лиц как совокупности субъектов экономической деятельности, действующих на определенном рынке и преследующих общий экономический интерес. Так, согласно Пояснительной записке ФАС России к проекту Федерального закона «О защите конкуренции»⁷ делался комментарий о том, что участниками одной группы лиц предлагается считать нескольких лиц, заключивших между собой соглашение или осуществляющих

⁵ Тотьев К.Ю. Унификация антимонопольного законодательства России / Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 6.

⁶ Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ // Российская газета. 2006. № 165.

⁷ Пояснительная записка ФАС России к проекту Федерального закона «О защите конкуренции», адрес в Интернете: <http://www.fas.gov.ru/law/index.shtml>

согласованные действия, которые дают его участникам значительные технологические или торговые преимущества перед другими хозяйствующими субъектами на соответствующем товарном рынке. Этот родовый признак является новеллой для антимонопольного законодательства РФ; в ранее действовавшем законе существовал только перечень группы физических и/или юридических лиц, которым соответствовало одно или несколько условий и где фактически речь шла не о прямом намерении получить то или иное преимущество, а всего лишь о возможных методах получения этого преимущества. Таким образом, необходимости доказывания антимонопольными органами скрытого или явно выраженного наличия факта такого намерения (получение преимущества), которое, по сути, является ключевым, не требовалось.

III. В Законе о конкуренции 2006 г. изменено, уточнено и расширено понятие «доминирующее положение» субъекта экономической деятельности.

Во-первых, с точки зрения законодательной техники следует отметить, что в новом законе введена отдельная ст. 5, которая посвящена исключительно вопросам определения доминирующего положения.

Во-вторых, в само определение понятия «доминирующее положение» внесено два значительных дополнения. Введено такое новое для нашего антимонопольного законодательства понятие, как доминирующее положение группы лиц, или коллективное доминирование. Закон также говорит о возможности субъекта(ов) экономической деятельности, занимающих доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов. Ранее такое понятие в антимонопольном законодательстве РФ отсутствовало.

Определение доминирующего положения, содержащееся в п. 1 ст. 5, связано прежде всего с поведенческими характеристиками субъекта экономической деятельности. Доминирующее положение должно также характеризоваться и фактически занимаемой долей на соответствующем рынке. Характеристике, а точнее, определению этой доли посвящена вторая часть ст. 5.

Пункт 1 ч. 2 ст. 5 указывает на то, что доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого превышает 50 % на рынке определенного товара. В ранее действовавшем законе о конкуренции 1991 года эта доля составляла 65 % соответствующего рынка.

Установление порога в 50 % как признак доминирования в целом соответствует общеевропейской практике. Вместе с тем этот же пункт содержит положение о том, что при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией может быть установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим.

Доминирующим положением может быть признана ситуация, когда предприятие, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 50 %, если доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта установлено антимонопольным органом исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок.

Закон сохранил правило, а точнее сказать, порог, действовавший в предыдущем антимонопольном законе, в соответствии с которым не может быть признано занимающим доминирующее положение предприятие, доля которого не превышает 35 % соответствующего рынка. Тем не менее новый закон устанавливает изъятия из этого правила, согласно которым предприятие может быть признано занимающим доминирующее положение. Во-первых, это связано с коллективным доминированием:

а) законом установлено процентное соотношение долей, занимаемых группой лиц, что можно условно отнести к фактическим критериям коллективного доминирования: совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 50 %, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70 %;

б) определены качественные признаки и характеристики рынков, на которых возможно коллективное доминирование:

1) в течение длительного периода (не менее одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования

соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ новых конкурентов на соответствующий товарный рынок затруднен;

2) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Во-вторых, когда федеральными законами устанавливаются случаи признания доминирующим положения хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее тридцати пяти процентов. Данное изъятие фактически позволяет антимонопольным органам признать то или иное предприятие, а также группу лиц, занимающих долю даже в 5 или 10% соответствующего рынка, доминирующими на этом рынке. В целом можно отметить, что такой подход является вполне традиционным и оправданным для развитых правовых порядков. Однако следует иметь в виду, что Закон не устанавливает, например, явно выраженных ограничений на признание предприятий малого и среднего бизнеса, которые могут занимать пять и более процентов соответствующего рынка в качестве доминирующих, как это делается в Европейском антимонопольном законодательстве.

В этой связи представляется, что отсутствие четкой правовой антимонопольной регламентации и конкурентной политики в сфере поддержания и стимулирования развития малого и среднего бизнеса может нанести серьезный ущерб как малому и среднему бизнесу, так и конкурентным отношениям в целом. Развитие малого и среднего бизнеса является серьезной альтернативой монополиям, которые существуют в России в переходный период развития экономики.

Закон вводит презумпцию доминирования для субъекта естественной монополии. В частности, об этом говорит п. 5 рассматриваемой статьи: «Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта – субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии». Этот подход представляется вполне обоснованным, т.к. само слово «монополия» уже подразумевает доминирование на рынке и его дополнительное

доказывание выглядит неуместным и создает дополнительные бюрократические барьеры как для субъектов экономической деятельности, так и для антимонопольных органов. Данное новшество также имеет важное значение и с гражданско-правовой точки зрения по практическому применению ст. 10 ГК РФ относительно установленного запрета на использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребления доминирующим положением на рынке⁸.

Новеллой антимонопольного закона является предоставление возможности хозяйствующим субъектам как в антимонопольный орган, так и в суд доказательства того, что положение этого предприятия не является доминирующим на соответствующем товарном рынке.

IV. Закон о защите конкуренции вводит такое понятие, как координация экономической деятельности. Под такой координацией понимается согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов. Пункт 3 ст. 11 устанавливает запрет для физических лиц, коммерческих и некоммерческих организаций по коорди-

⁸ В юридической литературе можно встретить мнение, что изложенные в ст. 10 ГК РФ принципы, устанавливающие запрет на злоупотребление правом не могут быть в полной мере применены к сфере регулирования конкурентных отношений. В частности, С.Д. Радченко в своем диссертационном исследовании «Злоупотребление правом в гражданском праве России» пишет: «Злоупотребление субъективным правом следует отличать от ... злоупотребления доминирующим положением, так как последнее не является субъективным правом и обозначает запрещенные, т.е. не связанные с осуществлением какого-либо права, действия. Далее: «... является ли злоупотребление доминирующим положением, а также недобросовестная конкуренция формой злоупотребления субъективным гражданским правом? В отечественной цивилистике сформировалось две точки зрения, одна из которых дает отрицательный ответ, другая – положительный». Автор исследования придерживается той точки зрения, что эти составы правоотношений не могут регулироваться нормами ст. 10 ГК РФ, а соответственно отрицается отнесение злоупотребления доминирующим положением и недобросовестной конкуренции к формам злоупотребления правом: право, по мнению автора диссертационного исследования, – это признанная и защищенная государством свобода в осуществлении интереса. Злоупотребление возможно только при осуществлении права как волевого действия, направленного на реализацию интереса. Далее он пишет: «Злоупотребление субъективным гражданским правом – это осуществление принадлежащего управомоченному лицу права в противоречии с имеющимся у данного лица признанным законом интересом в его осуществлении... Злоупотребить правом может тот субъект, у которого *есть право* совершать данные действия». С.Д. Радченко. Злоупотребление правом в гражданском праве России. Дис. ... канд. юрид. наук. МГУ. М., 2008. С. 94–105.

нации экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит или может привести к:

а) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;

б) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;

в) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков).

Однако Закон устанавливает определенные изъятия из этих правил и предусматривает, что не являются координацией экономической деятельности осуществляемые в соответствии с федеральными законами действия саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка. В данном случае речь идет прежде всего о профессиональных стандартах и правилах, которые могут существовать для членов тех или иных объединений.

V. Новый антимонопольный закон проводит различие между согласованными действиями и соглашениями, ограничивающими конкуренцию. Указанные действия считаются самостоятельными видами правонарушений. В законе о конкуренции 1991 года между ними не проводилось различия. Практика регулирования конкурентных отношений показала, что данный подход не был правильным и вызывал множество проблем как у антимонопольных органов, так и среди участников экономических отношений. Таким образом, антимонопольное законодательство РФ приведено в соответствие с общемировой практикой и тенденцией, в частности с общеевропейской. В Пояснительной записке ФАС России к проекту Федерального закона «О защите конкуренции»⁹ содержался следующий комментарий на этот счет: «Учитывая положительный европейский опыт в этой сфере, в законопроекте проведено точное разграничение понятий «соглашений, ограничивающих конкуренцию» и «согласованных действий, ограничивающих конкуренцию». В соответствии со ст. 8 данного закона, согласованными действиями хозяйствующих субъектов признаются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий:

⁹ Пояснительная записка ФАС России к проекту Федерального закона «О защите конкуренции», адрес в Интернете: <http://www.fas.gov.ru/law/index.shtml>.

а) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них;

б) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке. Такими обстоятельствами, в частности, могут быть изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье, используемое для производства товара, изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар в течение не менее чем одного года или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если такой срок составляет менее чем один год.

Оба вышеприведенных условия обладают единой квалификационной чертой: это прежде всего поведенческие характеристики субъектов хозяйственной деятельности. В данном случае речь идет не о заключении или оформлении каких-то формально-юридических соглашений или договоров между субъектами экономической деятельности, а об особой модели группового поведения, которая характеризуется прежде всего сознательным и целенаправленным сотрудничеством, замещающим конкуренцию между этими субъектами. Содержанием такой модели поведения может быть обмен информацией о размере и типе выпускаемой продукции, информация о ценовой политике, изменение объема и уровня продаж, а также изменение уровня продаж по географическому признаку, раздел рынков и т.п.

Данный перечень в ФЗ «О защите конкуренции» не может носить исчерпывающий характер, поскольку экономические, и прежде всего торговые, отношения не находятся в статичном состоянии и всегда есть те или иные предприятия, которые стремятся найти новые формы и способы улучшения своего экономического положения в ущерб конкуренции. Дело остается за практикой применения указанных положений закона, поскольку доказывание наличия согласованных действий является довольно сложной задачей для антимонопольных органов. В этой связи представляется целесообразным более подробно исследовать и разумно применять опыт и практику европейских антимонопольных органов и судов.

Тем не менее, несмотря на различные формы проявления согласованных действий со стороны участников торгового оборота, важной

квалификационной чертой этих действий является координация и согласование основополагающих параметров экономической деятельности посредством прямого информационного обмена между сторонами, участвующими в такой кооперации. На рынке может сложиться ситуация, когда предприятия одной отрасли или сферы деятельности могут одновременно предпринять те или иные действия, например повысить или снизить цены. Такие действия принято называть параллельным поведением.

Параллельное поведение отличается от согласованных действий реакцией участников хозяйственной деятельности на объективные изменения состояния рынка. Под объективным изменением состояния рынка может пониматься изменение тарифов, ставок или иных критериев и факторов, которые не зависят от воли субъектов хозяйственной деятельности, например повышение цены на природные ресурсы, электричество или изменение размера таможенных пошлин, а также налогов. Параллельным поведением конкурентов на соответствующем рынке будет считаться одинаковая рациональная реакция хозяйствующих субъектов на общие и не зависящие от их воли и действий изменения условий деятельности на том или ином рынке. Соответственно параллельное поведение, которое обусловлено объективными причинами, не может считаться согласованными действиями, а следовательно, не нарушает антимонопольное законодательство (ч. 1 п. 2 ст. 8).

Важным вопросом квалификации и определения (доказательства) согласованных действий является деятельность различных ассоциаций, объединений, гильдий и т.п. Деятельность этих организаций также может носить ограничительный характер для развития конкурентных отношений. Причем эта деятельность может осуществляться на вполне законных основаниях.

Часть 2 ст. 8 говорит о том, что совершение хозяйствующими субъектами действий по соглашению не относится к согласованным действиям. Тем самым закон четко различает согласованные действия и явно выраженные соглашения, которые ограничивают конкурентные отношения.

VI. В законе уточнены такие понятия, как «монопольно высокая цена» и «монопольно низкая цена». Как известно, в рыночной экономике цена формируется посредством соотношения спроса и предложения. Соответственно можно утверждать, что именно цена, помимо иных сопутствующих экономических и правовых факторов, служит одним

из регуляторов количества участников рыночных отношений на том или ином рынке. Наличие монопольно высокой или монопольно низкой цены является средством привлечения или, наоборот, устранения конкурентов. Высокая цена на тот или иной товар или услугу может явиться стимулом для появления на рынке дополнительных субъектов хозяйственной деятельности. С другой стороны, чрезмерно низкие цены могут способствовать оттоку конкурентов с соответствующего рынка, и долгосрочным эффектом этого может стать монополизация данного рынка, а также объективное повышение цен из-за отсутствия конкуренции. Можно сделать вывод, что монопольно высокие или монопольно низкие цены не являются равнозначными по своему воздействию на рынок и его участников. Например, в странах ЕС считается, что по своему долгосрочному эффекту установление монопольно низкой цены является более опасным нарушением антимонопольного законодательства, чем установление монопольно высокой цены. Соответственно для регулирования этих двух правонарушений установлен разный правовой режим¹⁰.

К сожалению, новый закон не проводит различия по степени опасности для развития конкуренции между этими двумя самостоятельными типами правонарушения, хотя содержит две отдельные статьи (ст. 6 и 7). Но п. 1.1 ст. 10 фактически уравнивает эти составы преступления: «Запрещается... установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара». Точно такая же норма, а соответственно недостаток правового регулирования, содержалась в ст. 5 закона о конкуренции 1991 года. ФЗ «О защите конкуренции» 2006 года лишь перенес существовавшую ранее проблему. Наличие отдельных статей в большей степени относится к проблеме методов и подходов к установлению монопольно высокой или монопольно низкой цены и не позволяет решить проблему по существу.

Опыт стран Европейского союза свидетельствует о том, что для большинства этих стран проблема ценообразования как фактор, характеризующий наличие или отсутствие доминирующего положения на соответствующем рынке у того или иного предприятия в целом, не является столь актуальной, как в Российской Федерации. Вызвано это прежде всего тем, что на рынках ЕС существует ситуация, когда конкуренция носит характер «нормальной» и соответственно на тех или иных рынках существует достаточное количество предприятий

¹⁰ Более подробно см.: Варламова А.Н. Правовое регулирование конкуренции в России. М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 2000. С. 132–134.

(конкурентов), которые производят продукцию в достаточном объеме и количестве, что позволяет им действительно конкурировать между собой и формировать цены посредством соотношения спроса и предложения. Это не означает, что в ЕС отсутствуют концепции по выявлению монопольно высоких или монопольно низких цен. В праве ФРГ используется концепция сравнения рынков. Согласно данной концепции, цена считается монопольно завышенной, если она значительно превышает фактически уплачиваемую цену на сравнимом рынке. Важно, чтобы отклонение от сравнимой цены основывалось именно на структурных различиях рынка, а не на различиях, специфических для отдельных предприятий¹¹. В ЕС используется концепция ограничения прибыли. Согласно данному подходу цена считается недобросовестно завышенной, если разница между затратами производства и ценой продукта является чрезмерной¹².

Согласно ранее действовавшему закону о конкуренции 1991 года использовались оба из вышеуказанных подходов по выявлению монопольных цен. В соответствии с Временными методическими рекомендациями Государственного комитета по антимонопольной политике РФ по выявлению монопольных цен от 21 апреля 1994 г. № ВБ/2053 (п. 3.4.1) и Письмом ГКАП РФ от 14 марта 1996 г. «О выявлении монопольно высоких цен» уполномоченные антимонопольные органы должны были провести всестороннее исследование недоиспользования мощностей предприятий-поставщиков, вследствие чего данные предприятия могли завязать необоснованно цены на свою продукцию в целях компенсации возможных убытков.

Общее применение данного подхода не оправдало себя, поскольку состояние нашей экономики и конкуренции как таковой не позволяет достаточно эффективно использовать этот метод. На это существует как минимум три важных причины:

- 1) экономика РФ находится в переходном состоянии. Соответственно развитие рынков происходит неравномерно, что характеризуется резкими спадами и подъемами;
- 2) монополизация рынков является чрезмерной;
- 3) не преодолено разделение общего рынка по географическому признаку. В данном случае речь идет об излишних административных

¹¹ Варламова А.Н. Правовое регулирование конкуренции в России. М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 2000. С. 131.

¹² Там же.

барьерах, которые установлены прежде всего на региональном уровне.

Представляется, что наиболее правильным было бы применение принципа «сравнения рынков», поскольку на современном этапе развития Российской Федерации товарные рынки носят региональный характер. И в этой связи нельзя не согласиться с мнением, которое высказала А.Н. Варламова в своей работе «Правовое регулирование конкуренции в России»: «...с правовой точки зрения предпочтение необходимо отдать концепции сравнения рынков, при которой антимонопольный орган не должен проверять показатели производства, экономического положения предприятия, ведущие к возникновению монопольно высоких и монопольно низких цен, а может оценить конкурентную среду на основе внешних факторов».

Согласно ст. 6 Закона о защите конкуренции монопольно высокой ценой товара признается цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если:

а) эта цена превышает цену, которую в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по количеству продаваемого за определенный период товара, составу покупателей или продавцов товара (определяемому исходя из целей приобретения или продажи товара) и условиям доступа (сопоставимый товарный рынок), устанавливают хозяйствующие субъекты, не входящие с покупателями или продавцами товара в одну группу лиц и не занимающие доминирующего положения на сопоставимом товарном рынке;

б) эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли.

Цена товара не признается монопольно высокой, если она не соответствует хотя бы одной из указанных выше позиций. Новшеством этой статьи является непризнание монопольно высокой цены товара, которая установлена субъектом естественной монополии в пределах тарифа на такой товар, определенного органом регулирования естественной монополии.

Монопольно низкой ценой товара согласно ст. 5 признана цена товара, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если:

а) эта цена ниже цены, которую в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке устанавливают хозяйствующие субъекты, не входящие с покупателями или продавцами товара в одну группу

лиц и не занимающие доминирующего положения на таком сопоставимом товарном рынке;

б) эта цена ниже суммы необходимых для производства и реализации такого товара расходов.

Цена товара не признается монопольно низкой, если она не соответствует хотя бы одному из указанных выше критериев. Не признается монопольно низкой цена товара, если ее установление продавцом не повлекло за собой ограничение конкуренции в связи с сокращением числа не входящих с покупателями или продавцами товара в одну группу лиц хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке. Аналогично не признается монопольно низкой цена товара, установленная субъектом естественной монополии в пределах тарифа на такой товар, определенного органом регулирования естественной монополии.

Уточнения, введенные в определение монопольно низкой и монопольно высокой цены, устанавливают два метода подсчета и обоснования наличия таких цен.

Первый метод основан на принципе сравнения цены товара, которая устанавливается занимающим доминирующее (монопольное) положение предприятием, и экономически оправданных расходов на реализацию или производство тех или иных товаров с учетом получения разумной прибыли от такой деятельности.

Второй метод использует сравнение цены, устанавливаемой занимающим доминирующее (монопольное) положение хозяйствующим субъектом, и цены такого товара на сопоставимых рынках с учетом сопоставимости иных условий обращения товара.

Устанавливаемые методы сравнения призваны подтвердить или опровергнуть предположение о том, что на рынке установлены или, наоборот, отсутствуют монопольно низкие или высокие цены. Это определенное новшество в законодательстве, поскольку определения, существовавшие в законе 1991 года, не предусматривали однозначного установления принципа сравнения цены. Оставалось не ясным, из каких критериев должны были исходить как антимонопольные органы, так и участники хозяйственной деятельности при определении монопольно высокой или монопольно низкой цены.

Следует отметить, что метод сравнения цены является общемировой практикой и включение данного метода и подхода к устранению антиконкурентной практики в законодательство Российской Федерации

является значительным шагом по укреплению конкурентных отношений. В частности, метод сравнения цены закреплён и используется в Соглашении ГАТТ (статьи VI–VII)¹³.

Несмотря на значительные положительные изменения, которые несет в себе ФЗ «О защите конкуренции», следует отметить, что ряд старых проблем и противоречий, которые содержались в предыдущем законе, новому закону разрешить не удалось, а в определенных случаях он даже ухудшил правовое регулирование конкурентных отношений. В частности, нужно отметить следующее.

1. Статья 5 ФЗ «О защите конкуренции» 2006 года содержит сугубо экономическое определение понятия «доминирующее положение»: «Доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность *оказывать решающее влияние* на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам». Согласно приведенному определению, основной признак доминирующего положения – это возможность хозяйствующего субъекта оказывать влияние на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке, что зависит в первую очередь от той доли, которую он занимает¹⁴.

Обращает на себя внимание тот факт, что как в ФЗ «О защите конкуренции» 2006 года, так и в ранее действовавшем законе 1991 года не дается четкого определения того, что следует понимать под термином «возможность оказывать решающее влияние». Данный термин является одним из ключевых при определении доминирующего положения, поэтому представляется, что четкое определение этого термина должно содержаться в самом законе о защите конкуренции. Отсутствие определения этого термина снижает понимание данной проблемы и уверенность со стороны участников экономических отношений. Одним из возможных вариантов решения этой проблемы является обращение к опыту европейского законодательства и практики в этой

¹³ Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ) от 30 октября 1947 г.

¹⁴ Варламова А.Н. Правовое регулирование конкуренции в России. М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 2000. С. 126–127.

области. В частности, Судом ЕС был разработан ряд специальных определений и тестов для оценки непосредственного воздействия на торговлю, а также оценку соглашений и практики, которая оказывает влияние на общую конкурентную структуру рынка¹⁵.

2. В законе 2006 года по сравнению с законом 1991 года не изменено пороговое значение (процент) для признания того или иного предприятия в качестве доминирующего. Если относительно максимального порога произошли существенные изменения (этот порог понижен с 65 до 50 %), относительного нижнего порога изменений никаких не произошло. Нижний порог остался прежним – 35 %. В законодательстве большинства зарубежных стран этот порог варьируется между 25–40 % при почти аналогичном верхнем пороге¹⁶. В юридической литературе не раз высказывались предложения о снижении нижнего порога с 35 до 25–30 %, как это допустимо в практике и законодательстве зарубежных правопорядков. Однако данные предложения не были учтены как законодателями, так и ФАС России. Представляется, что порог, который существует в странах ЕС и США для нашей страны, является все равно неприемлемо высоким из-за объективных рыночных условий (чрезмерная монополизация рынков, слабая диверсификация рынков и пр.). Можно говорить о пороге в 5–10 %, поскольку монополисты, обладая большей долей рыночной власти, смогут влиять негативно на развитие малого и среднего бизнеса, который в странах с развитой рыночной экономикой занимает около 50–60 % общего объема рынка этих стран. В России же этот показатель составляет всего 10–11 %¹⁷.

3. Необходимо отметить, что в законодательствах европейских стран, а также в законодательстве Российской Федерации не содержится четкого определения того, что является злоупотреблением доминирующим положением. В антимонопольном законе Германии злоупотреблением доминирующим положением считается такое положение,

¹⁵ Guidelines on the effect on trade OJ (2004) C101/81. Об этом более подробно см.: Dabbah M.M. EC and UK Competition Law. Commentary, Cases and Materials. Cambridge University Press UK, 2004. P. 73–95.

¹⁶ В Великобритании данный порог установлен в 40 %, что является достаточно высоким показателем. Тем не менее доминирующим может быть признано предприятие, если оно занимает и меньшую долю и если будет доказано, что существует реальная вероятность доминирования предприятия на соответствующем рынке. Dabbah M.M. EC and UK Competition Law. Commentary, Cases and Materials. Cambridge University Press UK, 2004. P. 376–377.

¹⁷ Статистика: адрес в Интернет: <http://smallbiznes.net/StatisticsBusiness.php>

при котором господствующее на рынке предприятие существенно ущемляет без деловых оснований конкурентные возможности иных предприятий; требует выполнения таких условий, которые отклоняются от обычных; устанавливает невыгодные цены и условия продажи по сравнению с теми, которые это же предприятие устанавливает по отношению к другим контрагентам; не допускает иные предприятия на данный сектор рынка¹⁸.

Статья 10 ФЗ «О защите конкуренции» также не содержит определения того, что такое злоупотребление доминирующим положением; устанавливается лишь общий запрет на такие действия: «запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут явиться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц». Здесь же содержится перечень уже известных и наиболее распространенных способов злоупотребления доминирующим положением. Понятно, что этот перечень не является исчерпывающим. Как судебная, так и правоприменительная практика неизбежно расширит список этих злоупотреблений. Очевидно, что необходимо включение в закон о конкуренции 2006 г. более расширенного определения того, что является злоупотребление доминирующим положением.

4. Вызывает интерес соотношение таких понятий, как «доминирование на рынке субъектов исключительных прав» и «конкуренция». Пункт 4 ст. 10 ФЗ «О защите конкуренции» предусматривает, что требования, изложенные в этой статье, не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ и услуг. Буквальное толкование данной нормы права приводит к выводу, что она фактически вводит презумпцию неограниченной монополии субъектов исключительных прав, что в свою очередь дает правообладателям право на легальное доминирование на том или ином рынке (конечно, нужно помнить о том, что само доминирующее положение на соответствующем рынке не является правонарушением антимонопольного законодательства, нарушением является злоупотребление

¹⁸ Зименкова О.Н. Регулирование конкурентной монополистической деятельности // Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв.редактор Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. 1. М.: Международные отношения, 2004. –286 с.

доминирующим положением). Если в законе о конкуренции 1991 года данная норма отсутствовала в ст. 5, то в п. 2 ст. 2 содержалось положение о том, что данный закон не распространяется на отношения, связанные с объектами исключительных прав, за исключением случаев, если соглашения, связанные с их использованием, направлены на ограничение конкуренции либо приобретение, использование и нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности и могут привести к недобросовестной конкуренции. Иными словами п. 2 ст. 2 вводил определенные ограничения или изъятия из монополии, которая дается владельцам исключительных прав. Следовательно, неправомерными считаются следующие действия патентообладателя – монополиста с запатентованными предметами: навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора; включение в договор дискриминирующих условий, которые ставят контрагента в неравное положение по сравнению с другими хозяйствующими субъектами; согласие заключить договор лишь при условии внесения в него положений, касающихся товаров, в которых контрагент (потребитель) не заинтересован; необоснованный отказ от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками)¹⁹. Теперь же согласно положениям п. 4 ст. 10 ФЗ «О защите конкуренции» вышеперечисленные действия не считаются злоупотреблением доминирующим положением. Представляется, что внесенные изменения значительно снижают эффективность применения норм права, направленных на ограничение злоупотребления доминирующим положением субъектами хозяйственной деятельности.

5. В качестве одного из серьезных недостатков ФЗ «О защите конкуренции» можно отметить то, что он не содержит групповых изъятий для отдельных видов соглашений и даже не предусматривает механизма и процесса создания таких изъятий. Применение таких изъятий широко и эффективно осуществляется в европейской практике, что, в свою очередь, позволяет субъектам хозяйственной деятельности значительно сократить бюрократические процедуры, самостоятельно оценить, подпадает ли заключаемое соглашение под действие антимонопольного законодательства или нет. Отсутствие в новом законе возможности применения групповых изъятий является его существенным недо-

¹⁹ Еременко В.И. Правовое регулирование конкурентных отношений в России и за рубежом: Дис. ... канд. юрид. наук: МГУ. М., 2001.

статком, который первоначально был заложен в ранее действовавшем законе.

6. В ФЗ «О защите конкуренции» не содержится определения понятия «согласованные действия». Однако в Пояснительной записке к проекту этого закона²⁰ ФАС России дает ссылку на решение Европейского суда справедливости по делу ICI v. Commission (1972) (ECR 619, (1972) CMLR 557, paras. 64 and 65), где «согласованные действия» определяются как «координация между предприятиями, не достигшая стадии соглашения в явном виде, которая осознанно замещает практическое взаимодействие между ними с риском для конкуренции». Следует отметить, что данное определение в ЕС не всегда воспринимается и толкуется однозначно как антимонопольными органами, так и судами. Поэтому требуется более детальное и тщательное исследование и изучение этого вопроса, в том числе обобщение российской судебной и правоприменительной практики относящейся к этой теме. Включение в Закон о конкуренции четкого определения понятия «согласованные действия» в значительной степени способствовало бы повышению эффективности применения антимонопольного законодательства, а также повышению уверенности самих участников рыночных отношений.

²⁰ Пояснительная записка ФАС России к проекту Федерального закона «О защите конкуренции», адрес в Интернете: <http://www.fas.gov.ru/law/index.shtml>

The New Law of the Russian Federation on Protection of Competition and Antimonopoly Legislation of the EU (Summary)

*Vyacheslav A. Gorbachev**

Two years ago in Russia became effective the new antimonopoly legislation. The necessity of making radical changes in the competition law was evident as it did not meet the demands and requirements of the growing Russian economy.

The new Russian Law on protection of competition replaces two laws that regulated competition on financial and goods markets. It introduces new definitions and concretizes already existing antimonopoly terminology and notions. The amendments that were made are based on the existing local and international court practices and cases and related decisions of the Russian and EU antimonopoly bodies.

In particular, the article considers the following problems and issues:

1. the newest statutory interpretation of the meaning “goods” and “market place”;
2. amended meaning of the term “dominant position” and “abuse of dominant position”;
3. amended meaning of the terms “agreements” and “coordination of economic activities”;
4. amended and clarified meaning of the terms “monopoly low price” and “monopoly high price”.

In the article also considered some related aspects of the EU antimonopoly practice with the respect of possible application of the existing EU experience for the Russian competition regulation and practice.

* Vyacheslav A. Gorbachev – post-graduate student of the Chair of International Private and Civil Law, MGIMO-University MFA Russia.