

№ 9 (37)
2017

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА

имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Право есть
искусство добра
и справедливости

*Jus est ars
boni et aequi*

В номере

Выпуск КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО

АВТОРИТЕТНОЕ МНЕНИЕ

- 15** Пузыревский С. А.
Некоторые аспекты определения отраслевой
самостоятельности конкурентного права

ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

- 38** Максимов С. В.
О перспективах принятия Конвенции Евразийского
экономического союза о борьбе с картелями
- 48** Гаврилов Д. А., Петрова А. С.
Вызовы для антимонопольного
регулирования в цифровую эпоху

№ 9 (37)
2017

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Выпуск
КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО

Издается с 2014 года
Выходит один раз в месяц

Председатель редакционного совета:

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович — профессор, ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Заместитель председателя редакционного совета:

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна — первый проректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заведующий кафедрой финансового права, доктор юридических наук, профессор.

Главный редактор:

ШПАКОВСКИЙ Юрий Григорьевич — профессор кафедры экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

Члены редакционного совета:

БЕКЯШЕВ Камилль Абдулович — профессор кафедры международного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

БЕРЕЗКИНА Татьяна Евгеньевна — доцент кафедры философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат экономических наук, доцент.

БИРЮКОВА Марина Анатольевна — заведующий кафедрой иностранных языков Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат культурологии, доцент.

ВАСИЛЬЧЕНКО Юрий Леонтьевич — старший преподаватель кафедры правовой информатики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ВОСКОБИТОВА Лидия Алексеевна — заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна — профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ДЕМИНА Лариса Анатольевна — заведующий кафедрой философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ДМИТРИЕВА Галина Кирилловна — заведующий кафедрой международного частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ЕРШОВА Инна Владимировна — заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ЕФИМОВА Людмила Георгиевна — заведующий кафедрой банковского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна — заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ЗУБАРЕВ Сергей Михайлович — заведующий кафедрой административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ИЛЬИНА Надежда Юрьевна — заведующий кафедрой английского языка № 2 Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат филологических наук, доцент.

ИСАЕВ Игорь Андреевич — заведующий кафедрой истории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.



Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук. Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования

© Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2017



Учредитель:

Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего образования
«Московский государственный юридический университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»

ИЩЕНКО Евгений Петрович — заведующий кафедрой криминалистики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

КАЛИНОВСКАЯ Виктория Викторовна — заведующий кафедрой английского языка № 1 Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат филологических наук, доцент.

КАШКИН Сергей Юрьевич — заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

КОМАРОВА Валентина Викторовна — заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

КОРНЕВ Аркадий Владимирович — заведующий кафедрой теории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

КУЧЕРЕНА Анатолий Григорьевич — заведующий кафедрой адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук.

ЛЮТОВ Никита Леонидович — заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент.

НОВОСЕЛОВА Людмила Александровна — заведующий кафедрой интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

ПЕТРУЧАК Лариса Анатольевна — проректор по учебной и воспитательной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры теории государства и права, доктор юридических наук, доцент.

ПУЗЫРЕВСКИЙ Сергей Анатольевич — заведующий кафедрой конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент.

РАРОГ Алексей Иванович — профессор кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

РОГАЧЕВ Денис Игоревич — заведующий кафедрой спортивного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент.

РОМАНОВА Виктория Валерьевна — заведующий кафедрой энергетического права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук.

РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна — директор Института судебных экспертиз, заведующий кафедрой судебных экспертиз Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

СИНЮКОВ Владимир Николаевич — проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры теории государства и права, доктор юридических наук, профессор.

СЛЕСАРЕВ Владимир Львович — заведующий кафедрой гражданского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

СМИРНОВ Александр Федорович — профессор кафедры организации правоохранительной деятельности Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор.

Ответственный секретарь:

САЛИЯ Марианна Романовна — эксперт отдела научно-издательской политики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Ответственный редактор выпуска:

СЕРЕГИН Дмитрий Игоревич — доцент кафедры конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук.

Подписано в печать 29.09.2017.

Усл. печ. л. 24,57. Тираж 100 экз.

Издательский центр Университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9.

Адрес редакции:

125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9.

Тел.: (499) 244-88-88 (доб. 556).

E-mail: vestnik@msal.ru

№ 9 (37)
2017

COURIER

OF THE KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY (MSAL)

Edition
COMPETITION LAW

Published from the year of 2014
Monthly journal

Chairman of the Editorial Board:

BLAZHEEV Victor Vladimirovich — professor, Rector of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Deputy of the Chairman of the Editorial Board:

GRACHEVA Elena Yurevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Financial Law Department, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Editor-in-Chief:

SHPAKOVSKIY Yuri Grigorievich — D. Sc. (Law), professor of the Environmental and Natural Resources Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Editorial Board members:

BEKYASHEV Kamil Abdulovich — D. Sc. (Law), professor, professor of the International Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

BEREZKINA Tatyana Evgenyevna — Ph. D. (Economic), associate Professor of the Department of philosophical and socio-economic Sciences of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

BIRYUKOVA Marina Anatolevna — Ph. D. (Culturology), head of the Foreign Language Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

VASILCHENKO Yuri Leontievich — senior lecturer of the Department of Legal Informatics of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

VOSKOBITOVA Lidia Alekseevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Criminal-Procedural Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

GROMOSHINA Natalia Andreevna — D. Sc. (Law), professor, professor of the Civil and Administrative Proceedings Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

DEMINA Larisa Anatolevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Philosophy and Socio-Economics Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

DMITRIEVA Galina Kirillovna — D. Sc. (Law), professor, head of the International Private Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

YERSHOVA Inna Vladimirovna — D. Sc. (Law), professor, head of the Business Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

YEFIMOVA Lyudmila Georgievna — D. Sc. (Law), professor, head of the Banking Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ZHAVORONKOVA Natalia Grigorevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Environmental and Natural Resources Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ZUBAREV Sergey Mihailovich — D. Sc. (Law), professor, head of the Administrative Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ILYINA Nadezhda Yurievna — Ph. D. (Philology), associate professor, head of the English Language Department № 2 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ISAYEV Igor Andreevich — D. Sc. (Law), professor, head of the History of State and Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ISHCHENKO Yevgeniy Petrovich — D. Sc. (Law), professor, head of the Forensic Science Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KALINOVSKAYA Victoria Victorovna — Ph. D. (Philology), associate professor, head of the English Language Department № 1 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Recommended by the Supreme Commission of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation for publication of results of doctoral theses.
Materials included in the journal Russian Science Citation Index



© Kutafin Moscow State Law University (MSAL), 2017



Founder:

The Federal State Budgetary Educational
Establishment of the Higher Training
“Kutafin Moscow State Law University (MSAL)”

KASHKIN Sergey Yurievich — D. Sc. (Law), professor, head of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KOMAROVA Valentina Victorovna — D. Sc (Law), professor, head of the Constitutional and Municipal Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KORNEV Arcadiy Vladimirovich — D. Sc (Law), professor, head of the Theory of State and Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KUCHERENA Anatoliy Grigorievich — D. Sc. (Law), professor, head of the Bar and Notariat Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

LYUTOV Nikita Leonidovich — D. Sc. (Law), professor, head of the Labor Law and Law of Social Security Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

NOVOSELOVA Lyudmila Aleksandrovna — D. Sc. (Law), professor, head of the Intellectual Property Rights Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

PETRUCHAK Larisa Anatolevna — D. Sc. (Law), associate professor, Vice-Rector for Academic Affairs of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

PUZYREVSKIY Sergey Anatolevich — Ph. D. (Law), head of the Competition Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

RAROG Aleksey Ivanovich — D. Sc. (Law), professor, professor of the Criminal Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ROGACHEV Denis Igorevich — Ph. D. (Law), associate professor, head of the Sports Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ROMANOVA Viktoria Valerievna — D. Sc. (Law), head of the Energy Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ROSSINSKAYA Elena Rafailovna — D. Sc. (Law), professor, Director of the Forensic Examination Institute, head of the Forensic Examination Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

SINYUKOV Vladimir Nikolaevich — D. Sc. (Law), professor, Vice-Rector for Science of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), professor of the Theory of State and Law Department.

SLESAREV Vladimir Lvovich — D. Sc. (Law), head of the Civil Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

SMIRNOV Aleksandr Fedorovich — D. Sc. (Law), professor of the Organization of Law-enforcement Activity Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Executive Secretary Editor:

SALIYA Marianna Romanovna — Expert of the Department of Scientific and Publishing Policy of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Executive Secretary of the Issue:

SEREGIN Dmitriy Igorevich — Ph. D. (Law), Associate Professor of Competition Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Passed for printing 29.09.2017.
Publication base sheet 24,57. Circulation 100 cop.
The Publishing Centre of the Kutafin
Moscow State Law University (MSAL).
Bld.9, Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993.

The address of the Editorial Office:

Bld.9, Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993.
Tel.: (499) 244-88-88 (# 556).
E-mail: vestnik@msal.ru

СОДЕРЖАНИЕ

СЛОВО К ЧИТАТЕЛЮ	6
УНИВЕРСИТЕТСКАЯ ХРОНИКА	8
АВТОРИТЕТНОЕ МНЕНИЕ	
Пузыревский С. А. Некоторые аспекты определения отраслевой самостоятельности конкурентного права	15
ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
Серегин Д. И. Становление законодательства о защите конкуренции в России	29
Максимов С. В. О перспективах принятия Конвенции Евразийского экономического союза о борьбе с картелями	38
Хохлов Е. С. Соотношение понятий «злоупотребление доминирующим положением» и «злоупотребление правом»	42
Гаврилов Д. А., Петрова А. С. Вызовы для антимонопольного регулирования в цифровую эпоху	48
Хамуков М. А. Электронные доказательства картелей на торгах	57
Милячкова О. В. Особенности правовой защиты конкуренции в странах Балканского региона	62
Павлова Н. С. Негативные последствия монополистической деятельности. Экономический аспект	74
Никитина Т. Е. Проблемы правового регулирования отношений, связанных с рекламой в сети Интернет	81
Молчанов А. В. Право антимонопольного органа на обжалование в суд торгов и сделок, заключенных по их результатам	93
Трибуна молодого ученого	
Плеханов Д. А. Проблемы и противоречия квалификации в качестве согласованных действий органов государственной власти и местного самоуправления	101
Тюленев И. В. Основы правового регулирования деятельности субъектов естественных монополий	107

Ашфа Д. М.

- Система внутреннего обеспечения соответствия
требованиям антимонопольного законодательства
в иностранных юрисдикциях: проблемы теории и практики 116

Овакимян К. Б.

- История правового регулирования государственного
контроля экономической концентрации в США 126

ВИЗИТНАЯ КАРТОЧКА

- Кафедра конкурентного права Университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 137

- БИБЛИОТЕКА КАФЕДРЫ 139

РАЗЪЯСНЕНИЕ ПРЕЗИДИУМА ФАС РОССИИ

- Разъяснение Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 8
«О применении положений статьи 10
Закона о защите конкуренции»
(утв. протоколом Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 11) 141

ПРАВО В ИСТОРИЧЕСКОМ ПРЕЛОМЛЕНИИ

Памятники права

- Закон Шермана 168

Юридическое наследие

Каминка А. И.

- Недобросовестная конкуренция 171

Рундштейн С.

- Учение о синдикатах (фрагменты) 183

Из периодики прошлого

Wertheimer L.

- Борьба с недобросовестной конкуренцией в Германии 195

ПОСТСКРИПТУМ

Копирайт оратора

- Обвинительная речь товарища прокурора Н. В. Муравьева
по делу о «Клубе червонных валетов» 199



Конкуренция является главной движущей силой экономического развития. Несмотря на то что четверть века назад наша страна выбрала рыночную экономику, сейчас угроз для конкуренции не стало меньше.

Степень монополизации и загосударствления российской экономики достаточно высока. Желание добиться монопольной сверхприбыли с минимальными усилиями по-прежнему определяет поведение многих предприятий.

Поэтому перед современным конкурентным правом стоят не менее сложные задачи, чем в конце прошлого века. Мы должны создать условия для развития конкуренции и противодействовать монополистической деятельности, не снижая при этом стимулы для ведения предпринимательской деятельности.

В борьбе со злоупотреблениями доминирующим положением антимонопольный орган должен оперативно восстановить баланс на рынке, но не должен при этом вторгаться в сферу исключительно частных взаимоотношений. Задача антимонопольного органа в данном случае состоит не в разрешении частного спора, а в устранении искусственного воздействия на рынок.

Внешне благополучный конкурентный рынок может в один момент оказаться под воздействием ограниченного круга хозяйствующих субъектов. Однако, как показывает практика, иногда такое воздействие необходимо для обеспечения прогресса в отдельной сфере. Поэтому сочетание за-

прета антиконкурентных соглашений и критериев их допустимости позволяет осуществлять гибкое воздействие на рынок.

Нельзя забывать и об этической стороне конкуренции. Конкуренция отбирает победителей в соревновании за право продать покупателю лучший товар. А любое состязание будет определять победителя объективно только в том случае, если все играют честно и по единым правилам.

И наконец, органы власти, которые должны быть инструментом проведения в жизнь проконкурентной политики, нередко видят свою задачу таким образом, что конкуренция в нее не вписывается. Поэтому выполнение поставленной перед органом власти задачи оборачивается губительными последствиями для рынка.

Все сказанное показывает, что на современном этапе общая цель обеспечить защиту конкуренции выливается в решение конкретных задач, требующих тонких подходов. Защита конкуренции должна осуществляться с минимальным воздействием государства на рынок, иначе проконкурентная политика рискует превратиться в антирыночную.

Однако достигнуть поставленной цели невозможно без грамотных специалистов и глубоких научных исследований в области конкурентного права. Поэтому внимание, которое уделяется конкурентному праву в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА), находит безусловную поддержку со стороны Федеральной антимонопольной службы.

Настоящий выпуск журнала объединяет обширный материал по наиболее актуальным и мало исследованным сферам конкурентного права. Он будет представлять интерес как для обучающихся, так и для специалистов, практикующих в сфере конкурентного права.

И. Ю. Артемьев,
*руководитель
Федеральной
антимонопольной службы*

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.006-007

1 СЕНТЯБРЯ

**Уполномоченный по правам человека в РФ
и Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
подписали соглашение о сотрудничестве**



Ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) **Виктор Блажеев** и Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации **Татьяна Москалькова** подписали соглашение о сотрудничестве.

Документ предусматривает взаимодействие сторон в целях содействия формированию высокого уровня правовой культуры населения, развития правовой грамотности и правосознания граждан, повышения качества юридического образования.

Для студентов Университета соглашением устанавливается возможность прохождения практики в Аппарате Уполномоченного по правам человека в РФ.

В рамках своего визита Татьяна Москалькова выступила с приветственным словом на торжественном собрании для первокурсников Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и поздравила студентов с Днем знаний и началом учебного года.

Визит Татьяны Москальковой в Университет продолжился ее открытой лекцией на тему: «Институт Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации». В ходе лекции были рассмотрены вопросы формирования и развития института государственной правозащиты, его эффективности, а также оглашены результаты деятельности Уполномоченного по восстановлению нарушенных прав и свобод человека в 2016–2017 годах. Татьяна Москалькова рассказала о самых резонансных обращениях граждан и ответила на вопросы студентов.

¹ URL: <http://msal.ru/news/>.

8 СЕНТЯБРЯ

Встреча с делегацией Ассоциации адвокатов провинции Хуабей Китайской Народной Республики

Состоялась встреча представителей Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и Ассоциации юристов России с делегацией Ассоциации адвокатов провинции Хуабей Китайской Народной Республики.

В мероприятии приняли участие проректор по международному сотрудничеству Университета **Дмитрий Кутафин**, проректор по научной работе **Владимир Синюков**, исполнительный директор — руководитель аппарата Ассоциации юристов России **Станислав Александров**, президент Русско-Азиатской ассоциации юристов **Максим Тафинцев** и другие.

Делегацию Ассоциации адвокатов провинции Хуабей КНР в составе 20 человек возглавили ее председатель **Ли Юминь** и директор Комитета по внешней политике Ассоциации **Гао Ксюжан**.

Владимир Синюков презентовал участникам встречи ежегодник «Юридическая наука в Китае и России» и предложил представителям юридического сообщества КНР принять активное участие в подготовке материалов, затрагивающих актуальные для юридической науки обеих стран вопросы.

«Цель журнала — путем распространения результатов правовых исследований российских и китайских ученых способствовать гармонизации, в определенной мере — унификации законодательства России и КНР», — отметил ректор МГЮА Виктор Блажеев в предисловии к сборнику.



12 СЕНТЯБРЯ

Лекция Пола Андриеса Смита по трудовому праву

Управление международного сотрудничества Университета организовало лекцию доктора наук в области управления трудовыми отношениями Пола Андриеса Смита (ЮАР). Выступление спикера было посвящено основным аспектам международного трудового права в соотношении с российским правом, а также процедурам увольнения. Лекция проходила на английском языке.

Пол Андриес Смит — сертифицированный специалист по персоналу. Имеет докторскую степень в области управления трудовыми отношениями, специализируется на процедурах увольнения, магистр искусств (эко-



номическое развитие), член Общества трудового права Южной Африки, а также Ассоциации Британских университетов. Имеет большой опыт работы в высшей образовательной среде (как лектор и исследователь), а также в частном секторе (в качестве консультанта по трудовым отношениям).

13 СЕНТЯБРЯ

Встреча с представителями юридического сообщества Индонезии



В мероприятии со стороны Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) приняли участие первый проректор **Елена Грачева**, проректор по международному сотрудничеству **Дмитрий Кутафин**, начальник Управления международного сотрудничества Университета **Ольга Шевченко**, а также ответственный секретарь Комиссии Ассоциации юристов России по общественной оценке качества высшего юридического образования **Елена Шапкина**. Индонезийскую сторону представили руководители программы докторантуры юридического факультета Университета Боробудур **Файсал Сантьяго Хамза** и **Эвита Исретно Исрахад**, председатель Профессиональной юридической ассоциации Индонезии, декан юридического факультета Университета Таруманагара **Амад Судиро Карлим**, глава Ассоциации руководителей юридических вузов Индонезии **Лаксанто Утомо**.

В рамках встречи прошло обсуждение вопросов проведения совместных международных научно-практических конференций и научных исследований. По итогам мероприятия состоялась церемония подписания меморандумов о сотрудничестве между Профессиональной юридической ассоциацией Индонезии и Университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

21 СЕНТЯБРЯ

Практикум «Молодежь и будущее» под руководством депутата Государственной Думы РФ Михаила Дегтярева



В Кутафинском зале Университета состоялся практикум председателя Комитета по физической культуре, спорту, туризму и делам молодежи Госдумы Михаила Дегтярева на тему «Молодежь и будущее».

Мероприятие прошло в формате живой дискуссии, участие в которой приняли более 250 студентов. Спике ответил на множество вопросов, касающихся наиболее животрепещущих аспектов развития спортивного права, антидопинговых скандалов, а также модернизации образовательного процесса в сфере физического воспитания подрастающего поколения.

В завершение мероприятия Михаил Дегтярев поблагодарил слушателей практикума, а авторам наиболее интересных вопросов вручил подарки.

23 СЕНТЯБРЯ

Стартовали «Университетские субботы»



В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялось торжественное открытие цикла мероприятий для школьников «Университетские субботы в МГЮА». С приветственным словом к гостям обратились ректор Университета **Виктор Блажеев** и проректор по учебной и воспитательной работе **Лариса Петручак**.

Доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения **Надежда Черных** в рамках занятия «Фриланс для подростков:

плюсы и минусы» познакомила школьников с нормами трудового и гражданского законодательства, которые используются для оформления временной работы несовершеннолетних, об особенностях временного трудоустройства, в том числе с использованием Интернета.

Профессор кафедры философских и социально-экономических дисциплин **Чеслав Далецкий** провел мастер-класс на тему: «Говорить путано умеет всякий, говорить ясно — немногие. Методика подготовки к устному выступлению». На занятии школьники познакомились с правилами подготовки к публичному выступлению, приняли участие в творческих мини-тренингах на темы: «Самопредставление», «Расскажи о себе в новом коллективе», «Поздравительная речь».

Увлекательные и познавательные занятия, мастер-классы, посвященные правовой тематике и юридическим профессиям, а также занятия в экспертной лаборатории будут проводиться по субботам до конца года.



25 СЕНТЯБРЯ

Проектная сессия «Говорит студент!»

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) прошла проектная сессия «Говорит студент!». Организаторами мероприятия выступили Общероссийский народный фронт совместно с депутатами Государственной Думы ФС РФ и Центром правового мониторинга МГЮА.

С приветственным словом выступили ректор Университета Виктор Блажеев, заместитель руководителя Исполкома ОНФ по проектной работе Яна Лоншакова и директор Центра правового мониторинга Олег Гринь.





Модераторами рабочих групп по различным направлениям стали эксперты Центра: по здравоохранению — доцент Елена Гринь; по школьному образованию — доцент Анастасия Сладкова; по благополучию и комфорту — председатель Молодежной законодательческой палаты Илья Пестиков и председатель Ассоциации студентов Антон Журков.

В ходе обсуждений участники выделили проблемы детей и молодых людей в указанных сферах. Студенты предложили наиболее эффективные пути разрешения этих проблем: от введения обязательной школьной формы для учащихся 1—4-х классов до расширения возможностей подростков в предпринимательской деятельности. Озвученные идеи были поддержаны представителями Общественного народного фронта. По итогам мероприятия был составлен ряд предложений, направленных на совершенствование законодательства в отношении детей и молодежи.

26 СЕНТЯБРЯ

Представители Университета приняли участие в круглом столе фракции «Единая Россия»



В Государственной Думе ФС РФ прошел круглый стол на тему «Совершенствование системы законодательного регулирования подводного туризма». Организатором мероприятия выступила фракция «Единая Россия». В работе круглого стола приняли участие заместитель заведующего кафедрой интеллектуальных прав Университета **Елена Гринь** и старший преподаватель кафедры административного права и процесса **Татьяна Шилюк**.

Депутат Госдумы **Наталья Костенко** обратилась к Правительству РФ с просьбой в ближайшее время внести в Госдуму подготовленный Минкультуры законопроект, который устанавливает

требования по прохождению аттестации для экскурсоводов, гидов-переводчиков и инструкторов-проводников. Под действие закона также попадут инструкторы по дайвингу — на этом настояли депутаты, чтобы обезопасить дайверов и любителей других водных видов экстремального отдыха.

27 СЕНТЯБРЯ

Лекция Эмилиано Дж. Буиса

В Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) прошла лекция профессора Университета Буэнос-Айреса (Аргентина) Эмилиано Дж. Буиса. Лекция была посвящена теме «Гуманитарный поворот: изменение юридического дискурса по международной безопасности».

В мероприятии приняли участие более 50 студентов, а также представители кафедры международного права Университета. Лекция проводилась на английском языке и в итоге переросла в конструктивный диалог.



28 СЕНТЯБРЯ

Встреча с членами Законодательного управления провинции Цинхай (Китай)

Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) активно развивает международное сотрудничество. Очередным международным мероприятием стала встреча руководства и профессорско-преподавательского состава Университета с делегацией представителей Законодательного управления провинции Цинхай Китайской Народной Республики. С приветственным словом к участникам мероприятия обратилась первый проректор Университета Елена Грачева, которая поблагодарила гостей за их визит и высказала надежду на дальнейшее плодотворное сотрудничество.

Университет имени О.Е. Кутафина представляли начальник Управления международного сотрудничества Ксения Машкова, директор Института публичного права и управления Лана Арзуманова, доцент кафедры налогового права Татьяна Романцева, старший преподаватель кафедры международного права Артур Гуласарян и начальник отдела международных связей Артем Смирнов.

Со стороны представителей Законодательного управления провинции Цинхай во встрече приняли участие заместитель директора Управления по правовым вопросам Народного правительства провинции Цинхай Ли Сюецзюнь, директор правления по правовым вопросам Народного правительства города Синин Линь Чжихун, директор правления по правовым вопросам Народного правительства города Синин Чжан Ваньцзян, директор правления по правовым вопросам Народного правительства города Хайдун Ши Цзяньсян.





Темами для обсуждения стали:

- Изучение законов и положений о коммерческой торговле в России.
- Изучение механизмов и методов устранения торговых конфликтов и споров в России.
- Обмен опытом в вопросе решения проблем в процессе строительства экономической правовой системы после вступления России в ВТО.
- Обмен опытом проведения рыночной системы в процессе строительства экономики в России.
- Изучение основной стратегии местной власти России в финансовой сфере.
- Ознакомление с правовыми характеристиками и основным содержанием корректировки функционирования рынка России.
- Ознакомление с общими правилами при оказании услуги торговой компании.
- Обсуждение возможного сотрудничества между сторонами.

В завершение мероприятия первый проректор Университета Елена Грачева провела экскурсию для гостей, рассказав об истории Университета и его традициях.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ОТРАСЛЕВОЙ САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА

Аннотация. В статье рассматриваются отраслевые особенности конкурентного права. Определяется круг общественных отношений, входящих в предмет конкурентного права, и анализируются правовые приемы и способы регулирования общественных отношений, направленных на защиту и развитие конкуренции.

Ключевые слова: конкурентное право, антимонопольное законодательство, монополистическая деятельность, предмет конкурентного права, метод конкурентного права, ответственность за нарушение антимонопольного законодательства.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.015-028

S. A. PUZYREVSKIY,

PhD, head of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Deputy Head of the FAS Russia
puzyrevskiy@rambler.ru
125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

SOME ASPECTS OF THE SELF-DEPENDENCE OF COMPETITION LAW AS BRANCH OF LAW

Review. The article consists of investigation of specific sectoral elements of competition law. The Author indicates the list of public relations, included in matter of competition law and analyzes legal instruments of regulation of such public relations, used for protection and development of competition.

Keywords: competition law, antitrust legislation, monopolistic activity, matter of competition law, method of competition law, liability for violation of antitrust legislation.



**Сергей Анатольевич
ПУЗЫРЕВСКИЙ,**

кандидат юридических наук, заведующий кафедрой конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заместитель руководителя ФАС России
puzyrevskiy@rambler.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

На сегодняшний день в правовой науке не сложилось однозначного мнения об отраслевой самостоятельности конкурентного права.

В рамках данной статьи мы постараемся проанализировать отраслевые особенности конкурентного права на основе исследования предмета и метода правового регулирования молодой отрасли права.

В начале 90-х годов прошлого века наша страна совершила переход от административно-командной к рыночной экономике.

Правовой основой формирования рыночной экономики послужили в том числе конституционные положения, гарантирующие единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, работ, услуг и финансовых средств,

поддержку конкуренции, а также признание и равную защиту всех форм собственности (ст. 8 и 34 Конституции РФ).

Экономические отношения граждан и организаций в условиях рыночной экономики строятся на принципах свободы экономической деятельности, государственного невмешательства в экономическую деятельность хозяйствующих субъектов.

Свобода экономической деятельности при организации товарного обращения трансформируется в свободу договора. Гражданский кодекс РФ в ст. 1 в качестве основных начал гражданского законодательства выделяет равенство участников регулируемых им отношений и свободу договора.

Все это создает предпосылки для формирования товарных рынков, функционирующих на конкурентных началах.

Согласно легальному определению, содержащемуся в ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции», конкуренция представляет собой 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 товара на соответствующем товарном рынке.

На товарных рынках с высоким уровнем развития конкуренции условия обращения товара, а по сути — условия гражданских договоров, опосредующих обращение товара¹, определяются непосредственно рынком (балансом спроса и предложения) и стороны этих договоров не могут оказать на такие условия договора существенного влияния.

Например, если продавец предлагает товар по цене, существенно превышающей рыночную стоимость аналогичных товаров, то, скорее всего, гражданский договор купли-продажи данного товара не будет заключен. Такой же результат будет и в случае, если покупатель предложит заключить договор купли-продажи товара по цене, существенно ниже его рыночной стоимости.

Таким образом, несмотря на то, что в соответствии с положениями гражданского законодательства условия гражданского договора определяются по соглашению сторон, фактически эти условия предопределяются факторами, складывающимися на товарном рынке, и стороны гражданских договоров не могут оказывать существенного влияния на такие условия.

Важно также подчеркнуть, что в условиях конкуренции стороны договора, опосредующего обращение товара, равны и не имеют возможности диктовать свою волю другой стороне договора. В этом и выражается предусмотренный ч. 1 ст. 1 Гражданского кодекса РФ принцип равенства участников гражданских отношений. Именно этот принцип, наравне с принципом свободы договора, лежит в основе формирования справедливой конкуренции на товарных рынках.

Однако ситуация с взаимодействием сторон договора, опосредующего обращение товара, кардинально меняется, как только у одной из сторон появляется рыночная власть (возможность определять условия обращения товара и навязывать такие условия контрагенту).

¹ Под гражданским договором, опосредующим обращение товара, в рамках данной статьи мы понимаем гражданско-правовые договоры купли-продажи, поставки и другие договоры, предметом которых является передача товара от одного лица другому лицу.

Рыночная власть — категория, характеризующая доминирующее положение хозяйствующего субъекта на рынке. Такая власть может возникать и в силу соглашения (картеля) между хозяйствующими субъектами — конкурентами.

Согласно ст. 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке.

Экономисты определяют рыночную власть как способность фирм (или групп фирм) повысить цену и поддержать ее на уровне, превышающем уровень, обусловленный конкуренцией².

Таким образом, наличие у хозяйствующего субъекта рыночной власти на товарном рынке, обусловленной его доминирующим положением или соглашением, позволяет ему определять условия обращения товара и устанавливать цену товара по своему усмотрению. Если экономический термин «условия обращения товара» перевести на юридический язык, то он будет означать, что хозяйствующий субъект, обладающий рыночной властью, получает возможность в одностороннем порядке определять условия договора, опосредующего обращение товара, и навязывать такие условия своим контрагентам.

Следовательно, использование хозяйствующим субъектом рыночной власти в своих экономических интересах способно существенно ущемить и нарушить экономические права его контрагентов и нарушить принцип равенства участников гражданских отношений (так как юридическое равенство и экономическое равенство — разные вещи).

Рыночная власть, которой обладают доминирующие на товарном рынке хозяйствующие субъекты, монополисты, зачастую не позволяет реализовать на практике юридический принцип равенства участников гражданских отношений, о котором мы говорили выше. Это связано с тем, что экономически более сильный хозяйствующий субъект при вступлении в условиях рыночной экономики в гражданские отношения с субъектом (контрагентом), не обладающим существенной рыночной властью, определяет условия договора (условия обращения товара) не на основе равенства в обсуждении его условий, а на основе диктата, обусловленного рыночной властью. Таким образом, юридическое равенство участников гражданских правоотношений при экономическом неравенстве хозяйствующих субъектов на товарном рынке превращается в полную фикцию и не может быть реализовано.

К сожалению, мерами гражданско-правового регулирования указанную ситуацию полностью исправить невозможно. Поэтому для обеспечения подлинного равенства участников рыночных отношений включаются механизмы публично-правового регулирования, содержащиеся в системе антимонопольного законодательства.

Для обеспечения экономического равенства участников гражданских отношений и защиты конкуренции государство вводит определенные ограничения для участников рынка, обладающих рыночной властью, и запрещает определенное поведение участников рынка, приводящее к ограничению конкуренции.

² Князева И. В. Антимонопольная политика в России. М., 2008. С. 456.



Поэтому нормы конкурентного права призваны в том числе обеспечить реализацию основополагающих принципов гражданского права, определяющих условия товарного обращения и лежащих в основе функционирования рыночной экономики, основанной на эффективной конкуренции.

История формирования и развития антимонопольного законодательства в нашей стране связана с установлением правовых конструкций, направленных на ограничение рыночной власти отдельных хозяйствующих субъектов и формирование определенных правил поведения хозяйствующих субъектов, обеспечивающих функционирование товарных рынков на конкурентных началах.

Так, одним из главных институтов в системе антимонопольного регулирования стал институт пресечения злоупотреблений хозяйствующими субъектами своим доминирующим положением.

Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением впервые появился в российском антимонопольном законодательстве с принятием Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

Закон запрещал действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, которые имеют либо могут иметь своим результатом существенное ограничение конкуренции или ущемление интересов других хозяйствующих субъектов или граждан, в том числе такие действия, как:

- изъятие товаров из обращения с целью создания или поддержания дефицита на рынке либо повышения цен;
- навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования передачи финансовых средств, в том числе в иностранной валюте, сырья, материалов, изделий, жилых домов, квартир, рабочей силы контрагента и др.);
- 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;
- создание препятствий для доступа на рынок (выхода с рынка) другим хозяйствующим субъектам;
- нарушение установленного нормативными актами порядка ценообразования.

Федеральным законом от 25 мая 1995 г. № 83-ФЗ в Закон о конкуренции и ограничении монополистической деятельности были введены новые запреты на злоупотребление доминирующим положением. Так, доминирующим хозяйствующим субъектам запрещается:

- установление монопольно высоких (низких) цен;
- сокращение или прекращение производства товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии безубыточной возможности их производства;
- необоснованный отказ от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) при наличии возможности производства или поставки соответствующего товара.

Стоит отметить, что практически в неизменном виде эти запреты были приняты и Федеральным законом № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), принятым 26 июля 2006 г.

Существенной особенностью Закона о защите конкуренции, значительно усилившей систему антимонопольного регулирования, было введение института коллективного доминирования хозяйствующих субъектов на товарных рынках. Это позволило пресекать злоупотребления коллективно доминирующих хозяйствующих субъектов на олигопольных товарных рынках³.

В рамках дальнейшего совершенствования антимонопольного законодательства уточнялось понятие и признаки монопольно высокой и монопольно низкой цены, а также появились правовые механизмы оперативного пресечения отдельных злоупотреблений доминирующих хозяйствующих субъектов без возбуждения антимонопольного дела (институт предупреждения).

Помимо запрета в отношении одностороннего поведения хозяйствующих субъектов, обладающих рыночной властью, Закон о конкуренции и ограничении монополистической деятельности предусмотрел ряд запретов в отношении антиконкурентных соглашений хозяйствующих субъектов.

Так, предусматривался запрет на достигнутые в любой форме соглашения (согласованные действия) конкурирующих хозяйствующих субъектов (потенциальных конкурентов), занимающих в совокупности доминирующее положение, если такие соглашения (согласованные действия) имеют либо могут иметь своим результатом существенное ограничение конкуренции, в том числе соглашения (согласованные действия), направленные на:

- установление (поддержание) цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;
- повышение, снижение или поддержание цен на аукционах и торгах;
- раздел рынка по территориальному принципу, по объему продаж или закупок, по ассортименту реализуемых товаров либо по кругу продавцов или покупателей (заказчиков);
- ограничение доступа на рынок или устранение с него других хозяйствующих субъектов в качестве продавцов определенных товаров или их покупателей (заказчиков);
- отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Запрещались также соглашения (согласованные действия) неконкурирующих хозяйствующих субъектов, один из которых занимает доминирующее положение, а другой является его поставщиком или покупателем (заказчиком), если такие соглашения (согласованные действия) имели либо могли иметь своим результатом существенное ограничение конкуренции.

В 1995 г. в Законе появился запрет объединениям коммерческих организаций (союзам или ассоциациям), хозяйственным обществам и товариществам на координацию предпринимательской деятельности коммерческих организаций, которая имеет либо может иметь своим результатом ограничение конкуренции.

³ См., например: Пузыревский С. А. О спорах ФАС с нефтяными компаниями // Конкуренция и право. 2010. № 1. С. 15.



Нарушение такого запрета могло стать основанием для ликвидации в судебном порядке объединения коммерческих организаций (союза или ассоциации), хозяйственного общества или товарищества, осуществляющего координацию предпринимательской деятельности, по иску федерального антимонопольного органа (территориального органа в пределах его компетенции).

Запреты на заключение и участие хозяйствующих субъектов в антиконкурентных соглашениях были восприняты и Законом о защите конкуренции.

При этом в процессе развития антимонопольного законодательства в рамках данного Закона все антиконкурентные соглашения по степени их общественной опасности были разделены на несколько видов: горизонтальные соглашения (соглашения между конкурентами, среди которых наиболее опасными являются картели); вертикальные соглашения (соглашение, по которому один субъект передает товар другому субъекту) и иные соглашения (иногда их называют «конгломератные», поскольку они заключаются между участниками смежных товарных рынков). Отдельное правовое регулирование в антимонопольном законодательстве получил институт антиконкурентных согласованных действий.

Последовательно развивался также институт защиты от недобросовестной конкуренции.

Закон о конкуренции и ограничении монополистической деятельности предусмотрел запрет на отдельные формы недобросовестной конкуренции.

Так, запрещалась недобросовестная конкуренция, в том числе:

- распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации;
- введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и места изготовления, потребительских свойств, качества товара;
- некорректное сравнение хозяйствующим субъектом в процессе его рекламной деятельности производимых или реализуемых им товаров с товарами других хозяйствующих субъектов;
- самовольное использование товарного знака, фирменного наименования или маркировки товара, а также копирование формы, упаковки, внешнего оформления товара другого хозяйствующего субъекта;
- получение, использование, разглашение научно-технической, производственной или торговой информации, в том числе коммерческой тайны, без согласия ее владельца.

В 1995 г. в Законе появилось определение недобросовестной конкуренции как любых действий хозяйствующих субъектов, которые направлены на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности и противоречат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам (конкурентам) либо нанести ущерб их деловой репутации.

Закон о защите конкуренции воспринял предшествующие подходы к закреплению запрета недобросовестной конкуренции, а с принятием четвертого антимонопольного пакета в Законе о защите конкуренции появилась целая глава,

в рамках которой были детализированы запреты на основные формы недобросовестной конкуренции.

Помимо запретов на определенное поведение хозяйствующих субъектов, антимонопольное законодательство традиционно запрещает антиконкурентное поведение органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Так, с принятием Закона о конкуренции и ограничении монополистической деятельности органам власти и управления запрещается принимать акты и совершать действия, которые ограничивают самостоятельность хозяйствующих субъектов, создают дискриминирующие или, напротив, благоприятствующие условия деятельности отдельных хозяйствующих субъектов, если такие акты или действия имеют либо могут иметь своим результатом существенное ограничение конкуренции или ущемление интересов хозяйствующих субъектов или граждан, в том числе запрещается:

- устанавливать запреты на осуществление определенных видов деятельности хозяйствующими субъектами или на производство определенных видов товаров, за исключением случаев, предусмотренных законодательством;
- необоснованно препятствовать деятельности хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере;
- устанавливать запреты на продажу (покупку, обмен, приобретение) товаров из одного региона РСФСР (республики, края, области, района, города, района в городе) в другой или иным образом ограничивать права хозяйствующих субъектов на продажу (приобретение, покупку, обмен) товаров;
- давать хозяйствующим субъектам указания о первоочередной поставке товаров (выполнении работ, оказании услуг) определенному кругу покупателей (заказчиков) или о приоритетном заключении договоров без учета установленных законодательными или иными нормативными актами РСФСР приоритетов;
- необоснованно препятствовать созданию новых хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности;
- необоснованно предоставлять отдельным хозяйствующим субъектам налоговые или иные льготы, ставящие их в преимущественное положение по отношению к другим хозяйствующим субъектам, работающим на рынок того же товара.

Кроме того, запрещалось образование министерств, государственных комитетов, других структур государственного управления с целью монополизации производства или реализации товаров, а также наделение существующих министерств, государственных комитетов или других структур государственного управления полномочиями, осуществление которых имеет либо может иметь своим результатом существенное ограничение конкуренции.

Также устанавливался запрет на соглашения (согласованные действия) органа власти или управления с другим органом власти или управления либо с хозяйствующим субъектом, которые имеют либо могут иметь своим результатом существенное ограничение конкуренции или ущемление интересов хозяйствующих субъектов или граждан, в том числе соглашения (согласованные действия), направленные:

- на повышение, снижение или поддержание цен (тарифов);
- раздел рынка по территориальному принципу, по объему продаж или закупок,



- по ассортименту реализуемых товаров либо по кругу продавцов или покупателей (заказчиков);
- ограничение доступа на рынок или устранение с него хозяйствующих субъектов.

Должностным лицам органов государственной власти и государственного управления запрещалось заниматься самостоятельной предпринимательской деятельностью, иметь в собственности предприятия, занимать должности в органах управления хозяйствующего субъекта.

С определенной трансформацией указанные запреты были восприняты и Законом о защите конкуренции.

Кроме того, в целях защиты конкуренции Закон ограничил возможность предоставления хозяйствующим субъектам государственных и муниципальных преференций закрытым перечнем случаев, определив в качестве обязательного условия предоставления такой преференции согласие антимонопольного органа.

Для предупреждения монополизации товарных рынков антимонопольное законодательство с момента своего появления содержало комплекс норм, направленных на контроль экономической концентрации. Так, предусматривался контроль антимонопольных органов за созданием, слиянием, присоединением, преобразованием, ликвидацией хозяйствующих субъектов, а также контроль приобретения акций, паев, долей участия в уставном капитале хозяйствующих субъектов.

Вопросы антимонопольного контроля экономической концентрации получили свое развитие и в Законе о защите конкуренции: появилось определение экономической концентрации, уточнены параметры антимонопольного контроля сделок и действий, определены особенности антимонопольного контроля сделок и действий, совершаемых за пределами территории Российской Федерации. Кроме того, детально прописана процедура принятия антимонопольным органом решения по результатам рассмотрения ходатайств хозяйствующих субъектов о совершении сделок, действий экономической концентрации.

Безусловно важной составляющей системы антимонопольного законодательства является юридическая ответственность за антимонопольные нарушения.

При этом следует отметить, что для защиты конкуренции используются механизмы гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности.

Так, лица, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, вправе обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, о возмещении вреда, причиненного имуществу.

В соответствии с Кодексом РФ об административных правонарушениях нарушения антимонопольного законодательства путем злоупотребления доминирующим положением, участия в антиконкурентных соглашениях, недобросовестной конкуренции влечет ответственность для хозяйствующих субъектов в виде административного штрафа, размер которого определяется от годовой выручки правонарушителя и может достигать 15 % такой выручки (ст. 14.9, 14.31—14.33). Для крупных компаний штрафы за антимонопольные правонарушения составляют миллионы, а иногда и миллиарды рублей. Должностные лица органов госу-

дарственной власти и местного самоуправления за антимонопольные правонарушения могут быть дисквалифицированы на срок до трех лет.

Статья 178 Уголовного кодекса РФ предусматривает уголовную ответственность за картельные сговоры, причинившие крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекшие извлечение дохода в крупном размере.

Таким образом, в нашей стране сформирована целостная система законодательства, обеспечивающего развитие и защиту конкуренции на товарных рынках.

Конкурентное право является одним из важнейших регуляторов экономической деятельности хозяйствующих субъектов в условиях рыночной экономики.

Определяя отраслевую специфику конкурентного права, стоит обратиться к классикам юридической науки. Так, С. С. Алексеев отмечал, что все отрасли права делятся на основные и комплексные.

Очевидно, что в рамках указанной классификации конкурентное право не может претендовать на статус основной отрасли права, однако представляется вполне оправданным рассмотрение вопроса о выделении конкурентного права в качестве комплексной отрасли права, основанной на самостоятельной системе законодательства, общности регулируемых отношений и специфике метода регулирования.

Стоит отметить, что в настоящее время в юридической науке не сложилось четкого определения предмета конкурентного права, хотя сходство предлагаемых учеными подходов к его определению безусловно прослеживается⁴.

На наш взгляд, нельзя отрицать наличия круга подверженных правовому регулированию общественных отношений, связанных с защитой и развитием конкуренции.

Большое значение для правильного определения предмета конкурентного права имеет анализ положений Федерального закона «О защите конкуренции», который в числе прочего определяет предмет регулирования антимонопольного законодательства.

Согласно ч. 1 ст. 1 Закона о защите конкуренции указанный Закон определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения:

- монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции;
- недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком РФ.

Указанные выше конституционные положения, а также положения Закона о защите конкуренции являются основой для определения предмета конкурентного права.

С учетом проведенного анализа можно прийти к выводу о том, что предметом конкурентного права являются общественные отношения по защите и развитию конкуренции.

⁴ См.: Конкурентное право : учебник / Д. А. Гаврилов, С. А. Пузыревский, Д. И. Серегин ; отв. ред. С. А. Пузыревский. М. : Норма: ИНФРА-М, 2015. С. 31—32.



При этом указанные общественные отношения могут быть разделены на три группы:

Первую группу составляют **отношения по пресечению актов, действий и соглашений, приводящих к нарушению, ограничению, недопущению или устранению конкуренции:**

- 1) отношения по пресечению монополистической деятельности, включая отношения по пресечению злоупотреблений доминирующим положением, и антиконкурентные соглашения;
- 2) отношения по пресечению недобросовестной конкуренции;
- 3) отношения по пресечению антиконкурентных действий органов власти;
- 4) отношения по пресечению антимонопольных нарушений при проведении торгов.

Вторую группу составляют **отношения по предупреждению ограничения, недопущения или устранения конкуренции:**

- 1) отношения по направлению хозяйствующим субъектам и органам власти предостережений о воздержании от совершения действий, способных привести к нарушению антимонопольного законодательства;
- 2) отношения по контролю государственных и муниципальных преференций;
- 3) отношения по контролю экономической концентрации;
- 4) отношения по контролю создания государственных и муниципальных унитарных предприятий.

Третью группу составляют **процедурно-процессуальные отношения по предупреждению и пресечению нарушений антимонопольного законодательства:**

- 1) отношения по государственному контролю и надзору за соблюдением антимонопольного законодательства;
- 2) отношения по привлечению к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Подводя итог определению предмета конкурентного права можно сказать, что предметом конкурентного права являются общественные отношения по защите и развитию конкуренции, включающие отношения по пресечению актов, действий и соглашений, приводящих к нарушению, ограничению, недопущению или устранению конкуренции, отношения по предупреждению ограничения, недопущения или устранения конкуренции, а также процедурно-процессуальные отношения по предупреждению и пресечению нарушений антимонопольного законодательства.

Конкурентное право следует отнести к системе публичных отраслей права. Это накладывает свои особенности на определение метода правового регулирования общественных отношений, входящих в предмет конкурентного права.

Из общей теории права известно, что метод права представляет собой совокупность приемов и способов, с помощью которых осуществляется регулирование общественных отношений.

Именно метод определяет правовой режим регулирования общественных отношений той или иной отрасли права.

В праве существуют два основных универсальных способа регулирования общественных отношений, используемых в той или иной мере большинством

правовых отраслей права, — это императивный и диспозитивный способ регулирования общественных отношений.

Императивный способ предполагает наличие обязательных для исполнения субъектами предписаний, не предоставляя свободы выбора поведения в конкретной ситуации. Диспозитивный способ регулирования предполагает установление запретов определенного поведения с предоставлением свободы в поведении субъектов, не запрещенном законодательством. Императивное регулирование выражается формулой: «Все, что не разрешено, — запрещено». Диспозитивное регулирование выражается формулой: «Всё, что не запрещено, — разрешено».

Каждая отрасль права имеет свое уникальное сочетание императивных и диспозитивных начал в регулировании общественных отношений. Не является исключением в этом отношении и конкурентное право.

Метод конкурентного права можно определить как совокупность приемов и способов, с помощью которых осуществляется регулирование отношений, входящих в предмет конкурентного права.

Метод конкурентного права характеризуется следующими тремя особенностями.

1. Централизованное регулирование отношений в сфере защиты конкуренции на федеральном уровне и запрет регулирования этих отношений на уровне субъектов Российской Федерации и муниципальном уровне (уровне местного самоуправления).

Согласно ст. 2 Закона о защите конкуренции антимонопольное законодательство основывается на Конституции РФ, Гражданском кодексе РФ и состоит из Закона о защите конкуренции и иных федеральных законов, регулирующих отношения, связанные с защитой конкуренции. Отношения, связанные с защитой конкуренции, могут регулироваться постановлениями Правительства РФ, нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством.

Указанное положение Закона о защите конкуренции основывается на п. «ж» ст. 71 Конституции РФ, согласно которому к исключительному ведению Российской Федерации относятся установление правовых основ единого рынка, основы ценовой политики, федеральные экономические службы.

Особенностью метода конкурентного права является то, что органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления не вправе осуществлять регулирование отношений в сфере защиты конкуренции.

Более того, в случае принятия органами государственной власти субъектов Российской Федерации или органами местного самоуправления нормативных актов, направленных на недопущение, устранение или ограничение конкуренции, такие акты подлежат признанию недействительными по предписанию антимонопольного органа или в судебном порядке.

2. Предоставление хозяйствующим субъектам свободы действий на товарных рынках, ограниченной необходимостью защиты конкуренции.

Основой конституционного строя Российской Федерации является гарантия единства экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг



и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности (ст. 8 Конституции РФ).

Конституция РФ также закрепляет право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Указанное может быть ограничено лишь федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

Таким образом, в процессе участия хозяйствующих субъектов в конкурентных отношениях на товарных рынках их свобода экономической деятельности ограничивается запретами на недопустимое в условиях рыночной экономики поведение, приводящее, как правило, к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

Указанные запреты и ограничения составляют основное содержание конкурентного (антимонопольного) законодательства. При этом, как указывалось выше, наличие в конкурентном праве большого количества запретов не изменяет диспозитивного характера регулирования конкурентного права, поскольку принципом правового регулирования конкурентных отношений остается свобода деятельности хозяйствующих субъектов на товарных рынках, ограниченная антимонопольными запретами.

3. Специфика способов защиты конкуренции.

К числу особенностей метода конкурентного права можно отнести и специфические способы защиты конкуренции.

Вся система конкурентного (антимонопольного) законодательства направлена на обеспечение защиты конкуренции. При этом в зависимости от характера возникающих угроз эффективному функционированию товарных рынков и конкуренции в конкурентном праве выделяют гражданско-правовые, административные и уголовно-правовые способы защиты конкуренции.

Гражданско-правовой способ защиты конкуренции предполагает возможность воздействия на нарушителя антимонопольного законодательства посредством обязанности его возместить убытки, причиненные правонарушением. Лица, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, вправе обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, о возмещении вреда, причиненного имуществу.

Административно-правовой способ защиты предполагает возможность как наказания нарушителя антимонопольного законодательства, так и публично-правового воздействия на него с целью прекращения правонарушения и создания условий для развития конкуренции. Так, конкурентное законодательство закрепляет полномочия антимонопольных органов выдавать по результатам рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства предписания: о прекращении нарушения антимонопольного законодательства; о восстановлении положения, существовавшего до нарушения антимонопольного законодательства; о совершении действий, направленных на обеспечение

конкуренции и др. (см.: п. 2 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции). Кроме того, эффективной мерой защиты конкуренции выступает административная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства (ст. 14.9, 14.31—14.33, 19.5, 19.8 КоАП РФ). Особое место в системе административно-правовых способов защиты конкуренции занимают предписания антимонопольных органов о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства. Эта мера занимает промежуточное место между указанными двумя административными способами защиты конкуренции.

Самостоятельным способом защиты конкуренции выступает уголовно-правовой механизм ответственности за ограничение конкуренции (ст. 178 Уголовного кодекса РФ). Уголовно-правовой механизм защиты применяется лишь в случаях угрозы конкуренции, которые представляют существенную общественную опасность (картели, причиняющие существенный ущерб потребителям).

Таким образом, для обеспечения защиты конкуренции в конкурентном праве используются правовые механизмы других отраслей права (гражданского, административного и уголовного).

Анализ особенностей механизмов регулирования отношений по защите и развитию конкуренции свидетельствует, что в методе конкурентного права имеются элементы как императивного, так и диспозитивного регулирования. При этом вопрос о соотношении указанных способов правового регулирования в конкурентном праве продолжает оставаться предметом научной дискуссии.

Важно также отметить, что необходимость обеспечения конкуренции на товарных рынках предопределяет экономическое содержание большинства норм конкурентного права. Юридические категории конкурентного права пропитаны экономическим содержанием.

Понятия «товар», «товарный рынок», «конкуренция», «монопольно высокая цена», «необоснованно высокая цена финансовой услуги» имеют исключительно экономическое содержание и для правильного их определения требуют анализа товарного рынка.

Имеются особенности и в определении субъектного состава участников рыночных отношений.

Если в гражданском праве при определении субъектов используется термин «лица»: физические лица, юридические лица, государственно-правовые образования (Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципалитеты), то конкурентное право при определении субъектного состава участников общественных отношений в сфере защиты конкуренции оперирует понятием «хозяйствующий субъект», содержание которого ориентировано исключительно на экономическую возможность указанного субъекта осуществлять деятельность на товарном рынке (производить и (или) реализовывать товары, работы, услуги).

Для оценки экономических процессов, происходящих на товарных рынках, используется категория «группа лиц», которая определяет внутренние взаимосвязи между хозяйствующими субъектами, позволяющие им действовать на товарном рынке в качестве единого экономического субъекта, подчиняя участников группы единым экономическим интересам.



Таким образом, к числу отраслевых особенностей конкурентного права следует отнести также экономическое содержание используемых данной отраслью правовых понятий и конструкций.

Проведенный в рамках настоящей статьи анализ свидетельствует о наличии оснований для вывода о формировании в российской правовой системе новой отрасли — отрасли конкурентного права, которая имеет важное значение в регулировании экономических отношений в нашей стране.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Структура советского права. — М. : Юридическая литература, 1975. — 264 с.
2. *Князева И. В.* Антимонопольная политика в России. — М., 2008.
3. Конкурентное право : учебник / Д. А. Гаврилов, С. А. Пузыревский, Д. И. Серегин ; отв. ред. С. А. Пузыревский. — М. : Норма: ИНФРА-М, 2015. — 416 с.
4. *Пузыревский С. А.* О спорах ФАС с нефтяными компаниями // Конкуренция и право. — 2010. — № 1.

СТАНОВЛЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ В РОССИИ

Аннотация. В статье описывается история развития законодательства о защите конкуренции в России. В правовом поле задача защиты свободной конкуренции появляется еще в XVII в. Однако даже в начале XX в. в российской науке не было сформировано единообразного подхода к оценке конкуренции и монополии.

После событий 1917 г. к конкуренции относились преимущественно негативно. Начался процесс выстраивания системы государственного монополизма. Начало современному этапу развития и защиты конкуренции положили законодательные акты СССР, принятые в 1989—1990 гг.

Ключевые слова: конкуренция, защита конкуренции, монополизм, монополистическая деятельность, недобросовестная конкуренция.



**Дмитрий Игоревич
СЕРЕГИН,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), советник юридической фирмы «ЮСТ»
d-seregin@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.029-037

D. I. SEREGIN,

PhD, Associate Professor of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL) Counsel of YUST Law Firm
d-seregin@mail.ru
125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

THE FORMATION OF THE LEGISLATION FOR PROTECTION OF COMPETITION IN RUSSIA

Review. The article describes the history of formation of the legislation for protection of competition in Russia. The target on protection of free competition appears in the legal field in the 17th century. However, there was no common assessing of competition and monopoly in the early 20th century in the Russian science.

After the events of 1917 the attitude to competition were mainly negative. Started the process of organizing the system of state monopoly.

The beginning of the modern phase of development and protection of competition started by some legislative acts of the USSR that were adopted in 1989—1990.

Keywords: competition, protection of competition, monopoly, monopolistic activities, unfair competition.

Истоки правовой защиты свободной конкуренции в России

Осознание ценности конкуренции для общества в нашей стране сформировалось относительно недавно. Наверное, право ни одной другой страны не знает примеров таких кардинальных и частых перемен отношения законодателя к конкуренции.



Как справедливо отмечает А. Ю. Кинев, история развития российского антимонопольного законодательства берет свое начало еще в дореволюционной России¹.

Наше государство действительно начало сталкиваться с серьезными проблемами в виде ограничения конкуренции, спекулятивных монополий и связанного с ними необоснованного завышения цен давно: уже в XVII в. эти проблемы нашли свое отражение в источниках права.

Российские правовые акты в XVII в., это, конечно, не закон Шермана, но задачу по защите честной конкуренции они выполняли. Примечательно, что активное развитие права в этой сфере отмечается с окончанием Смутного времени и воцарением на российском престоле династии Романовых.

Царя Алексея Михайловича, вероятно, следует признать первым публичным защитником конкуренции в России. Глава VII Соборного уложения 1649 г., принятая в период его царствования, гласит: «А у которых людей служилые люди, идучи на государеву службу, учнут покупати людския и конския кормы, и тем людем продавати ратным людем людския и конския кормы прямою ценою, а лишних денег на ратных людех ни за что не имати». То есть, говоря современным языком, Соборное уложение 1649 г. предусматривало запрет монопольно высокой цены.

И далее: «А будет которые люди учнут ратным людем продавати людския и конския кормы дорогою ценою, и тем людем по суду и по сыску, по тому же наказанию чинити, а лишнее взятое отдавати». Фактически данное указание описывало меры, аналогичные тем, которые сейчас выражаются в выдаче предписания об устранении последствий нарушения.

Приведем еще один пример. Боярский приговор 15 января 1694 г. «О нечинении перекупа привозимых на рынки крестьянами припасов», принятый при царе Федоре III Алексеевиче, предусматривал: «На гостине и на мытном дворах и у померной избы на площади и по улицам и по крестцам учинить заказ крепкой, чтоб Московские жители всяких чинов люди и скупщики и складчики и кулатчики у приезжих торговых людей сложась мяс и рыбы и сена и золы и дров и хлеба и всяких товаров большими статьями для своих прибылей и прихотей не скупали и приезжих людей не задерживали и всяких чинов торговых людей не отбивали; а покупать всяких чинов людем всякие товары вольно, чтоб торговым приезжим и Московским жителям от тех скупщиков и кулатчиков обиды и разорения отнюдь не было».

Таким образом, российская правовая система уже с XVII в. включала в себя положения, которые были направлены на борьбу с угрозами честной конкуренции. Хотя, судя по всему, в тот период такие угрозы не отличались разнообразием и были связаны с различными формами спекуляции.

На протяжении последующих лет с определенной периодичностью издавались государственные акты, направленные на борьбу с отдельными формами ограничения свободы конкуренции в конкретных, жизненно важных для государства на тот момент сферах: лес, хлеб, соль, мясо.

В 1725 г. император и самодержец Всероссийский Петр I издает Сенатский указ «О продаже съестных припасов во всех городах по умеренным ценам и о

¹ Кинев А. Ю. Административно-правовая защита конкуренции: проблемы и пути совершенствования : дис.... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 21.

воспрещении перекупа пригоняемого в С.-Петербург скота и привозимых окрестными жителям припасов и продуктов», также направленный на борьбу со спекуляцией и перекупкой продуктов.

С принятием при Екатерине II Устава благочиния, или полицейского 8 апреля 1782 г. «перекуп товара» квалифицируется как уголовное преступление против общей народной торговли, а виновные отсылаются к Суду.

Серьезная работа по систематизации законодательства при Николае I привела к появлению в 1832 г. Свода законов Российской империи. Разрозненные нормы, относящиеся к противодействию монополистической спекуляции, сговорам и иным антиконкурентным действиям, были приведены в определенный порядок.

Большинство таких норм были размещены в Уставе о обеспечении народного продовольствия. Пункт 121 Устава (в ред. 1892 г.) гласил: «Строго воспрещается торговцам или промышленникам производить стачки, сделки или другие соглашения для возвышения цены на предметы продовольствия или для непомерно-го понижения сей цены в намерении стеснить действия производящих или доставляющих сии товары, а через то препятствовать и дальнейшему в большем количестве привозу оных».

Принятое в 1845 г. Уложение о наказаниях уголовных и исполнительных рассматривало применение антиконкурентных механизмов как преступление, влекущее уголовное наказание. Так, ст. 1615 Уложения предусматривала наказание за «стачку торговцев и промышленников для возвышения цены не только предметов продовольствия, но и других необходимой потребности товаров, или для непомерного понижения сей цены, в намерении стеснить действия привозящих или доставляющих сии товары, а через то препятствовать и дальнейшему в большем количестве привозу оных...».

Систематизация отечественного законодательства в середине XIX в., к сожалению, не привела к полному объединению в одном акте всех правовых норм, посвященных монополии, и ограничению конкуренции. Одной из причин этого является то, что в российском обществе еще отсутствовало комплексное понимание проблем, связанных с монополизмом.

К началу XX в. на сцену выходит относительно новое явление — предпринимательские объединения и союзы, которые, по мнению Г. Ф. Шершеневича, являются следствием процессов концентрации капиталов².

И хотя законодательство Российской империи уже содержало нормы, позволяющие бороться с отдельными проявлениями антиконкурентных соглашений, судебная практика борьбы с картелями и синдикатами развивалась крайне медленно.

В какой-то части это было связано и с тем, что вопрос о законности картельных соглашений не был решен и в теории. Ученые того времени не могли дать однозначный ответ на вопрос о том, являются ли картели безусловным злом или они несут в себе и позитивные элементы, позволяющие смягчить деструктивные последствия чистой конкуренции.

Г. Ф. Шершеневич замечает, что основной идеей всех объединений является предотвращение последствий свободной конкуренции. Однако при этом указы-

² Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. СПб., 1908. Т. I. С. 489—498.



вается, что свободная конкуренция представляет, в сущности, анархическое начало. «Стремление нормировать производство и сбыт продуктов известного рода товаров является положительною стороною синдикатов, выдвигающею момент общественной организации над частным произволом. Стремление устранить свободную конкуренцию для обеспечения небольшой группе лиц высокой прибыли за счет потребителей составляет отрицательную сторону синдикатов, так как общественные интересы приносятся в жертву частным»³.

А. И. Каминка считал, что усилия следует направить на то, чтобы объединения предпринимателей, принося обществу всю ту пользу, которую можно извлечь из этой комбинации капиталистического и предпринимательского элементов, приносили бы ему вместе с тем минимум вреда⁴.

В науке, таким образом, не был решен вопрос о том, сто́ит ли картельные соглашения признавать недействительными в любом случае либо необходимо применять запреты дифференцированно.

Кроме того, не был решен вопрос о том, какие средства необходимо использовать для противодействия негативным последствиям ограничения конкуренции — частноправовые, административные или уголовные. В рассматриваемый период начинает формироваться понимание того, что проблема ограничения конкуренции не является сугубо цивилистической.

В частности, А. В. Венедиктов приходит к выводу, что исключительно мерами гражданского права тут помочь нельзя: необходимо государственное вмешательство в деятельность картелей и синдикатов⁵.

Ответ на многие вопросы должен был дать законопроект о синдикатах и трестах, разработанный Министерством торговли и промышленности, который публиковался в 1913—1914 гг., но он так и не был принят.

Дальнейшему развитию как законопроектной деятельности, так и научной мысли в сфере конкуренции и монополий помешали события 1917 г.

Отношение к конкуренции в годы советской власти

Первые годы после Революции характеризовались упразднением большинства старорежимных правовых и экономических институтов. Правовая и экономическая система Советского государства периода военного коммунизма практически не оперировала такой категорией, как «конкуренция», которая считалась пережитком старого строя.

Тем не менее упоминание термина «конкуренция» в период советской власти можно встретить в официальных документах начиная с 1918 г. Декрет СНК РСФСР от 23.03.1918 «Об учреждении государственного контроля над всеми видами страхования, кроме социального» поручает Совету по делам страхования проведение страховой политики в целях приближения страхования к потребно-

³ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч.

⁴ Каминка А. И. Очерки торгового права. СПб., 1912. Вып. I. С. 386—437.

⁵ Венедиктов А. В. Картели и синдикаты // Вестник гражданского права. 1915. № 4, 5. С. 117—140.

стям беднейших классов населения, развития мелкого народного страхования жизни, устранения вредной для народного хозяйства конкуренции страховых обществ и учреждений, изыскания мероприятий, направленных к уменьшению горимости в стране, и т.п.

Декрет СНК РСФСР от 21.07.1921 «О порядке заготовок продуктов кооперативными объединениями рабочих и служащих» описывает следующую ситуацию: «...за получением продовольствия путем товарообмена наряду с делегациями рабочих организаций, имеющих мандаты от Всероссийского центрального союза потребительских обществ (Центросоюза), хаотически хлынуло множество делегаций, не зарегистрировавшихся во Всероссийском центральном союзе потребительских обществ; ...эти делегации направляются не только в производящие, но и в потребляющие губернии, где они выкачивают последние остатки хлеба и картофеля, необходимые местному населению; ...в целях скорейшего приобретения необходимых им продуктов делегации рабочих организаций вступают друг с другом в ожесточенную конкуренцию и таким образом одновременно вызывают чрезмерное падение рыночных цен на предлагаемые ими товары и спекулятивное взвинчивание цен на продовольствие».

Реакцией государства на «ожесточенную конкуренцию» стал ее запрет и передача полномочий по закупке продовольствия в «одно окно» — Рабочие кооперативные комитеты, которые совершали товарообмен через местные единые потребительские общества и губернские союзы потребительских обществ.

Декрет СНК РСФСР от 18.10.1921 «О забронировании нескольких губерний Сибири и Украины для производства исключительно государственного товарообмена на хлеб и зернофураж» в целях пресечения «продолжающегося хаотического наплыва представителей отдельных организаций и мешочников, вступающих в конкуренцию друг с другом, взвинчивающих цены на рынке и фактически срывающих государственный товарообмен», запретил въезд в определенные декретом губернии для заготовки сельскохозяйственных продуктов представителей отдельных организаций, помимо Всероссийского центрального союза потребительских обществ и Центрального рабочего кооперативного комитета.

Приведенные документы достаточно ярко характеризуют негативное отношение к конкуренции со стороны советской власти.

Временно ситуация изменилась в период нэпа. Новая экономическая политика была провозглашена X съездом РКП(б). Фактически решение съезда означало частичный поворот к рыночной экономике (частной торговле). Декрет ВЦИК от 21.03.1921, в частности, заменил продразвёрстку (обязательную продажу государству определенного количества продуктов по установленной государством цене) на натуральный продналог (передачу государству доли от произведенных продуктов с учетом урожая, числа едоков и пр.). По факту размер продналога оказался меньше размера продразверстки, а появление юридически закрепленной возможности продать излишки продуктов привело к возобновлению легальной частной торговли и конкуренции.

В связи с этим уже в 1922 г. Уголовный кодекс РСФСР, утвержденный постановлением ВЦИК от 01.06.1922, в ст. 199 установил уголовную ответственность за недобросовестную конкуренцию: самовольное пользование в целях недобросовестной конкуренции чужим товарным, фабричным или ремесленным знаком,



рисунком, моделью, а равно и чужой фирмой или чужим наименованием, каралось принудительными работами на срок до одного года или штрафом в тройном размере против извлеченной от самовольного пользования выгоды.

Статья 178 нового Уголовного кодекса РСФСР, утвержденного постановлением ВЦИК от 22.11.1926, также предусматривала ответственность за самовольное пользование в целях недобросовестной конкуренции чужим товарным, фабричным или ремесленным знаком, рисунком, моделью, а равно и чужой фирмой или чужим наименованием, но уже в виде принудительных работ на срок до шести месяцев или штрафа до 3 000 руб.

Более того, в период нэпа возникла особая ситуация, когда существовала конкуренция между государством и частными продавцами. Постановление СТО СССР от 26.08.1927 «О государственной розничной торговле» определило в качестве одной из основных задач государственной розничной торговли обеспечение в целях снижения цен здоровой конкуренции с кооперативной торговлей.

Однако окончание нэпа 11 октября 1931 г. привело к восстановлению негативного отношения государства к конкуренции.

Тем не менее даже после этого у советских граждан оставалось несколько способов осуществления мелкой торговли, например на колхозных рынках. Кроме того, существовала такая форма квазипредпринимательства, как кооперативы.

Упоминание кооперативов как формы производственных образований встречается практически сразу после Революции. Так, Декрет СНК РСФСР от 19.04.1920 «О сельскохозяйственных и промысловых кооперативных организациях (Положение)» регламентировал деятельность кооперативов (сельскохозяйственных и промысловых), имеющих целью: организацию производства определенных продуктов и содействие его улучшению, снабжению своих членов орудиями производства и сбор производимых продуктов для передачи их кооперативным объединениям или государственным органам.

Декрет СНК РСФСР от 17.05.1921 «О руководящих указаниях органам власти в отношении мелкой и кустарной промышленности и кустарной с.-х. кооперации» указывал на необходимость:

- принять меры по развитию кустарной и мелкой промышленности как в форме частных предприятий, так и в кооперативной форме, а также по всемерному развитию сельскохозяйственной кооперации;
- избегать излишней регламентации и налипшего формализма, стесняющих хозяйственный почин отдельных лиц и групп населения;
- не стеснять крестьян, кустарей и мелких товаропроизводителей в свободном распоряжении производимым ими товаром, за исключением товаров, производимых из сырья и материалов, предоставляемых государством на особых договорных условиях.

Однако эти организационные формы мелкого производства через некоторое время были ликвидированы. Сельскохозяйственная кооперация трансформировалась в систему колхозов и совхозов. Промысловая кооперация была упразднена постановлением ЦК КПСС, Совмина СССР от 20.07.1960 № 784 «О промысловой кооперации».

Поворот наступил в середине 80-х, с принятием Закона СССР от 19.11.1986 «Об индивидуальной трудовой деятельности», который разрешал заниматься

индивидуальной трудовой деятельностью совершеннолетним гражданам, участвующим в общественном производстве, в свободное от основной работы время, домашним хозяйкам, инвалидам, пенсионерам, студентам и учащимся. То есть не во вред основной трудовой деятельности.

Закон СССР от 26.05.1988 № 8998-XI «О кооперации в СССР» уже шел дальше и предусматривал следующее: «кооперативные предприятия (организации), далее именуемые «кооперативы», наряду с государственными предприятиями (объединениями) являются основным звеном единого народнохозяйственного комплекса. Труд в кооперативах почетен, престижен и всемерно поощряется государством».

Закон допускал создание кооперативов в сельском хозяйстве, промышленности, строительстве, на транспорте, в торговле и общественном питании, в сфере платных услуг и других отраслях производства и социально-культурной жизни. Кооператив был вправе заниматься любыми видами деятельности, за исключением запрещенных законодательными актами Союза ССР.

Очевидно, по политическим причинам деятельность кооперативов не называлась предпринимательской, однако, в сущности, советские кооперативы конца XX в. послужили базой для зарождающегося предпринимательства и возникновения конкуренции.

Переход к рыночной экономике

Закон СССР от 26.05.1988 № 8998-XI «О кооперации в СССР» фактически дал старт для перехода к частному предпринимательству, что одновременно породило новые проблемы.

В отличие от зарубежных стран, рыночная экономика которых развивалась поэтапно и к концу XX в. уже успела адаптироваться к постиндустриальным условиям, в СССР имелся резкий разрыв между государственными гигантами и мелкими частными предприятиями — наследниками первых кооперативов. Иными словами, после легализации мелкого предпринимательства возникла проблема создания условий для формирования рыночной среды во всех сферах экономики. Поэтому для рассматриваемого этапа становления российского конкурентного права была характерна общая направленность на демополилизацию экономики.

Постановлением Совмина СССР от 05.01.1989 № 26 «О мерах по устранению недостатков в сложившейся практике ценообразования» предписывалось создавать конкуренцию между государственными и кооперативными предприятиями. Постановление Совмина СССР от 08.08.1990 № 790 «О мерах по созданию и развитию малых предприятий» указывает на то, что развитие малых предприятий должно способствовать быстрому насыщению рынка товарами и услугами, преодолению отраслевого и регионального монополизма, расширению конкуренции, внедрению достижений научно-технического прогресса, повышению экспортного потенциала.

Закон СССР от 04.06.1990 № 1529-1 «О предприятиях в СССР» определил, что предприятие реализует свою продукцию, работы, услуги, отходы производства по ценам и тарифам, устанавливаемым самостоятельно или на договорной основе.



Однако на продукцию предприятий, занимающих монопольное положение на рынке товаров, а также на ресурсы, определяющие масштаб цен в экономике и социальную защищенность граждан, допускается государственное регулирование цен.

Кроме того, в августе 1990 г. принимается еще один значимый акт, провозгласивший курс на развитие конкуренции, — постановление Совмина СССР от 16.08.1990 № 835 «О мерах по демополизации народного хозяйства». Данным постановлением Совета министров определил среди приоритетов:

- антимонопольную направленность осуществляемых в ходе экономической реформы изменений хозяйственного механизма;
- демополизацию существующих структур государственного управления и недопущение возникновения новых структур монополистического типа;
- активизацию децентрализованного перераспределения материальных и финансовых ресурсов, способствующего устранению монополистической структуры производства и сферы обращения;
- обеспечение правовой защиты товаропроизводителей и потребителей от государственного и нарождающегося рыночного монополизма.

Закон СССР от 02.04.1991 № 2079-1 «Об общих началах предпринимательства граждан в СССР» предусматривал обязанность государства по созданию условий для свободной добросовестной конкуренции предпринимателей, обеспечение им равных возможностей доступа к материально-вещественным, финансовым, трудовым, информационным и природным ресурсам и недопущение монополизации рынков этих ресурсов.

Таким образом, в 1990—1991 гг. в СССР появились правовые основы для демополизации экономики СССР и перехода к рыночной системе, которые впоследствии должны были перерасти в систему норм антимонопольного законодательства. Однако события 1991 г. внесли свои коррективы в темпы и механизм перехода к рынку.

Сейчас объективную оценку действиям Государственного комитета по чрезвычайному положению (ГКЧП) дать значительно проще, чем в августе 1991 г., не в последнюю очередь благодаря доступности исторических документов, в том числе показаний самих членов ГКЧП, полученных в процессе расследования.

ГКЧП выступил катализатором прекращения существования СССР как государства. Однако фактически главным последствием этих событий стал переход государственной власти от политической номенклатуры СССР к оппозиционной политической группе в лице руководства РСФСР ценой утраты государством части территорий.

Распад СССР предопределил механизм проведения экономических реформ.

До определенного момента принципы федеративного устройства СССР, как правило, основывались на иерархии законов: сначала принимался базовый закон СССР, положения которого затем воспроизводились или детализировались в законах союзных республик.

Однако с момента принятия Съездом народных депутатов РСФСР Декларации от 12.06.1990 № 22-1 «О государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической Республики» данный порядок нарушился. Характерной чертой 1990—1992 гг. была гонка реформ между СССР и РСФСР, в которой СССР хронически проигрывал.

Постановление Совмина СССР от 16.08.1990 № 835 «О мерах по демополизации народного хозяйства» среди прочего предусматривало в целях осуществления государственного контроля за развитием конкуренции и ограничением монополистической деятельности создание при Совете министров СССР Анти-монопольного комитета СССР.

Однако Верховным Советом РСФСР за месяц до этого уже был принят Закон РСФСР от 14.07.1990 «О республиканских министерствах и государственных комитетах РСФСР», которым было предусмотрено создание Государственного комитета РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур.

22 марта 1991 г. ВС РСФСР принимает Закон РСФСР № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». И только 10 июля 1991 г. ВС СССР принял Закон СССР № 2326-1 «Об ограничении монополистической деятельности в СССР».

Сравнивая содержание данных законодательных актов, можно отметить их идейное сходство по ключевым вопросам, хотя Закон СССР не содержал положений, запрещающие недобросовестную конкуренцию.

Очевидно, что члены ГКЧП не имели целей заморозить начатые экономические реформы. События развивались на фоне предполагавшегося подписания нового союзного договора, который должен был заложить новые основы федерального устройства СССР.

Если бы ГКЧП не было, то новый союзный договор, скорее всего, был бы подписан, хотя и меньшим числом республик. СССР мог бы трансформироваться в межгосударственное объединение, где республики получили бы значительно больше полномочий. Сейчас, спустя 25 лет, с осознанием необходимости тесного взаимодействия между странами, мы фактически приходим к этому же результату в рамках Евразийского экономического союза.

Таким образом, российское конкурентное право имеет достаточно богатую историю, которая охватывает события нескольких столетий. Уникальность и разнообразие социально-экономических систем, существовавших в нашей стране, позволяют на конкретных исторических примерах показать необходимость защиты конкуренции, а также отхода от демополизации и загосударствления экономики.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Венедиктов А. В. Картели и синдикаты // Вестник гражданского права. — 1915. — № 4, 5.
2. Каминка А. И. Очерки торгового права. — СПб., 1912. — Вып. I.
3. Кинев А. Ю. Административно-правовая защита конкуренции: проблемы и пути совершенствования : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2014.
4. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. — СПб., 1908. — Т. 1.





**Сергей Васильевич
МАКСИМОВ,**

доктор юридических наук,
профессор, заведующий
сектором уголовного
права, криминологии
и проблем правосудия
Института государства
и права РАН, помощник
руководителя ФАС России
maximov@fas.gov.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская,
д. 11

О ПЕРСПЕКТИВАХ ПРИНЯТИЯ КОНВЕНЦИИ ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА О БОРЬБЕ С КАРТЕЛЯМИ

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы необходимости и целесообразности принятия в формате Евразийского экономического союза открытого международного договора о борьбе с картелями, в том числе транснациональными.

Дается характеристика ключевых проблем, которые могут быть решены с принятием соответствующего договора (антикартельной конвенции), в частности: унификация основных понятий, используемых для целей борьбы с картелями административно-правовыми и уголовно-правовыми средствами; трансформация доказательств, полученных по делу об административно наказуемом картеле, в доказательства по уголовному делу о картеле; раздел активов, конфискованных по решению суда по делам о картелях, пропорционально ущербу (вреду), причиненному всем потерпевшим сторонам, для целей возмещения такого ущерба (вреда). Формулируются конкретные предложения по внесению изменений в Договор о ЕАЭС для целей принятия антикартельной конвенции.

Ключевые слова: транснациональный картель, конвенция, антимонопольные органы, правоохранительные органы, суды, конфискация активов картелей.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.038-041

S. V. MAKSIMOV,

Doctor of law, Professor Head of criminal law, criminology and justice, Institute of State and Law of Russian Academy of Science, Assistant to Head FAS of Russia
maximov@fas.gov.ru

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 11

PROSPECTS FOR ADOPTION OF ANTI-CARTEL CONVENTION OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION

Review. The article discusses the necessity and feasibility of a format of the Eurasian Economic Union (EEU) of the open international agreement on the fight against cartels, including transnational.

The characteristic of the key problems which, according to the author, it is necessary to decide if adoption agreement (the Anti-Cartel Convention). In particular these issues include: the unification of the basic concepts used for the purposes of anti-cartel enforcement administrative-legal and criminally-legal means; the transformation of evidence obtained in the case of an administra-

tive offense the cartel, evidence on the criminal case about the cartel; section of the assets confiscated by court decision in cases of cartels, in proportion to the damage (harm) caused to all injured parties, for the purposes of reimbursement of such damage (harm). Formulate specific proposals for amendments to the Treaty on the EEU for the purpose of acceptance of anti-cartel Convention. The article addressed to interested business associations, representative, executive and judicial bodies of the EEU and the member states of the EEU, lawyers and economists specializing in the field of antimonopoly control, teachers, graduate students of legal and economic institutions.

Keywords: *the transnational cartel, convention, competition authorities, law enforcement agencies, the courts, the confiscation of the assets of the cartels.*

Идея специального международного договора о борьбе с картелями в Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС)¹ обязана своим возникновением ряду обстоятельств.

Во-первых, признанному многими государствами, в том числе Россией, крайне негативному влиянию на национальные экономики (угрожающему безопасности этих экономик) картелей вообще и транснациональных картелей в особенности².

Во-вторых, национальный инструментарий противодействия картелям оказался исчерпанным и одновременно очевидно недостаточным для того, чтобы эффективно противостоять транснациональным картелям, чьи консолидированные активы нередко превосходят валовый продукт большинства современных государств.

В-третьих, имеющиеся международные договоры (конвенции ООН, Совета Европы, двусторонние и многосторонние соглашения отдельных государств по вопросам правовой помощи по административным и уголовным делам), к сожалению, не обладают необходимой спецификой, позволяющей концентрировать усилия именно на борьбе с картелями.

Так, Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности от 12 декабря 2000 г.³, которая была ратифицирована Россией в 2004 г.⁴,

¹ Евразийский экономический союз (ЕАЭС) является международной организацией региональной экономической интеграции, учрежденной Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией на основании Договора о Евразийском экономическом союзе (договор подписан в г. Астане 29 мая 2014 г., действует с 1 января 2015 г. и включает по состоянию на 16 июня 2016 г. пять государств. Республика Армения присоединилась к Договору с 2 января 2015 г., Кыргызская Республика — с 1 мая 2015 г. (см.: Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в г. Астане 29.05.2014 (ред. от 08.05.2015 с изм. и доп., вступ. в силу с 12.02.2017) // Официальный интернет-портал правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 17.05.2017)).

² См.: Указ Президента РФ от 13 мая 2017 г. № 208 «О Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года» // Российская газета. 2017. 15 мая.

³ См.: URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/orgcrime.shtml (дата обращения: 16.05.2017).

⁴ См.: Федеральный закон от 26.04.2004 № 26-ФЗ «О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности и до-



малоприменима для борьбы с административно наказуемыми картелями в силу своей направленности на преступления⁵. В частности, такое ключевое понятие названной Конвенции, как «организованная преступная группа» (ст. 2), представляющая собой структурно оформленную группу в составе трех или более лиц, существующую в течение определенного периода времени и действующую согласованно с целью совершения одного или нескольких серьезных преступлений или преступлений, признанных таковыми в соответствии с указанной Конвенцией, с тем чтобы получить, прямо или косвенно, финансовую или иную материальную выгоду, в применении к тем государствам — участникам Конвенции, законодательство которых не предусматривает уголовной ответственности юридических лиц⁶, означает только одно — *объединение трех и более физических лиц*. Бесспорного правового механизма трансформации доказательств, полученных по делу о картеле, состоящем из юридических лиц, в доказательства факта картельного сговора физических лиц и их вины на сегодня не существует ни в одном из государств — членов ЕАЭС, в том числе в России.

В-четвертых, из всех современных международных договорных форматов (Организация Объединенных Наций, Европейский Союз, ВТО, ОЭСР, Интерпол, Европол, БРИКС⁷ и некоторые другие) наиболее перспективным представляется формат ЕАЭС, прежде всего в силу того, что именно в рамках этого формата уже создан международный механизм по борьбе с картелями и иными антиконкурентными соглашениями, участниками которых являются хозяйствующие субъекты — резиденты государств — членов ЕАЭС, действующие на транснациональных рынках в ЕАЭС.

На сегодня проект такой Конвенции подготовлен по инициативе Федеральной антимонопольной службы и во исполнение поручений Президента РФ, Председателя Правительства РФ Д. А. Медведева от 11.06.2014 № ДМ-П2-4327р и первого заместителя Председателя Правительства РФ И. И. Шувалова от 11.08.2014 № ИШ-П13-6070 рабочей группой с участием представителей МИД России, Минюста России, Минэкономразвития России, МВД России, Следственного комитета РФ, Генеральной прокуратуры РФ, Института права и развития ВШЭ-Сколково,

полняющих ее протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху и протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее» // СЗ РФ. 03.05.2004. № 18. Ст. 1684.

⁵ Подобнее см.: Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства: вопросы теории и практики : монография / отв. ред. С. В. Максимов и С. А. Пузыревский. М. : Норма, 2017. С. 137.

⁶ Уголовное законодательство государств — членов ЕАЭС не предусматривает института уголовной ответственности юридических лиц (прим. автора).

⁷ Инициирование сегодня и в обозримой перспективе антикартельной конвенции в рамках ООН, ВТО или ЕС нам представляется утопичным в силу ряда причин, не требующих объяснения. Нельзя также не учитывать чрезвычайные возможности, которыми обладают крупнейшие транснациональные корпорации, для того чтобы торпедировать подобные инициативы на самых ранних стадиях реализации. Формат БРИКС представляется нам перспективным для реализации идеи антикартельной конвенции в будущем, по мере вызревания потребности в конвенционных решениях.

Института государства и права РАН, Академии Генеральной прокуратуры РФ, некоммерческих партнерств «Содействие развитию конкуренции», «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ».

Анализ показывает, что для реализации идеи принятия Антикартельной конвенции ЕАЭС целесообразно:

1. Внести изменения в Договор о Евразийском экономическом союзе (далее — Договор о ЕАЭС) в части, касающейся:

1) дополнения ст. 2 определением понятия «открытые международные договоры Союза с третьей стороной», к которым предлагается относить международные договоры Союза с режимом свободного присоединения к ним третьих государств, их интеграционных объединений и международных организаций (конвенции);

2) изложения ч. 1 ст. 74 «Общие положения» разд. XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» Договора о ЕАЭС в следующей редакции:

«4. Государства-члены проводят согласованную конкурентную (антимонопольную) политику в отношении действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьих *сторон*, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов, *в том числе путем заключения открытого международного договора Союза с третьей стороной*»;

3) дополнения ст. 75 разд. XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» Договора о ЕАЭС новой частью 9 следующего содержания:

«9. Органы государственной власти государств-членов и третьих *сторон*, в компетенцию которых входит реализация и (или) проведение конкурентной (антимонопольной) политики в соответствии с законодательством своего государства, настоящим Договором и открытым международным договором Союза с третьей стороной осуществляют взаимодействие между собой, уполномоченными правоохрнительными органами государств-членов и третьих *сторон* и Комиссией в соответствии с заключенным открытым международным договором Союза с третьей стороной».

4) внести изменения в приложение № 19 «Протокол об общих принципах и правилах конкуренции» к Договору о ЕАЭС в части, касающейся распространения положений указанного приложения на антиконкурентные действия хозяйствующих субъектов и правила взаимодействия антимонопольных и правоохранительных органов государств-членов и третьих сторон, а также Комиссии в части, определяемой открытым международным договором Союза с третьей стороной.

2. Заключить Конвенцию ЕАЭС о борьбе с картелями в качестве открытого международного договора ЕАЭС с третьей стороной.





**Евгений Сергеевич
ХОХЛОВ,**

преподаватель кафедры
конкурентного права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
партнер юридической
фирмы Antitrust Advisory
[evgeny.khokhlov@at-
advisory.com](mailto:evgeny.khokhlov@at-advisory.com)

125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ «ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ» И «ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ»

Аннотация. В статье анализируется спорный теоретический вопрос о соотношении понятий «злоупотребление доминирующим положением» и «злоупотребление правом», в отношении которого в науке до сих пор нет единства мнений. В результате делается вывод о том, что данные понятия являются самостоятельными, а квалификация каких-либо действий (бездействия) в качестве злоупотребления доминирующим положением исключает их квалификацию как злоупотребления правом.

Ключевые слова: злоупотребление доминирующим положением, злоупотребление правом, конкурентное право.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.042-047

E. S. KHOKHLOV,

lecturer of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law University
(MSAL) partner at law firm Antitrust Advisory
evgeny.khokhlov@at-advisory.com

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONCEPTS OF AN ABUSE OF A DOMINANT POSITION AND AN ABUSE OF RIGHTS

Review. This article analysis an extensively debatable theoretical issue of the relationship between the concepts of an abuse of a dominant position and an abuse of rights. As a result of the analysis, the author concludes that those concepts are distinct, and qualification of certain actions (the failure to act) as an abuse of a dominant position excludes the possibility of their qualification as an abuse of rights.

Keywords: abuse of a dominant position, abuse of rights, competition law.

В российской правовой литературе антимонопольное законодательство зачастую воспринимается как часть административного права¹. В действительности об административно-правовом элементе можно говорить толь-

¹ См., например: Карнушин В. Е. Секундарные права в гражданском праве Российской Федерации : общие вопросы теории, секундарные права в Гражданском кодексе РФ / под ред. В. П. Камышанского. М. : Статут, 2016. С. 30 ; Дерюгина Т. В. Пределы осуществ-

ко в части правоприменения — выполнения антимонопольным органом своих функций по властному воздействию на хозяйствующих субъектов, нарушающих антимонопольные запреты. Однако основополагающие антимонопольные запреты (в том числе запрет злоупотребления доминирующим положением) адресованы в первую очередь хозяйствующим субъектам, поскольку последние должны соблюдать их в своей ежедневной деятельности.

Антимонопольные запреты, и в частности запрет злоупотребления доминирующим положением, применяются, по сути, к любым гражданским отношениям, связанным с предпринимательской деятельностью. Запрет на злоупотребление доминирующим положением так или иначе касается таких категорий гражданского права, как принципы гражданского права, пределы осуществления гражданских прав, защита гражданских прав, договорное право, деликтные обязательства.

В российской юридической литературе² и правосознании в целом распространено ошибочное мнение о том, что антимонопольное законодательство призвано защищать более слабую сторону в гражданском обороте (потребителей в широком смысле, т.е. не только физических лиц, являющихся конечными потребителями товаров, но и любых лиц, которые их приобретают) от более сильной стороны (производителей товаров, занимающих доминирующее положение). Однако если потребители будут непосредственным объектом защиты антимонопольными мерами, то риск ошибок правоприменения возрастет многократно. Разумеется, потребители, как и все общество в целом, будут в конечном итоге в выигрыше от применения мер антимонопольного регулирования, но общепризнанная неоклассическая экономическая теория утверждает, что это возможно только через *промежуточное звено* — наличие эффективно работающей конкуренции. Иными словами, непосредственным объектом защиты антимонопольными средствами должна являться конкуренция, а не потребители; только тогда потребители получат те выгоды, которые в принципе способна дать им рыночная экономика. В противном случае (когда антимонопольными мерами будут защищаться непосредственно их интересы), как ни парадоксально, потребители получают меньшую выгоду или получают ее с большими затратами³.

С гражданско-правовой точки зрения правовой статус доминирующего субъекта в основном ограничивает его автономию воли. При этом для лица, занимающего доминирующее положение, в первую очередь ограничивается свобода договора. В противовес высказываемому в литературе мнению о том, что ограничивается только свобода заключения договора⁴, ограниченными могут быть и иные элементы свободы договора: свобода в выборе контрагента, свобода

вления гражданских прав : монография. М. : Зерцало-М, 2010. С. 144—145 ; *Поротикова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. 2-е изд., испр. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 161—162.

² См., например: *Волков А. В.* Злоупотребление гражданскими правами : проблемы теории и практики. М., 2009. С. 307—308.

³ См.: *Whish R., Bailey D.* Competition Law. 9th ed. Pp. 20—21.

⁴ См.: *Томьев К. Ю.* Конкурентное право (правовое регулирование деятельности субъектов конкуренции и монополий) : учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Изд-во РДЛ, 2003. С. 201.



в определении условий (содержания) договора, свобода в порядке заключения договора (в частности, исходя из наличия запрета на установление дискриминационных условий). В этой связи представляется удачным использование цитаты австрийского экономиста и философа Ф. А. Хайека, в соответствии с которой нормы, связанные с правовым статусом доминирующего субъекта, можно называть «ограничением власти частных лиц над поведением других на рынке»⁵.

В науке имеется позиция, согласно которой правовой статус доминирующего субъекта ограничивает конституционное право на конкуренцию, которое при этом носит характер субъективного права⁶. Автор этой позиции ссылается на С. А. Парашука, который изначально сформулировал точку зрения о существовании права на конкуренцию⁷, однако представляется, что С. А. Парашук говорил о праве на конкуренцию в большей степени с позиций гражданского права, а не конституционного, хотя и основывался на конституционных принципах. В любом случае очевидно, что в конституционно-правовом аспекте право на конкуренцию является элементом правоспособности хозяйствующего субъекта, а не субъективным правом, поскольку оно обеспечивается не исполнением другими хозяйствующими субъектами каких-либо субъективных обязанностей в отношении обладателя «права на конкуренцию», а государством в лице антимонопольных органов и судов, применяющих нормы антимонопольного законодательства.

В литературе по вопросу о соотношении правоспособности и субъективного права можно встретить различные мнения, в частности поддерживающие вывод о том, что правоспособность сама представляет собой субъективное право⁸. Однако все же большая часть ученых рассматривает правоспособность вне связи с конкретным правоотношением между субъектами права⁹.

В связи с изложенным представляется более корректным следующий взгляд на конкуренцию с правовой позиции: «Юридическое содержание конкуренции — правомерная... автономная деятельность хозяйствующего субъекта на соответствующем рынке, целью которой является получение наиболее выгодных условий про-

⁵ Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода. М., 2006. С. 409.

⁶ См.: Сухоруков А. С. Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации : монография. М. : Юрлитинформ, 2013. С. 123—139.

⁷ См.: Парашук С. А. Конкуренция: от экономической многогранности к правовой определенности. Право на конкуренцию // Хозяйство и право. 1998. № 12. С. 15.

⁸ См., например: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 141 ; Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976. С. 51 ; Братусь С. Н. Курс советского гражданского права. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 188—189.

⁹ См., например: Красавчиков О. А. Гражданская правосубъектность как правовая форма // Правовые проблемы гражданской правосубъектности : межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1978. С. 5—26 ; Иоффе О. С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 104 ; Флейшиц Е. А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вопросы общей теории советского права: сб. ст. М., 1960. С. 255—283 ; Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л. : Изд-во Ленинград. ун-та, 1959. С. 9—11 ; Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 134 ; Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 67—74.

изводства и сбыта законными средствами»¹⁰. При этом антимонопольные запреты и ограничения, направленные против проявлений монополизации, представляют собой пределы осуществления гражданских прав в интересах всего общества.

Правовой статус доминирующего субъекта определяет в первую очередь его обязанности (включая обязанность соблюдать определенные запреты). Ключевой обязанностью, предписанной данным статусом, является обязанность не допускать действий (бездействия), относящихся к злоупотреблению доминирующим положением.

В российской юридической литературе (Н. И. Клейн¹¹, О. А. Поротикова¹², К. Ю. Тотьев¹³, Т. С. Яценко¹⁴ и др.¹⁵) распространено мнение о том, что злоупотребление доминирующим положением является частным случаем злоупотребления правом. Поводом для данного мнения стало указание в п. 1 ст. 10 ГК РФ на то, что «не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке». Также правовая позиция ВАС РФ позволяла применять ст. 10 ГК РФ к злоупотреблению доминирующим положением¹⁶.

Однако если сравнить данные категории, то окажется, что у них больше различий, чем общего. Так, конструкция злоупотребления правом необходима для ситуаций, когда какое-либо действие совершается при осуществлении принадлежащего лицу субъективного гражданского права, то есть является формально законным¹⁷, но поскольку оно выходит за пределы осуществления гражданских

¹⁰ См.: *Тотьев К. Ю.* Конкурентное право. С. 24—25.

¹¹ См., например: *Клейн Н. И.* Рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства арбитражными судами и антимонопольными органами // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / под ред. Л. Ф. Леснической, М. А. Рожковой. М., 2008. С. 417—437.

¹² См.: *Поротикова О. А.* Указ. соч. С. 161—167.

¹³ См.: *Тотьев К. Ю.* Ограничение конкуренции как форма злоупотребления правом // *Хозяйство и право.* 2011. № 10. С. 130—137; *Он же.* Новый Закон о защите конкуренции и гражданское законодательство // *Цивилист.* 2006. № 4.

¹⁴ См.: *Яценко Т. С.* Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. М.: Статут, 2003. С. 120—125.

¹⁵ См.: *Владимирова П. М.* Правовое обеспечение конкурентных отношений в Российской Федерации: монография. М.: Спутник+, 2009. С. 71; *Шальман О. В.* Злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением, не связанное с ограничением конкуренции на товарном рынке, является нарушением антимонопольного законодательства // *Комментарий судебно-арбитражной практики* / под ред. В. Ф. Яковлева. М., 2002. Вып. 9. С. 122.

¹⁶ См.: постановление Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». П. 1 и 4; Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства, направленный информационным письмом Президиума ВАС РФ от 30.03.1998 № 32. П. 14.

¹⁷ См.: *Зайцева С. Г.* Злоупотребление правом как правовая категория и как компонент нормативной системы законодательства. Рязань, 2002. С. 131.



прав (противоречит социальному назначению права), оно признается особым гражданским правонарушением¹⁸. В случае со злоупотреблением доминирующим положением лицо, занимающее такое положение, связано запретом на злоупотребление этим положением, следовательно, такие его действия объявлены незаконными, и против такого поведения существуют особые эффективные средства защиты¹⁹.

В этой связи следует признать, что злоупотребление правом как особый вид гражданского правонарушения следует отличать от других правонарушений, посягающих на частные интересы, включая действия (бездействие), признаваемые злоупотреблением доминирующим положением²⁰.

Существует и третья точка зрения по вопросу соотношения злоупотребления доминирующим положением и злоупотребления правом, высказываемая С. А. Парашуком. В частности, ученый полагает, что конкретные запреты, перечисленные в ст. 10 Закона о защите конкуренции, не являются злоупотреблением правом. Но поскольку перечень конкретных запретов, предусмотренных ст. 10 Закона о защите конкуренции, не является исчерпывающим, конструкция злоупотребления правом может быть, по его мнению, применена для квалификации злоупотребления доминирующим положением на рынке²¹. Интересно, что в своих более ранних работах ученый без каких-либо оговорок выступал против отождествления злоупотребления доминирующим положением и злоупотребления правом²². Аналогичную точку зрения высказывали и другие авторы²³. Однако ее нельзя признать обоснованной, поскольку отсутствие конкретных составов в Законе о защите конкуренции не делает действия (бездействие) доминирующего субъекта, подпадающие под общее понятие злоупотребления доминирующим положением (т.е. ограничивающие конкуренцию или ущемляющие интересы), законными.

Особняком также стоит позиция Е. Ю. Борзило, которая в своей диссертации отметила, что злоупотреблением правом являются только такие виды злоупо-

¹⁸ См.: *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 1972. С. 47.

¹⁹ См.: *Садиков О. Н.* Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // *Хозяйство и право*. 2002. № 2. С. 42—46. См.: также: *Дерюгина Т. В.* Пределы осуществления гражданских прав : монография. М. : Зерцало-М, 2010. С. 144—146 ; *Радченко С. Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России. М., 2010. С. 91—94 ; *Малиновский А. А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М. : Юрлитинформ, 2007. С. 255—256 ; *Ибрагимова М. В.* Злоупотребление субъективным гражданским правом: понятие, сущность, виды и последствия : дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2005. С. 57.

²⁰ См.: *Российское гражданское право : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов*. 2-е изд. М., 2011. Т. 1. С. 406.

²¹ *Парашук С. А.* Доминирующее положение хозяйствующего субъекта как базовая категория законодательства о защите конкуренции // *Предпринимательское право*. 2014. № 2. С. 46—53.

²² *Парашук С. А.* Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии). М., 2002. С. 157.

²³ См.: *Голикова О. В.* Недобросовестная конкуренция и злоупотребление правом // *Конкурентное право*. 2011. № 1. С. 39—45.

требления доминирующим положением, которые повлекли за собой ущемление прав, поскольку в таком случае можно идентифицировать гражданское право, являющееся предметом злоупотребления²⁴. В действительности данная позиция внутренне противоречива: тот факт, что были ущемлены интересы какого-либо лица, еще не говорит о том, что это ущемление произошло путем реализации именно субъективного права нарушителем. Кроме того, опять же не ясен вопрос, зачем применять категорию злоупотребления правом, когда есть прямой законодательный запрет на соответствующее поведение.

Таким образом, правовой статус доминирующих субъектов предопределяет наличие особой обязанности, ограничивающей автономию воли данных субъектов, предоставленную им по общему правилу гражданским правом. При этом действия по нарушению обязанностей, предписанных доминирующим субъектам их особым правовым статусом, являются не злоупотреблением правом, а отдельным правонарушением, за которое установлена особая ответственность.

В этой связи следует признать не вполне корректным разъяснение Пленума ВАС РФ о том, что при оценке определенных действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением следует учитывать ст. 10 ГК РФ и, в частности, определять, были ли совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав²⁵.

Как было обосновано выше, сам по себе запрет злоупотребления доминирующим положением представляет собой границы (пределы) осуществления гражданских прав, поэтому при нарушении ст. 10 Закона о защите конкуренции действия (бездействие) доминирующего субъекта по смыслу ст. 10 ГК РФ признаются находящимися за пределами осуществления гражданских прав, без необходимости применения к ним категории злоупотребления правом.

²⁴ Борзило Е. Ю. Пределы осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение : понятие, виды и последствия превышения : сравнительный анализ права России, США и Франции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 20.

²⁵ См.: постановление Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30. П. 4.





**Денис Александрович
ГАВРИЛОВ,**

кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), советник адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»
spikydee@gmail.com
 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9



**Анна Сергеевна
ПЕТРОВА,**

магистр в сфере конкурентного права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, помощник юриста антимонопольной практики адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»
anna_petrova@epam.ru
 117574, Россия, г. Москва, пр-д Одоевского, д. 11, корп. 1, кв. 4

© Д. А. Гаврилов,
А. С. Петрова, 2017

ВЫЗОВЫ ДЛЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ

Аннотация. В статье анализируется соотношение рыночного поведения и реализации прав на объекты интеллектуальной собственности, определяются особенности анализа состояния конкуренции на рынках информационных технологий с верификацией полномочий национального антимонопольного органа. На примере зарубежной и российской практики иллюстрируется применение правила разумного подхода к лицензионным практикам правообладателя, а также даются предложения по эффективному пресечению правонарушений.
Ключевые слова: антимонопольное регулирование, легальная монополия, рынок информационных технологий, правило «rule of reason», предписание, оборотный штраф.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.048-056

D. A. GAVRILOV,

PhD, Deputy Head of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL) Counsel of Egorov, Puginsky, Afanasiev & Partners Law offices
spikydee@gmail.com
 125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

A. S. PETROVA,

Master of competition law of law faculty of Lomonosov MSU, Paralegal of competition law of Egorov, Puginsky, Afanasiev & Partners Law offices
anna_petrova@epam.ru
 125993, Russia, Moscow, pr-d Odoevskogo, 11, 1, 4

CHALLENGES FOR ANTIMONOPOLY REGULATION IN THE DIGITAL ERA

Review. Authors analyze the comparison between market behavior and use of intellectual property rights, indicate the specific features of competition analysis at digital markets, verifying the powers of national competition authority. Using the example of both foreign and Russian practice authors illustrate the use of rule of reason to the license practices, giving their ideas how to make an effective investigation.

Keywords: antitrust regulation, legal monopoly, digital market, rule of reason, remedies, turnover fines.

Глобальная экономика движется в сторону инновационного развития, основным вектором которого являются рынки информационных технологий (digital markets). В этой связи экономические тенденции влекут необходи-

мость адаптации и совершенствования антимонопольных механизмов правового регулирования рыночных отношений, основанного на балансе правовой защиты инноваций, являющихся объектами интеллектуальной собственности, и недопущении монополистической деятельности.

Обладание исключительным имущественным правом на объект интеллектуальной собственности обеспечивает правообладателю признаваемую государством (легальную) монополию, т.е. возможность использования интеллектуального объекта и распоряжения исключительными правами на него с воспрепятствованием совершения таких действий третьим лицам. Однако признано, что приобретение хозяйствующим субъектом исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации не влечет безусловного (*per se*) получения таким субъектом рыночной власти и доминирующего положения на соответствующем рынке¹.

Для приобретения монопольной власти в экономическом смысле, т.е. возможности в одностороннем порядке определять общие условия обращения товара на рынке, независимо от других хозяйствующих субъектов, недостаточно лишь ограничений и запретов, установленных относительно использования объекта интеллектуальной собственности другими лицами без разрешения правообладателя. На возникновение рыночной власти субъекта на соответствующем рынке влияет целый ряд объективных и субъективных факторов, например экономические и технологические особенности отрасли, активная конкурентная борьба за потребительский спрос и т.д.

В этой связи наличие исключительных прав не презюмирует доминирования, а может служить лишь предпосылкой, принимаемой во внимание при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Таким образом, одной из задач, которая ставится перед правоприменителем в данной сфере, является точное определение продуктовых и географических границ соответствующего товарного рынка и, как следствие, верификация полномочий национального либо наднационального регулятора по анализу товарного рынка и осуществлению надлежащего антимонопольного контроля.

Правообладатель может быть признан субъектом, занимающим доминирующее положение как на товарном рынке продуктов, которые произведены с использованием охраняемого объекта интеллектуальной собственности, так и на рынке результатов интеллектуальной деятельности, таких как программы для ЭВМ либо база данных. Так, по результатам анализа состояния конкуренции могут быть определены самостоятельные продуктовые границы товарного рынка,

¹ *Гаврилов Д. А.* Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности : монография. М. : Норма, ИНФРА-М, 2014. С. 54 ; *Антиконкурентные соглашения и недобросовестная конкуренция : учебное пособие / отв. ред. С. А. Пузыревский.* М. : Проспект, 2016. С. 169 ; *Павлова Е.* Гражданско-правовое и антимонопольное регулирование исключительных прав: инструмент на выбор? / Е. Павлова, В. Калятин, М. Суспицына // *Конкуренция и право.* 2013. № 4. С. 50—60 ; *Вознесенский Н., Гнусина Ю.* Возможно ли ограничение распоряжения результатами интеллектуальной деятельности нормами антимонопольного права? // *Корпоративный юрист.* 2012. № 6. Приложение. С. 25—30.



в том числе если будет установлено, что такой товар в силу реализации в нем интеллектуального объекта не является взаимозаменяемым товаром². В качестве примера может выступать рынок микроконтроллеров для контрольной ленты, в которые включена топология интегральной микросхемы (используется в контрольно-кассовой технике)³.

Посредством предоставления исключительных прав по лицензионному договору или договору об отчуждении исключительных прав программы для ЭВМ или базы данных вводятся в гражданский оборот, также образуя отдельный рынок. В качестве такового может быть определен рынок операционных систем для мобильных устройств⁴, для персональных компьютеров⁵, рынок предоставляемых магазинов приложений для операционной системы мобильного устройства⁶, рынок отдельных приложений и сервисов, разрабатываемых для мобильных устройств независимо от операционной системы⁷ и др.

В американской практике данный рынок получил название «рынок технологий», т.е. рынок объектов интеллектуальной собственности, право на использование которых передается по лицензии, независимо от продуктов, в которых они задействованы⁸. Так, по делу *Hynix Semiconductor Inc. v. Rambus Inc.* рынок был определен как рынок технологий оперативной памяти, используемой в вычислительной технике⁹; по делу *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.* рынок охватывал технологии сотовой связи (UMTS) для передачи данных по 3G от базовой станции к мобильному устройству¹⁰.

Рынок информационных технологий, являющихся самостоятельными объектами интеллектуальной собственности, обладает особенностями, которые следует учитывать при проведении анализа состояния конкуренции на рынке.

Во-первых, фактором, определяющим наличие или отсутствие рынка, не может являться предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности на безвозмездной основе; интеллектуальный продукт можно рассматривать как товар, а сферу его обращения в качестве товарного рынка.

Так, в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) товаром явля-

² *Гаврилов Д. А.* Антимонопольное регулирование и охрана интеллектуальной собственности: поиск баланса // *Конкуренция и право*. 2013. № 3. С. 15—21.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 29.11.2011 № 6577/11 по делу № А40-3954/10-149-52.

⁴ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4782_en.htm.

⁵ *United States v. Microsoft Corp.* 231 F. Supp.2d 144 (D.D.C. 2002).

⁶ Решение ФАС России от 18 сентября 2015 г. по делу № 1-14-21/00-11-15 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2016 № 09АП-20740/2016 по делу № А40-240628/2015.

⁷ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm.

⁸ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (January 12, 2017).

⁹ *Hynix Semiconductor Inc. v. Rambus Inc.*, 2008-1 Trade Cas (CCH) 76,047, 2008 WL 73689, at 2-8 (N.D. Cal. Jan. 5, 2008).

¹⁰ *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297, 315 (3rd Cir. 2007).

ется объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. В силу ст. 128 ГК РФ охраняемые результаты интеллектуальной деятельности относятся к объектам гражданских прав. При этом под «введением в оборот» следует понимать совершение сделки (сделок), в результате которой происходит передача прав на объект от одного лица к другому. На цифровых рынках предоставление права использования инновационного продукта может осуществляться безвозмездно на основании лицензионного договора. Стоит отметить, что гражданское законодательство признает такую передачу прав допустимой и законной, поскольку по лицензионному договору лицензиат обязуется уплатить лицензиару обусловленное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное (ст. 129, п. 1 ст. 1233, ст. 1235 ГК РФ).

Отсюда следует, что возмездность не является ключевой характеристикой товара согласно Закону о защите конкуренции и ГК РФ, а факт отсутствия платы за пользование не может служить основанием для отказа выделения рынка в соответствующих продуктовых границах.

Во-вторых, географические границы рынка в информационном секторе являются глобальными, т.к. программа для ЭВМ как товар не требует расходов на транспортировку и может без дополнительных затрат продаваться в любой точке мира, а участниками рынка выступают компании, осуществляющие деятельность в мировом масштабе либо во многих регионах. При этом антимонопольный орган с учетом экономической целесообразности приобретения товара, в котором использован объект интеллектуальной собственности, за пределами гипотетического рынка может ограничить географические границы Российской Федерации.

В-третьих, объем товарного рынка и доли его участников определяются по характеристикам связанных товарных рынков. Так, расчет долей хозяйствующих субъектов в информационном секторе за счет специфики интеллектуального продукта, например в случае бесплатного предоставления права использования, где применение стоимостных показателей для оценки объема рынка невозможно, может быть осуществлен исходя из количества реализованных товаров, в которых использован объект интеллектуальной собственности. Примером может служить дело Google, в котором объем рынка предустанавливаемых магазинов приложений на базе ОС Android, локализованных для РФ, был определен через количество проданных в РФ мобильных устройств, использующих ОС Android. В том случае, когда невозможно определить количество реализованного товара на смежном рынке, антимонопольный орган обращается к открытым отчетным данным аналитических агентств по статистике входа в сеть с аппаратного устройства. Такой подход был использован, например, по делу Microsoft Corporation, где рынок был определен как рынок операционной системы для стационарных компьютеров¹¹.

Можно предположить, что доля субъектов рынка может быть посчитана также исходя из количества скачиваемых приложений как показатель объема продаж

¹¹ Выступление Е. А. Заевой, начальника Управления регулирования связи и информационных технологий ФАС России, на VII Петербургском международном юридическом форуме 19 мая 2017 г.



при реализации продукта, например антивирусной программы, в информационном пространстве сети Интернет на возмездной основе либо в соответствии с определенными условиями при использовании программы в пробной версии безвозмездно¹².

В-четвертых, оценивая барьеры входа на рынок программ для ЭВМ, антимонопольному органу необходимо учитывать такие особенности информационного сектора экономики, как прямые и косвенные сетевые эффекты¹³.

С точки зрения представителей экономической науки, сетевые эффекты — это характеристика предпочтений потребителей, которые отражаются их функцией полезности, непосредственно не наблюдаемой¹⁴, т.е. повышение спроса на продукт является прямым следствием увеличения числа пользователей (прямой сетевой эффект).

Наблюдаемым результатом наличия на рынке сетевых эффектов являются конкурентные преимущества продукта за счет самого факта его широкого распространения. Доказательством наличия сетевого эффекта выступает такой механизм выбора потребителей, когда главным фактором выбора становится «существующий стандарт» (так называемое «присоединение к большинству»)¹⁵.

В то же время косвенные сетевые эффекты (network externalities) выражаются в повышении спроса на продукты, являющиеся дополнительными к основному продукту, т.е. производитель должен обеспечить совместимость основного инновационного продукта с дополнительными, в том числе с разработками конкурентов¹⁶.

Как отмечалось выше, определение границ товарного рынка информационного продукта необходимо и для верификации полномочий национального антимонопольного органа. В этой связи следует учитывать разграничение компетенций ФАС России и Евразийской экономической комиссии в сфере антимонопольного контроля. Так, в случае определения географических границ того или иного «цифрового рынка» как глобальных, следует исходить в том числе из того, включают ли его границы территории двух или более государств — членов ЕАЭС (принцип трансграничности территории), является ли компания, чьи действия рассматриваются на предмет соответствия антимонопольным требованиям, резидентом одного из государств — членов ЕАЭС (принцип резидентства), занимает ли данная компания доминирующее положение на данном рынке (принцип трансграничного

¹² Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15 ; постановление Деятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2016 № 09АП-20740/2016 по делу № А40-240628/2015.

¹³ *Шаститко А. Е.* Новая институциональная экономическая теория. 4-е изд., перераб. и доп. М. : ТЕИС, 2010. С. 773.

¹⁴ *Katz M. L., Shapiro C.* Systems competition and network effects // *The Journal of Economic perspectives*. 1994. 8(2). 93—115.

¹⁵ *Farrell J., Klemperer P.* Coordination and lock-in: Competition with switching costs and network effects // *Handbook of Industrial Organization*. 2007. Vol. 3. P. 1967—2072.

¹⁶ *Войничанис Е. А.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости : монография. М. : Юриспруденция, 2013. С. 364.

доминирования), каков масштаб антиконкурентного эффекта от подобных действий (принцип трансграничности правонарушения)¹⁷.

Стоит отметить, что поддержание баланса между развитием технологий, внедрением новых программных устройств и смежных информационных продуктов, появлением выбора у потребителей, экономическим развитием в целом и интересами отдельного правообладателя, обладающего легальной монополией на объект интеллектуальной собственности, является одним из ключевых направлений антимонопольного регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности.

В этой связи принципиально важной является всесторонняя оценка верифицированных бизнес-практик хозяйствующего субъекта на основании принципа разумности и допустимости с точки зрения двусторонних пропорциональных эффектов и правила «rule of reason» (рынок — конкуренция — потребители — экономическое развитие). При формировании такой оценки концептуальным также представляется надлежащим образом соотносить рыночное поведение правообладателя и реализацию им прав на объекты интеллектуальной собственности, выделив те практики, которые относятся исключительно к первой категории, подлежащей правовой оценке с точки зрения соответствия антимонопольному законодательству.

На текущий момент можно отметить, что зарубежный правопорядок, равно как и российский, уже выработал надлежащие подходы применения антимонопольного законодательства к отношениям в сфере интеллектуальной собственности.

Так, в исследованиях по релевантной теме неоднократно был упомянут кейс «Еврокомиссия v. Microsoft». В отличие от американской практики, Еврокомиссия не возражала против связанных продаж ОС Windows и Internet Explorer, однако нарушением антимонопольного законодательства признала связанные продажи ОС Windows и медиапроигрывателя Windows Media Player (WMP) для персональных компьютеров, осудив технологическую интеграцию программы и операционной системы. Еврокомиссия применила ст. 102 Договора о функционировании ЕС, т.к. компания Microsoft отказалась предоставить своим конкурентам интерфейсы, необходимые для обеспечения совместимости между производимыми ею операционными системами для групповых серверов и операционной системой Windows, производимой Microsoft для персональных компьютеров. Microsoft было предписано раскрыть данную информацию о совместимости в разумном, недискриминационном и оперативном порядке, уплатив при этом рекордный штраф в 800 млн евро.

Интерес представляет то, что Microsoft ссылалась на наличие у нее исключительных прав в оправдание действий по связыванию и отказу в предоставлении информации о совместимости, однако, как верно заметила Европейская комис-

¹⁷ Часть 7 ст. 76 Договора о Евразийском экономическом союзе; Критерии отнесения рынка к трансграничному, утв. решением Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 № 29 ; Консультативное заключение Суда Евразийского экономического союза от 04.04.2017 № СЕ-2-1/1-17-БК «О разъяснении положений статей 74, 75, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014».



сия, права интеллектуальной собственности не могут сами по себе выступать «самоочевидным объективным оправданием»¹⁸.

В российской юрисдикции первым завершённым расследованием является дело против компании Google Inc. ФАС России признала компанию Google злоупотребляющей своим доминирующим положением на рынке предустанавливаемых магазинов приложений для ОС Android, локализованных для распространения на территории РФ¹⁹. В настоящий момент законность и обоснованность решения и предписания антимонопольного органа подтверждены в судебном порядке, заключено мировое соглашение.

Данное решение иллюстрирует подход к разрешению основных задач, возникающих перед антимонопольным органом в рамках расследований антиконкурентных практик на цифровых рынках.

Во-первых, антимонопольный орган пришел к выводу о наступлении весомых антиконкурентных эффектов на смежных (нижестоящих) рынках, что не позволило признать действия ответчика допустимыми по правилам «rule of reason» (ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции).

В частности, антиконкурентные практики Google заключались в установлении для производителей мобильных устройств ряда требований, носящих ограничительный характер, а именно:

- обязательная предустановка всего пакета приложений Google Mobile Services (GMS) совместно с магазином приложений Google Play («связывание», или «пакетирование»);
- обязательная настройка/предустановка поиска Google в качестве поиска по умолчанию;
- условие о преимущественном размещении предустанавливаемых приложений на главном экране мобильного устройства;
- запрет предустановки приложений и сервисов конкурентов, обеспеченный выплатой вознаграждения.

Следовательно, в данном деле негативные последствия нарушения выражались в создании искусственных барьеров для входа на рынок, вытеснении конкурентов с ряда смежных рынков, сокращении числа хозяйствующих субъектов — конкурентов на целом ряде товарных рынков. Так, конкурирующие разработчики приложений фактически были лишены возможности предустанавливать свои приложения и сервисы совместно с Google Play и на тех же условиях, что и приложения и сервисы Google. В результате создания барьеров доступа произошло вытеснение конкурентов с тех рынков, на которых обращаются приложения и сервисы из пакета GMS.

Во-вторых, правовой оценке подлежало соотношение понятий «действия хозяйствующего субъекта по злоупотреблению доминирующим положением» и «осуществление интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной

¹⁸ 2007/53/EC Microsoft, Commission Decision, 24 March 2004, COMP/C-3/37.792, [2005] 4 CMLR 965.

¹⁹ Решение ФАС России от 18.09.2015 по делу № 1-14-21/00-11-15 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2016 № 09АП-20740/2016 по делу № А40-240628/2015.

деятельности» (ограждено соответствующим антимонопольным иммунитетом).

Проведя всестороннее расследование, антимонопольный орган справедливо установил, что антиконкурентные практики были возможны за счет рыночной власти над вендорами и выходили за пределы прав интеллектуальной собственности, в том числе поскольку:

- пакетирование и запрет предустановки приложений конкурентов в целом — выход за пределы интеллектуальных прав, который направлен на ограничение конкуренции;
- соглашения MADA — смешанный договор, в котором есть элементы дистрибуции и лицензионные требования;
- договоры RSA не регулируют предоставление интеллектуальных прав, а содержат рыночные ограничения для контрагента в отношении предустановки приложений и сервисов других разработчиков.

В-третьих, необходимо было разработать предписания с соответствующими требованиями, которые позволили бы обеспечить конкуренцию и устранить совершенное правонарушение с учетом глобальности деятельности ответчика и глобальности анализируемых практик.

Для восстановления конкуренции на рынке компании Google было выдано предписание об исключении из соглашений с производителями мобильных устройств, работающих под управлением ОС Android, предназначенных для введения в оборот на территории Российской Федерации, антиконкурентных требований, обеспечивающих эксклюзивность и приоритетность размещения приложений Google и ограничивающих установку приложений и сервисов других разработчиков, а также об информировании пользователей мобильных устройств о возможности деактивации предустановленных приложений Google, изменения поисковой машины в браузере Google Chrome, о возможности установки иного виджета поиска и установки иных приложений, изменения расположения иконок на экране устройства в форме уведомления, которое должно быть выведено на экран мобильного устройства.

Практика российского антимонопольного ведомства по расследованию дел в отношении транснациональных компаний, осуществляющих деятельность в цифровом секторе экономики, на текущий момент получила развитие. Одним из таких последних дел является дело против компании Microsoft Corp. В действиях компании ФАС России установила признаки нарушения запрета на злоупотребление доминирующим положением в части создания дискриминационных условий разработчикам иного антивирусного программного обеспечения (далее — ПО) при сокращении времени с 2 месяцев до 6 календарных дней для адаптации антивирусных программ сторонних разработчиков в отношении операционной системы Windows 10, в части бездействия по обеспечению своевременного двустороннего обмена информацией, введения усложненной процедуры обновлений установленного антивирусного ПО, блокировки антивирусного программного обеспечения сторонних производителей и активации антивирусного ПО Windows Defender (разработчик — Microsoft Corp.) без надлежащего уведомления пользователей и получения их явного согласия.

Антимонопольный орган усмотрел также признаки нарушения ст. 14.2, 14.8 Закона о защите конкуренции, выразившегося в использовании при распростра-



нении ОС Windows 10 методов взаимодействия с пользователем, направленных на принятие этим пользователем решения об отказе от использования стороннего антивирусного ПО и активации антивирусного ПО корпорации Microsoft (Windows Defender). По итогам расследования выдано предупреждение, рассмотрение дела продолжается²⁰.

Как итог изложенного, мы полагаем, что особенности правоотношений на цифровых рынках влекут целесообразность разработки и внедрения наиболее эффективного правового механизма воздействия на правообладателя, злоупотребляющего своим исключительным правом, при соблюдении баланса между интересами отдельного правообладателя по реализации исключительных прав на интеллектуальный объект и защитой рыночных отношений, предпринимательства и общественных интересов.

Одним из таких шагов могли бы стать разъяснения Президиума ФАС России с учетом лучших мировых практик и подходов, выработанных российским регулятором, и принятие соответствующих разъяснений Президиумом ФАС России (guidelines).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Вознесенский Н., Гнусина Ю.* Возможно ли ограничение распоряжения результатами интеллектуальной деятельности нормами антимонопольного права? // Корпоративный юрист. — 2012. — № 6. — С. 25—30.
2. *Войниканис Е. А.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху : парадигма баланса и гибкости. — М. : Юриспруденция, 2013. — 552 с.
3. *Гаверилов Д.* Антимонопольное регулирование и охрана интеллектуальной собственности: поиск баланса // Конкуренция и право. — 2013. — № 3. — С. 15—21.
4. Intellectual property and antitrust : handbook. — American Bar Association, 2007.
5. *Vinje T.* The intellectual property and antitrust review. — London : Law Business Research Ltd., 2016.
6. *Wiebe A.* Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht. — Wien : Facultas, 2016.

²⁰ Определение ФАС России об отложении дела от 02.06.2017 № 1-00-168/00-11-16.

ЭЛЕКТРОННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА КАРТЕЛЕЙ НА ТОРГАХ

Аннотация. Статья посвящена электронным (цифровым) доказательствам картелей на торгах. Проведен анализ статистики и практики. Выделены традиционные и новые методы выявления картелей в ходе торгов. Описаны условия и особенности их применения.

Ключевые слова: картель, сговор на торгах, электронные доказательства, государственные закупки.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.057-061

M. A. KHAMUKOV,

Deputy head of Anti-Cartel Department of FAS of Russia

khamukov@fas.gov.ru

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 11

DIGITAL EVIDENCE OF BID-RIGGING

Review. The article is devoted to the electronic (digital) evidence of the cartel in the course of public procurement. The analysis of statistics and practices. Selected traditional and new methods of detection of cartels during the course of public procurement. Describes the conditions and characteristics of their use.

Keywords: cartels, anti-competitive agreements, bid rigging, digital evidence, public procurement.



**Мухамед Анатольевич
ХАМУКОВ,**

заместитель начальника

Управления по борьбе

с картелями ФАС России

khamukov@fas.gov.ru

125993, Россия, г. Москва,

ул. Садовая-Кудринская,

д. 11

По данным Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), картели способствуют росту цен на товары и услуги в странах ОЭСР на 10—15 %¹. Если считать справедливым даже нижний порог данной оценки, то ущерб государству от картелизации сферы государственных закупок в Российской Федерации будет сопоставим с последствиями «международных санкций» для российской экономики. Однако точный объем «выпадающей бюджетной экономики», учитывая высокую латентность картелей и то, что они зачастую сами влияют на формирование начальной (максимальной) цены контракта, только предстоит определить. Согласно исследованию Брайанта и Эккарда², вероятность раскрытия сговора не так уж и высока и может быть равна 13—17 %.

Анализ российской практики и статистики последних лет показывает, что почти все сферы народного хозяйства уже поражены «картельным вирусом», эта проблема охватила в том числе сферы, имеющие стратегическое значение.

¹ Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities. OECD. April 2014. P. 6.

² Bryant P., Eckard E. Price Fixing: The Probability Getting Caught // Review of Economics and Statistics. 1991. Vol. 73. P. 531—536.



Необходимо отметить, что из общего числа выявляемых картелей абсолютное большинство случаев составляют картели на торгах (сговоры на торгах). Например, по всей системе антимонопольных органов Российской Федерации в 2015 г. было возбуждено 409 дел о картелях, из них около 80 % — это сговоры на торгах. Статистика дел за 2016 г. имеет такую же тенденцию. Картели на торгах трансформировались качественно. Если до 2014—2015 гг. деятельность одного картеля, как правило, охватывала от 1 до 10 закупочных процедур, то в 2016 г. это сотни закупок, которые исчисляются суммарно в миллиардах рублей.

При такой статистике можно выдвинуть две противоположные гипотезы: 1) существенно вырос уровень картелизации в экономике, в частности в ходе закупок и торгов, или 2) вырос уровень раскрываемости картелей. Анализ ситуации показывает, что оба предположения заслуживают внимания и могут вполне сосуществовать в практической плоскости.

Во-первых, в условиях нестабильной экономической ситуации и влияния глобального экономического кризиса все больше компаний пытаются нечестными способами получить доступ к бюджетным ресурсам и имуществу, распределяющимся через процедуры публичных закупок или торгов. Однако уровень картелизации экономики, учитывая высокую латентность картелей, остается весьма дискуссионным вопросом. Это глубоко законспирированные, хорошо организованные группы, иногда действующие под прикрытием отдельных чиновников. Можно предположить, что выявляется лишь незначительная часть антиконкурентных соглашений во всем мире. По настоящее время не существует научно обоснованных методик по определению объективного уровня картелизации. Оставим данную гипотезу для экспертных и научных дискуссий.

Вторую гипотезу — о возросшем уровне раскрываемости картелей в Российской Федерации, в частности сговоров на торгах, — вполне можно проверить и подтвердить.

Сфера государственных закупок регулируется Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе». Закон призван повысить результативность и прозрачность, обеспечить конкуренцию, предотвратить коррупцию и другие злоупотребления в сфере закупок. Закон «О контрактной системе» реализует единый цикл: определение потребности и формирования государственного заказа — размещение государственного заказа — исполнение государственных контрактов. Осуществляется многоуровневый контроль на всех этапах государственных закупок:

- Федеральная антимонопольная служба (ФАС России и территориальные органы ФАС), органы контроля субъектов (регионов) и муниципалитетов осуществляют контроль в части вопросов соблюдения конкурентных процедур (каждый на своем уровне);
- Федеральное казначейство осуществляет контроль в части расходования средств бюджетов;
- Законом «О контрактной системе» также предусмотрены иные формы контроля: общественный контроль, ведомственный контроль, аудит государственных закупок (Счетная палата РФ), контроль, осуществляемый заказчиками.

В целях информационного обеспечения контрактной системы в сфере закупок создана и ведется единая электронная информационная система (ЕИС), в кото-

рую интегрированы все заказчики и поставщики на территории Российской Федерации. Все закупки проходят на пяти аккредитованных электронных площадках, которые, в свою очередь, интегрированы в ЕИС.

ФАС России при реализации Закона «О контрактной системе» имеет широкие контрольные полномочия и выполняет ключевую роль в вопросах продвижения конкуренции и сведения к минимуму риска сговоров. С момента публикации заказчиками извещений о проведении закупки в ЕИС до заключения государственного контракта контроль в отношении всех участников закупочного процесса (торгов) осуществляется ФАС России.

Контроль осуществляется с использованием двух механизмов: 1) контроль процедуры размещения государственного (муниципального) заказа; 2) контроль соблюдения антимонопольных требований в ходе закупок и торгов. Рассмотрим каждый механизм контроля подробнее.

Контроль процедуры размещения государственного заказа включает в себя две формы контроля: плановые проверки и внеплановые проверки. ФАС России в среднем в год рассматривает около 35 000 жалоб относительно соблюдения требований Закона «О контрактной системе», из которых антимонопольным органом поддерживается порядка 40 %. Решения антимонопольного органа выдаются на руки спорящим сторонам в течение 8 дней. Таким образом, при наличии формального нарушения процедуры незамедлительно последует реакция антимонопольного органа. В ходе осуществления контроля процедуры закупок ФАС России может вынести предписание о внесении изменений в закупочную документацию, потребовать продлить сроки проведения закупки в целях устранения нарушений, отменить результаты торгов, а также обратиться в суд с иском о признании результатов закупки и заключенных контрактов недействительными.

Контроль соблюдения антимонопольных требований в ходе закупок и торгов и мероприятия по пресечению различных видов сговоров осуществляются ФАС России в постоянном режиме. Основанием для проведения контрольных мероприятий являются признаки ограничения, устранения или недопущения конкуренции на торгах: односторонними действиями государственных (муниципальных) органов — заказчиками; сговором заказчиков с участниками торгов; сговором участников торгов (конкурентов) — действиями картелей.

В целях выявления сговоров в ходе закупок и торгов в настоящее время ФАС России использует ряд традиционных методов получения информации о возможном сговоре, которые зарекомендовали себя и используются во всем мире, и ряд инновационных методов, разработанных с учетом электронизации в Российской Федерации закупок и торгов.

К традиционным методам можно отнести:

- проведение внеплановых проверок (так называемых «рейдов на рассвете»);
- работу с заявлениями (заявителями) о признании в рамках программы освобождения;
- работу с обращениями (граждан, организаций, правоохранительных и иных органов);
- работу с информацией из открытых источников (СМИ, Интернет);
- работу с государственными и муниципальными заказчиками и т.д.

Инновационные методы основаны на электронизации всех процедур. Как мы



отметили, введен единый общероссийский портал для публикации информации о размещении государственного и муниципального заказа (закупок) — www.zakupki.gov.ru. Также установлена единая процедура проведения торгов в отношении государственного и муниципального имущества, определен единый сайт для размещения информации о таких торгах — www.torgi.gov.ru.

Новые методы базируются на оперативном анализе и скрининге результатов конкурентных процедур и проводятся на постоянной основе с использованием электронных ресурсов ЕИС. Наличие ЕИС позволяет обрабатывать большой массив информации в кратчайшие сроки. При наличии определенных индикаторов или комбинации индикаторов можно определить состояние конкуренции в секторе государственных закупок в целом и на отдельных рынках поставок товаров и услуг в частности. Можно установить риски или признаки сговора. В случае одновременного обнаружения нескольких признаков антимонопольный орган может инициировать расследование. К фильтрам системы обнаружения сговоров можно отнести следующие:

- компании, часто выигрывающие торги;
- группы компаний (конкурентов), выигрывающих торги по очереди;
- торги, которые прошли с минимальным снижением начальной цены;
- торги, которые прошли с минимальным количеством участников;
- присутствие на торгах участников, ни разу не заявлявших своих предложений;
- отличие цен на торгах от рыночной цены;
- история участия компаний или ряда компаний в торгах за определенный период времени;
- место нахождения участников торгов (иногда участники картеля используют один офис);
- IP-адрес участника торгов (иногда участники картеля используют один IP-адрес);
- иные идентификационные данные участников торгов.

С учетом электронизации торгов сформировалась практика работы с новыми доказательствами, которые ранее не использовались в антимонопольных делах в Российской Федерации.

Традиционные и новые доказательства сговора на торгах³

ТРАДИЦИОННЫЕ доказательства сговора	НОВЫЕ доказательства сговора
Одинаковые заявки (текст, шрифт, почерк, ошибки в тексте и т.д.)	Свойства электронного файла (время и место создания, автор), уникальные электронные шрифты, количество электронных знаков и т.д.
Одинаковые места отправки заявок, одинаковые почтовые конверты	Один IP-адрес, одна точка доступа в сеть Интернет, одна точка доступа связи и т.д.
Результаты анализа бумажных аукционов	Результаты экономического анализа с использованием электронной базы закупок и торгов

³ Обобщено автором на основе решений по сговорам на торгах с официального сайта Федеральной антимонопольной службы. URL: <http://solutions.fas.gov.ru/>.

Представленная классификация доказательств расширяется с каждым рассмотренным делом. ФАС России активно взаимодействует с операторами торговых электронных площадок, банковским сектором, операторами связи и иными органами, которые могут содействовать антимонопольному расследованию. Кроме этого, ФАС России принимает активное участие в разработке и совершенствовании электронной системы и процедур.

В целях улучшения взаимодействия и обеспечения системной работы по выявлению и пресечению сговоров заключены специальные соглашения с Министерством внутренних дел России и Следственным комитетом России. В рамках этих соглашений созданы межведомственные рабочие группы, которые обеспечивают строгий контроль и эффективное совместное расследование картелей и злоупотреблений должностных лиц. Взаимодействие также осуществляется через проведение совместных/параллельных проверок, привлечение сотрудников ФАС России в качестве экспертов в рамках уголовных расследований и оказание методической помощи правоохранительным органам.

Важной составляющей такого прогрессивного подхода является также тот факт, что российскими судами новые виды доказательств сговоров (например, свойства электронного файла, уникальные электронные шрифты, IP-адреса) были восприняты практически сразу. В настоящее время решения ФАС России о сговорах на торгах поддерживаются арбитражными судами в подавляющем большинстве.

В Российской Федерации в последние годы в государственном (муниципальном) секторе проводится около 4—5 млн закупочных процедур ежегодно, совокупная стоимость закупок превышает 20 трлн руб. год. В такой ситуации борьба со сговорами на торгах принимает особую значимость. Эффективное размещение государственного заказа возможно только в случае оптимального участия государства в вопросах формирования безопасной предпринимательской деятельности на конкурентных началах⁴. Очевидно, что без комплексных решений во взаимосвязи использования экономических, правовых и технологических инструментов успешно бороться со сговорами на торгах невозможно. Одним из технологических факторов, который способствует минимизации картелей и повышает риски их обнаружения, является электронизация закупок и торгов, которая успешно внедрена и реализуется в Российской Федерации и нескольких странах ОЭСР.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Хамуков М. А. Методы выявления картелей на электронных аукционах // Вестник АККОР. — 2014. — № 3. — С. 222—225.
2. Bryant P., Eckard E. Price Fixing: The Probability Getting Caught // Review of Economics and Statistics. — 1991. — Vol. 73. — P. 531—536.
3. Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities. OECD. — April 2014. — P. 6.

⁴ Хамуков М. А. Методы выявления картелей на электронных аукционах // Вестник АККОР. 2014. № 3. С. 222—225.





**Олеся Владимировна
МИЛЬЧАКОВА,**

доцент, кандидат
юридических наук, доцент
кафедры конкурентного
права Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
начальник отдела правовой
экспертизы Правового
управления ФАС России
millov@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНЦИИ В СТРАНАХ БАЛКАНСКОГО РЕГИОНА

Аннотация. В настоящей статье рассматриваются особенности конкурентного права стран Балканского региона. Анализируются подходы в регулировании запретов на злоупотребление доминирующим положением, антиконкурентные согласованные практики, ответственности за нарушение законодательства о защите конкуренции, а также статус государственных органов по защите конкуренции. Достаточно количество схожих положений с российским законодательством. Сравнение опыта Балканских стран с российским конкурентным правом приводит к выводу о значительном сходстве между ними, вместе с тем существенными отличиями являются более жесткие санкции за противодействие органам по защите конкуренции в рамках расследования правонарушений, а также более развитая и прозрачная система применения программы смягчения ответственности (*Leniency*).

Ключевые слова: конкурентное право, Балканские страны, доминирующее положение, согласованная практика, картели, программа смягчения ответственности, *Leniency*, проверка, недобросовестная конкуренция, злоупотребление более сильной переговорной позицией.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.062-073

O. V. MILCHAKOVA,

Docent, PhD, Associate Professor of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Head of Legal Review Division of Legal Department of FAS of Russia
millov@yandex.ru

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

FEATURES OF LEGAL PROTECTION OF COMPETITION IN THE COUNTRIES OF THE BALKAN REGION

Review. This article deal with the features of the competition law in the countries of the Balkan region. This article analyzes approaches to regulation of prohibitions on abuse of dominant position, anticompetitive agreed practices, liability for violating competition law, and the status of government competition authorities are analyzed. Comparison of the experience of the Balkan countries with Russian competition law leads to the conclusion that there is a significant similarity between them, but at the same time, there are significant differences in the more stringent sanctions for opposing competi-

tion authorities in the framework of the investigation of offenses, as well as a more developed and transparent system for applying the mitigation program (Leniency).

Keywords: *competition law, Balkan countries, dominant position, agreed practice, cartels, mitigation program, Leniency, verification, unfair competition, abuse of a stronger negotiating position.*

Государства Балканского региона¹ связаны с Россией не только географическим расположением, но и общим историческим прошлым, существовавшими социалистическими режимами и практически одновременным их падением. В последние десятилетия прошлого века (20—25 лет назад) в этих странах произошли коренные перемены, связанные с отказом от коммунистической идеологии и командно-административной системы управления в пользу демократического и правового государства, построенного на принципах рыночной экономики.

Развитие балканских стран сопровождалось экономическими и финансовыми кризисами, вызванными не только перестройкой экономических отношений, но и войной на Балканах. Проводимые правительствами этих стран реформы привели к определенным положительным результатам, хотя их национальные экономики характеризуются подчас разными темпами развития. Половина стран из числа государств Балканского региона в настоящее время являются членами Европейского Союза (Болгария, Греция, Румыния, Словения, Хорватия), другие обладают статусом кандидата на вступление в Евросоюз и продолжают реализацию экономических реформ (Албания, Македония, Сербия, Черногория), третьи подали заявку на вступление в Евросоюз (Босния и Герцеговина, Косово).

С учетом перечисленных обстоятельств изучение опыта стран Балканского региона в регулировании отношений по защите конкуренции в условиях трансформации экономики представляется весьма полезным для сравнительного исследования в рамках российского конкурентного права.

Первые законы о защите конкуренции в странах Балканского региона были приняты в начале 1990-х гг., некоторые из них действуют в обновленных редакциях и в настоящее время; в ряде стран в последующем были приняты новые законы.

Основной целью законов о защите конкуренции в рассматриваемых государствах провозглашается защита конкуренции. Кроме того, например в Сербии в качестве целей закона также определено обеспечение экономического прогресса и благосостояния общества, прежде всего в интересах потребителей; в Болга-

¹ Для целей настоящего исследования к числу стран Балканского региона мы относим страны, географически расположенные полностью либо преимущественно на территории Балканского полуострова: Албанию, Болгарию, Боснию и Герцеговину, Грецию, частично признанное государство Косово (Россия в настоящее время не признает его суверенитета, но данное территориальное образование имеет целостную структуру органов управления и собственное законодательство), Македонию, Румынию, Сербию, Словению, Хорватию, Черногорию.



рии — обеспечение защиты условий для расширения конкуренции и свободной инициативы в предпринимательской деятельности.

Как и российское законодательство, законодательство о защите конкуренции исследуемой группы стран предусматривает принцип экстерриториальности своего действия: положения законов о защите конкуренции применяются ко всем актам и действиям, совершенным на территории государства, равно как и к актам и действиям, совершенным за пределами его территории, которые влияют или могут повлиять на конкуренцию на территории такого государства. Страны, входящие в состав Европейского Союза, также предусмотрели порядок правоприменения соответствующих статей Договора о функционировании Европейского Союза, регламентирующих в том числе запреты на антиконкурентные соглашения и злоупотребление доминирующим положением (органы по защите конкуренции выносят решения о нарушении указанных положений, совершенных на территории государства).

Субъектами, на которых распространяется действие законодательства о защите конкуренции, традиционно выступают хозяйствующие субъекты, в том числе юридические и физические лица, а также органы государственной власти и органы местного самоуправления. В отличие от российского законодательства, здесь отсутствуют прямые изъятия из сферы действия законодательства о защите конкуренции действий по распоряжению исключительными правами на результаты интеллектуальной собственности. Кроме того, к примеру, законы о защите конкуренции в Албании, Сербии, Черногории прямо предусматривают, что сфера их действия распространяется в том числе на владельцев прав интеллектуальной собственности. Законы ряда исследуемых стран содержат оговорку о том, что их действие не распространяется на отношения между работодателями и работниками (Албания, Словения, Сербия).

Конкурентное право стран Балканского региона в целом соответствует общим тенденциям антимонопольного права Европейского Союза: не запрещая *per se* укрупнение структуры товарного рынка и доли присутствия отдельных участников на рынке (за исключением разве что Болгарии, установившей запрет монополии), нормы конкурентного законодательства преимущественно акцентируют внимание на сознательных действиях участников рынка, направленных на ограничение конкуренции путем заключения и реализации антиконкурентных соглашений. Данным стремлением предопределена и структура законов о защите конкуренции: в первую очередь они предусматривают запреты на заключение различного рода антиконкурентных соглашений и осуществление согласованных действий, затем установлены запреты на злоупотребление доминирующим положением на рынке, регламентирован контроль экономической концентрации.

В законодательстве о защите конкуренции балканских государств не проводится четкой границы между понятиями «антиконкурентные соглашения» и «антиконкурентные согласованные действия» (за исключением Болгарии, Косова и Македонии), как это сделано, например, в российском законодательстве. Здесь установлен общий запрет на письменные или устные соглашения (договоры или их отдельные положения), решения и согласованные действия, которые имеют целью или последствием существенное ограничение, искажение или недопущение конкуренции на рынке. В Болгарии используется понятие «согласованная

практика», причем она включает в себя не только скоординированные действия, но и скоординированное бездействие двух и более предприятий.

Запрещенными и ничтожными признаются соглашения, решения, согласованные действия, которые:

- 1) прямо или косвенно устанавливают цену покупки или продажи либо другие условия торговли;
- 2) ограничивают или контролируют производство, рынок, техническое развитие или инвестиции;
- 3) применяют неодинаковые условия в эквивалентных сделках по отношению к отдельному участнику рынка, которые ставят такого участника в менее благоприятное положение по сравнению с конкурентами;
- 4) обуславливают заключение договора или соглашения принятием другой стороной на себя дополнительных обязательств, которые по своей природе и практике торговых обычаев не связаны с предметом договора или соглашения;
- 5) разделяют рынки или источники снабжения.

Однако в отношении отдельных подобных соглашений, решений, согласованных действий законодательством устанавливаются изъятия из-под запрета.

Так, допустимыми признаются соглашения «второстепенной» (малой, незначительной) важности, имеющие незначительный эффект для конкуренции. К ним относятся соглашения, решения, согласованные действия, если совокупная доля их участников на рынке товаров или услуг, являющихся предметом такого соглашения (решения, согласованных действий), не превышает:

- 1) 10 %, если участники являются конкурентами (горизонтальные соглашения);
- 2) 15 %, если участники не являются конкурентами (Албания, Болгария);
- 3) 15 %, если участники соглашения осуществляют деятельность на разных уровнях производства и распределения (вертикальные соглашения) — Босния и Герцеговина, Македония, Румыния, Сербия, Словения, Черногория;
- 4) 10 %, если соглашение имеет характеристики и горизонтальных, и вертикальных соглашений или невозможно определить, является ли соглашение вертикальным или горизонтальным (Босния и Герцеговина, Македония, Румыния, Сербия, Словения, Черногория);
- 5) 30 %, если соглашение заключено между различными участниками, индивидуальная рыночная доля каждого из которых не превышает 5 % на конкретном рынке, на котором проявляется эффект от соглашения (Сербия).

В то же время в Болгарии, Сербии и Словении упомянутые выше изъятия не применяются вне зависимости от доли на рынке их участников, если соглашение, решение или согласованные действия имеют целью или результатом: прямое или косвенное определение цен; распределение рынка и/или клиентов; ограничение производства или продажи.

Вторая группа соглашений, решений, согласованных действий, для которых предоставляется изъятие из-под запрета, — те из них, которые способствуют совершенствованию производства или распределения товаров, или предоставления услуг, либо развитию технического и/или экономического прогресса, предоставляют потребителям справедливую долю получаемых выгод от реализации такого соглашения, решения, согласованных действий, не налагают на участвующие в них компании ограничения, не являющиеся необходимыми для достижения



указанных целей, и не дают возможность их участникам устранить конкуренцию на существенной части товарного рынка. Бремя доказывания соблюдения перечисленных условий возложено на предприятия, участвующие в таком соглашении (решении, согласованных действиях). В данном случае могут предоставляться как индивидуальные, так и групповые изъятия (для отдельных категорий соглашений). Очевидно, что подобные законодательные исключения мотивированы экономической целесообразностью и стремлением к усилению темпов научно-технического и экономического развития государства в целом.

Законодательство стран Балканского региона традиционно подходит к определению понятия доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке. Доминирующим признается положение субъекта, которое дает ему возможность действовать на рынке независимо от реальных или потенциальных конкурентов, поставщиков и потребителей в силу имеющихся у такого хозяйствующего субъекта рыночной доли, его экономической, финансовой и технической силы (финансовых ресурсов, возможностей доступа на рынок и к источникам снабжения, технологических преимуществ, прав интеллектуальной собственности, хозяйственных отношений с иными участниками рынка). Все указанные признаки определяют установление соответствующих качественных критериев для признания наличия у хозяйствующего субъекта доминирующего положения на рынке.

При этом количественный критерий, позволяющий органу по защите конкуренции констатировать наличие у хозяйствующего субъекта доминирующего положения на рынке, составляет, как правило, долю на товарном рынке в размере более 40 % (Босния и Герцеговина, Косово, Македония, Румыния, Сербия, Словения, Хорватия) либо более 50 % (Черногория). Следует заметить, что Закон о защите конкуренции Болгарии не предусматривает конкретный количественный критерий для определения доминирующего положения хозяйствующего субъекта на рынке.

В балканских государствах доминирующее положение, так же как и в российском конкурентном праве, может быть определено как в отношении отдельного субъекта, его группы лиц (индивидуальное доминирующее положение), так и в отношении нескольких независимых хозяйствующих субъектов (коллективное доминирующее положение). В Словении и в Черногории количественный критерий для определения коллективного доминирования на рынке составляет суммарную рыночную долю хозяйствующих субъектов в размере более 60 %. В Боснии и Герцеговине — для двух и трех хозяйствующих субъектов количественный критерий составляет превышение суммарно доли в 60 %, для четырех и пяти хозяйствующих субъектов — 80 %.

Злоупотреблением доминирующим положением в исследуемой группе стран признается, в частности:

- 1) прямое или косвенное навязывание несправедливой цены продажи или покупки либо других несправедливых условий ведения деятельности;
- 2) ограничение производства, торговли или технического развития;
- 3) применение неодинаковых условий в равноценных сделках по отношению к другому участнику рынка, которые ставят такого участника рынка в менее благоприятное положение по сравнению с конкурентами;

- 4) заключение договора под условием принятия другой стороной на себя дополнительных обязательств, которые по своей природе и практике торговых обычаев не связаны с предметом договора;
- 5) необоснованный отказ в поставке товаров или оказании услуг реальным или потенциальным клиентам в целях воспрепятствования осуществления ими предпринимательской деятельности (Косово, Болгария).

В Болгарии, как уже было указано выше, по сути, установлен запрет монополии. Так, Закон о защите конкуренции Болгарии (ст. 19) гласит, что монопольным является положение предприятия, которое в соответствии с Законом имеет исключительное право осуществлять определенный вид предпринимательской деятельности; монопольное положение может быть предоставлено Законом в случае, предусмотренном ч. 4 ст. 18 Конституции Болгарии; любое другое предоставление монопольного положения является недействительным. Часть 4 ст. 18 Конституции Болгарии 1991 г. предусматривает, что законом может быть установлена государственная монополия на железнодорожный транспорт, национальные почтовые сети и сети дальней связи, использование ядерной энергии, производство радиоактивных продуктов, оружия, взрывчатых и биологически сильнодействующих веществ. Таким образом, законодательство Болгарии запрещает монопольную структуру рынка в принципе (за исключением указанных выше сфер деятельности), что весьма соответствует принципам первого анти-трастового законодательства США.

В рамках контроля рынка органы по защите конкуренции также рассматривают в предварительном или в уведомительном порядке сделки, иные действия, которые могут оказать влияние на состояние конкуренции на рынке, в том числе в результате появления или усиления существующего доминирующего положения у хозяйствующих субъектов. В качестве особенностей, по сравнению с российским законодательством, следует отметить то, что критерии контроля в данной сфере (помимо содержания сделки, иного действия) определяются лишь исходя из размеров годового дохода на внутреннем и/или мировом рынке участвующих в сделке или ином действии компаний. В российском конкурентном праве критерии определения сделок, иных действий, подлежащих контролю, т.е. тех, которые могут оказать влияние на состояние конкуренции на рынке, определяется исходя из выручки участников или стоимости их активов.

Регламентация запретов недобросовестной конкуренции в балканских странах осуществляется по-разному: в ряде государств данному вопросу посвящен отдельный закон, в иных странах запреты предусмотрены непосредственно в законе о защите конкуренции (Болгария, Словения).

В качестве особенностей следует отметить использование в законодательстве преимущественно термина «нелояльная конкуренция», т.е. «нечестная конкуренция». Использование подобной терминологии предопределяет и ее содержание: нелояльной конкуренцией признается любое действие или бездействие при осуществлении предпринимательской деятельности, которые противоречат добросовестной торговой практике и наносят вред или могут нанести вред интересам конкурентов. То есть, по сути, недобросовестной конкуренцией признаются действия (бездействие), осуществляемые в рамках закона, но выходящие за границы этических норм, деловых обычаев, правил и традиций. В российском



законодательстве понятие «недобросовестная конкуренция» несколько отличается и, помимо отсутствия в базовом определении «бездействия», включает в себя осуществление действий, в том числе противоречащих законодательству Российской Федерации.

Кроме того, стоит обратить внимание на то, что, кроме распространенных форм недобросовестной конкуренции, законодательство ряда исследуемых стран прямо допускает признание актом недобросовестной конкуренции предоставление подарков или обещание подарков, имущества или других благ другой компании, ее сотрудникам или иным лицам, которые работают на другую компанию, с тем чтобы они были использованы во вред предприятию, а также несанкционированное использование услуг торгового работника, торгового представителя или представителя другой компании.

В Законе о защите конкуренции Болгарии содержатся специфические нормы, устанавливающие запрет на злоупотребление более сильной переговорной позицией: запрещается любое действие или бездействие компании с более сильной переговорной позицией, которое противоречит добросовестной торговой практике и наносит или может нанести вред интересам более слабой стороны при заключении договора и интересам потребителей; недобросовестными являются действия или бездействие, которые не имеют объективного экономического основания, как, например, необоснованный отказ доставить или закупить товары или услуги, возложение необоснованно трудных или дискриминационных условий либо необоснованное прекращение торговых отношений. Наличие более сильной переговорной позиции определяется с учетом характеристик структуры релевантного рынка и конкретных правоотношений между участвующими в переговорах компаниями, а также с учетом степени зависимости между ними, характера их деятельности и разницы в ее масштабах, вероятности нахождения альтернативного торгового партнера, включая существующие альтернативные источники снабжения, каналы распространения и/или клиентов.

Российское право в целом сегодня практически не содержит полноценной регламентации принципа недопустимости злоупотребления более сильной переговорной позицией; данный принцип может быть выведен из общего запрета на злоупотребление правом, установленного ст. 10 Гражданского кодекса РФ. Кроме того, отдельные проявления приверженности данным идеям — недопустимости несправедливых договорных условий — можно проследить в судебной практике высших российских судов, в частности по делам, касающимся кредитных договоров, займа и поручительства.

В законах о защите конкуренции стран Балканского полуострова, как правило, содержится общее требование о распространении сфер их действия, в том числе на органы государственной власти и органы местного самоуправления; предусмотрен запрет на принятие общих и индивидуальных актов и совершение действий, которые ограничивают свободную торговлю товарами и услугами, свободный вход на рынок, свободу действий на рынке или которые иным образом препятствуют конкуренции. Кроме того, в полномочия органов по защите конкуренции входит дача заключений по проектам нормативных правовых актов, разработанных любым органом государственной власти.

Органы по защите конкуренции имеют в своем арсенале разнообразный набор мер, которые могут быть предприняты в целях устранения нарушения, его последствий, восстановления здоровой конкурентной среды, наказания нарушителей и предотвращения повторных или аналогичных правонарушений.

Прежде всего, по результатам рассмотрения дела о нарушении законодательства о защите конкуренции органы по защите конкуренции вправе определить меры, которые имеют целью устранение выявленного нарушения, а также предотвращение возможности совершения таких же или аналогичных нарушений, путем выдачи предписания об осуществлении определенных действий или о запрете осуществления отдельных действий (поведенческие меры). Если органом по защите конкуренции установлено наличие серьезного риска повторения таких же или аналогичных нарушений, прямо повлиявших на изменение структуры участников рынка, орган по защите конкуренции может определить меры, которые имеют целью изменение в такой структуре, а также восстановить структуру, которая существовала до наступления нарушения (структурные меры). Структурные меры могут предусматривать обязанности возвращения существовавшей структуры участника рынка, в частности путем продажи отдельных его частей или имущества другим лицам, которые не связаны с этим участником рынка. Структурные меры предписываются только в случае, если нет возможности определить равные или приблизительно равные по эффекту поведенческие меры, или если поведенческие меры несут в себе бóльшую нагрузку на участника рынка, чем конкретная структурная мера, или если ранее предписанные поведенческие меры по такому же нарушению не реализованы в полном объеме.

За нарушения законодательства о защите конкуренции (заключение антиконкурентных соглашений, злоупотребление доминирующим положением на рынке, недобросовестная конкуренция, нарушение порядка согласования экономической концентрации) в балканских странах предусмотрены «оборотные штрафы» в размере до 10 % общего годового дохода компании.

Кроме того, «оборотные штрафы» в размере до 1 % общего годового дохода компании (в Косове — до 2 %; в Черногории — до 3 %) установлены за препятствование проверке, проводимой органом по защите конкуренции, за неоказание содействия при ее проведении, а также за непредставление или несвоевременное представление запрошенной органом по защите конкуренции информации.

К административной ответственности привлекаются не только юридические, но и физические лица, способствовавшие совершению нарушения законодательства о защите конкуренции. Размеры штрафов для них установлены в виде фиксированных пределов денежных сумм.

При определении размеров штрафов учитываются тяжесть и продолжительность правонарушения, а также смягчающие и отягчающие обстоятельства. Закон о защите конкуренции Албании также содержит следующее требование: незаконная предпринимательская прибыль, полученная в связи с нарушением данного Закона, является минимальным размером штрафа в тех случаях, когда такая прибыль может быть определена или оценена объективно.

В случае, если юридическое или физическое лицо, привлеченное к административной ответственности, не оплатило штраф в установленный органом по защите конкуренции срок, к такому лицу могут быть применены дополнительные,



«регулярные» штрафные санкции в фиксированной сумме за каждый день неуплаты основного штрафа.

Уголовная ответственность за нарушения законодательства о защите конкуренции путем заключения и участия в антиконкурентном соглашении предусмотрена в Румынии (лишение свободы на срок от 6 месяцев до 5 лет либо штраф с ограничением отдельных прав).

Одним из эффективных стимулов выявления и пресечения картельных соглашений является применение программы смягчения ответственности за участие в картелях (программы Leniency), которая предусматривает для участников картеля, сотрудничающих с антимонопольным органом, снижение размера штрафа («дисконт») и (или) полное освобождение («иммунитет») от ответственности за участие в картеле.

Для антимонопольных органов использование указанной программы позволяет получить информацию о картеле, в том числе о его продолжительности, конкретных проявлениях, включая доказательства, от непосредственных участников картеля. В свою очередь, участникам картеля программа смягчения ответственности предоставляет возможность выйти из участия в картеле с наименьшими потерями для своей экономической устойчивости за счет снижения размера штрафа или освобождения от него и вернуться к осуществлению нормальной экономической деятельности на основе принципов здоровой конкуренции.

Рассматриваемая программа представляет собой, по сути, «мягкое право» и не является строго обязательной, поскольку предоставляет органу по защите конкуренции широкую дискрецию в оценке ценности доказательств, представленных заявителем, степени его сотрудничества с антимонопольным органом и в принятии решения о предоставлении смягчения ответственности за участие в картеле.

По общему правилу в странах Балканского региона иммунитет от ответственности (полное освобождение) предоставляется участнику, первому представившему органу по защите конкуренции уведомление о существовании соглашения либо первому представившему доказательства, на основании которых орган по защите конкуренции принял решение о нарушении. Освобождение предоставляется при условии, что орган по защите конкуренции на момент представления уведомления не знал о существовании картеля или не располагал достаточным количеством доказательств для возбуждения производства и вынесения решения и такие доказательства были представлены участником соглашения. Заметим, что Закон о защите конкуренции Боснии и Герцеговины не содержит императивного требования о том, что участник должен быть первым обратившимся в Совет по конкуренции, основное требование заключается в эффективном сотрудничестве и представлении весомых доказательств, которыми орган по защите конкуренции не располагал.

Участнику картеля, в отношении которого не соблюдаются условия для получения иммунитета, размер штрафа может быть снижен по решению органа по защите конкуренции, если этот участник картеля представил доказательства, которые позволили завершить производство и вынести решение по делу о признании факта нарушения. При этом в ряде стран размер дисконта оставлен на усмотрение антимонопольного органа, а в некоторых странах нормативно установлены пределы снижения штрафа.

К примеру, в Словении, если заявитель не соответствует условиям для полного освобождения от штрафа (в том числе не является первым обратившимся), но представил доказательства, которые имеют важную ценность для проведения органом по защите конкуренции расследования, прекратил участие в картеле и сотрудничает с Агентством по защите конкуренции в ходе всего расследования, может претендовать на снижение размера штрафа. При этом в отношении первого обратившегося размер «дисконта» составляет от 30 до 50 % штрафа, подлежащего применению, в отношении второго — от 20 до 30 %, в отношении третьего и последующих — до 20 %.

Прекращение участия в картеле также является одним из требований, которые должны быть соблюдены лицом, претендующим на применение программы Leniency, за исключением случаев, когда на продолжении участия настаивает орган по защите конкуренции в целях, необходимых для получения дополнительных доказательств по делу.

Программа смягчения ответственности по общему правилу не может быть применена к инициаторам соглашения, а также к лицам, понудившим других лиц к участию в картеле. Однако в Македонии комиссия по рассмотрению дела вправе уменьшить размер штрафа компании, которая понуждала другие компании участвовать и сохранять участие в картеле, если она активно сотрудничала в ходе производства по делу с органом по защите конкуренции.

Необходимо заметить, что, в отличие от России, в балканских государствах на подзаконном уровне детально урегулированы вопросы, связанные с требованиями к содержанию заявлений о применении программы смягчения ответственности, с порядком фиксации подачи заявлений (уведомлений) о применении такой программы, с использованием системы «маркеров», позволяющей определить очередность (приоритетность) поданных в орган по защите конкуренции заявлений, а также с порядком заключения и прекращения действия (расторжения) соглашений о сотрудничестве с антимонопольным органом, предоставления условного иммунитета, лишения иммунитета от ответственности или права на снижение размера штрафа (дисконт).

Представляется, что детализация перечисленных выше процедур на уровне нормативных правовых актов позволяет установить четкие и понятные правила как для участников рынка, так и для антимонопольных органов и в конечном счете способствовать эффективности антимонопольного контроля и снижению количества картелей.

Еще одной особенностью, на которую хотелось бы обратить внимание, является срок давности по делам о нарушении законодательства о защите конкуренции. В России, как известно, он составляет 3 года. В рассматриваемой группе стран по общему правилу срок давности по нарушениям законодательства о защите конкуренции составляет 5 лет (Болгария, Косово, Македония, Румыния, Сербия, Словения, Хорватия). В Черногории срок давности для возбуждения производства по делу составляет 2 года, а для вынесения решения и привлечения к ответственности — 4 года.

Определенной спецификой обладает также статус, порядок формирования и внутренняя организация органов по защите конкуренции. В государствах Балканского полуострова компетенция в области защиты конкуренции вверена спе-



циализированному органу власти. Законы о защите конкуренции закрепляют за органами, уполномоченными на применение данных законов (Комиссия по защите конкуренции, Агентство по защите конкуренции, Совет по конкуренции) статус независимых государственных органов, финансируемых за счет средств государственного бюджета. Обеспечением деятельности органов по защите конкуренции занимается их аппарат (экспертная служба, секретариат), сотрудники которого являются государственными служащими.

В ряде стран орган по защите конкуренции подотчетен парламенту (Косово, Сербия, Болгария, Хорватия), а в Словении — не только парламенту, но и правительству, в Боснии и Герцеговине — правительству. В Греции Комиссия по конкуренции действует под руководством министра по делам экономики, конкурентоспособности и судоходства. В Черногории Агентство по защите конкуренции отчитывается перед правительством. Закон о защите конкуренции Румынии предусматривает, что члены Пленума Совета по конкуренции не подотчетны органу, их назначившему, и являются независимыми.

Состав органа по защите конкуренции включает 5 (Албания, Косово, Македония, Сербия, Словения, Хорватия), 6 (Босния и Герцеговина), 7 (Болгария, Румыния) или 8 (Греция) членов. В Черногории Закон о защите конкуренции не устанавливает численность членов Агентства, оговаривая лишь срок полномочий и порядок назначения директора и заместителя директора Агентства.

Члены органов по защите конкуренции в значительной части рассматриваемых стран избираются национальным парламентом (Албания, Болгария, Греция, Македония, Сербия, Словения, Хорватия) большинством голосов депутатов. Возможно, устанавливая требования о подотчетности органа по защите конкуренции и о формировании его состава высшим органом законодательной, а не исполнительной власти, законодатель стремился обеспечить дополнительную независимость органа по защите конкуренции, предотвратив возможности влияния на него органов исполнительной власти.

В Боснии и Герцеговине члены Совета по конкуренции избираются федеральным правительством и правительствами территориальных единиц. В Черногории директор и заместитель директора Агентства по защите конкуренции назначаются правительством. В Румынии члены Пленума Совета по конкуренции назначаются президентом, после обсуждения предложенных кандидатур в парламенте.

Срок полномочий, на который избираются члены органа по защите конкуренции (или соответственно узкого коллегиального органа — Пленума), составляет 5 лет (Албания, Косово, Македония, Сербия, Словения, Болгария, Румыния) либо 6 лет (Босния и Герцеговина). В Черногории срок мандатов директора и заместителя директора Агентства по защите конкуренции составляет 4 года.

По общему правилу допускается повторное переизбрание одного и того же лица членом органа по защите конкуренции на новый срок, при этом устанавливается запрет на занятие должности более двух сроков подряд либо, в принципе, более двух сроков мандатов. Однако в Болгарии установлен запрет на повторное переизбрание, хотя допускается избрание одного и того же лица членом Комиссии по защите конкуренции в последующем. Видимо, подобный запрет в Болгарии направлен на создание условий, обеспечивающих независимость и беспристрастность членов органа по защите конкуренции, с тем чтобы исключить фактическую

или потенциальную ситуацию, когда член органа по защите конкуренции будет принимать решение, ориентируясь исключительно на мнение органа или лица, от которого зависит его назначение на новый срок. Кроме того, упомянутый запрет может быть направлен на обеспечение вхождения в состав органа по защите конкуренции новых людей, отражающих современные взгляды и представления.

В отношении кандидатов на должности членов органов по защите конкуренции установлены цензы гражданства, оседлости (Черногория), языковой ценз (в Румынии — знание румынского языка; в Македонии — наличие одного из признанных на международном уровне сертификатов на знание английского языка), образовательный ценз (высшее образование или наличие ученой степени либо ученого звания), профессиональный ценз (наличие значительного — не менее 5, 7, 10 или 15 лет — трудового стажа в области права или экономики), а также репутационные и моральные цензы: члены комиссии (агентства) избираются из числа известных экспертов в области права и экономики (Сербия), должны обладать высокими нравственными качествами (Болгария), не должны были быть осужденными за умышленные преступления публичного характера (Словения, Болгария), должны пользоваться репутацией объективных и беспристрастных лиц (Сербия). Закон о защите конкуренции Боснии и Герцеговины предусматривает, что члены Совета по конкуренции избираются из числа признанных экспертов в соответствующей области, имеющих статус, приравненный к статусу административных судей.

Так же как и в отношении иных государственных должностей, к лицам, замещающим государственные должности в органах по защите конкуренции, предъявляются требования о несовместимости должностей: они не могут осуществлять иные государственные функции, выполнять какую-либо иную публичную или профессиональную деятельность за плату. Указанные запреты не распространяются на научную и преподавательскую деятельность. Нередко в законодательстве предусматриваются прямые запреты на участие указанных лиц в деятельности политических партий, на публичную поддержку взглядов или программ политических партий (Албания, Сербия, Словения).

В заключение следует отметить, что законодательство стран Балканского региона в целом соответствует общим подходам антимонопольного регулирования, существующим в настоящее время в европейских странах, и имеет достаточное количество схожих положений с российским законодательством. В то же время существенными отличиями являются более жесткие санкции за противодействие органам по защите конкуренции в рамках расследования правонарушений («оборотные» штрафные санкции за противодействие проверкам, непредставление информации), а также более развитая и прозрачная система применения программы смягчения ответственности, способствующая выявлению и преследованию наиболее опасных для конкуренции нарушений — картелей.



**Наталья Сергеевна
ПАВЛОВА,**

кандидат экономических наук, преподаватель кафедры конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доцент кафедры конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, старший научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС
pavl.ns@yandex.ru
119571, Россия, г. Москва, пр-т Вернадского, д. 82, стр. 1

НЕГАТИВНЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ МОНОПОЛИСТИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ. ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Аннотация. В статье анализируются различные виды потерь в эффективности, возникающих вследствие монополистической деятельности. Описание основных видов потерь дополняется анализом взаимосвязи с пониманием целей антимонопольной политики, а также практических вопросов оценки ущерба от ограничений конкуренции. Показано, что от решения вопроса о том, что мы считаем потерями от монополистической деятельности, зависит множество практических вопросов — от оптимального размера санкций до самой необходимости государственного вмешательства.

Ключевые слова: антимонопольная политика, аллокативная эффективность, X-неэффективность, динамическая неэффективность, стандарт излишка.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.074-080

N. S. PAVLOVA,

PhD, lecturer of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL) Associate Professor, Department of Competition and Industrial Policy, Faculty of Economics, MSU; Senior Researcher, Center for Research on Competition and Economic Regulations, RANEPA
pavl.ns@yandex.ru
119571, Russia, Moscow, pr-t Vernadskogo, 82, 1

NEGATIVE EFFECTS OF MONOPOLISTIC ACTIVITY. ECONOMIC ASPECTS

Review. The paper studies different types of efficiency losses resulting from monopolistic activity. Their description is complemented by an analysis of their link to the goals of antitrust policy, as well as some practical issues of calculating antitrust damages. The paper shows that the way that we define the losses due to monopolistic activity affects a multitude of practical considerations, ranging from optimal sanctions to the justification of government intervention.

Keywords: antitrust policy, allocative inefficiency, X-inefficiency, dynamic inefficiency, surplus standard. Введение

называемых «неэффективностей» (inefficiencies), которые возникают на рынках вследствие монополистической деятельности¹. На то же понимание опираются и международные организации, систематизируя международный опыт (см., например, OECD, 2012). Однако это не означает, что данный вопрос является однозначно решенным на уровне теории. Более того, даже если ориентироваться на тот набор негативных последствий, которые приводятся в стандартных учебниках, остается множество проблем количественной оценки выявленных «неэффективностей», которая так или иначе требуется для решения различных задач, возникающих в процессе антимонопольного регулирования.

Цель данной статьи — осветить некоторые практические последствия того, как мы определяем негативные последствия монополистической деятельности для целей антимонопольного регулирования.

Для этого в первом разделе будут описаны основные виды потерь от монополистической деятельности, которые наиболее часто обсуждаются в теории, а во втором разделе будет проанализирован ряд практических преломлений данного вопроса.

Основные виды потерь от монополистической деятельности: вопросы теории

Для целей анализа необходимо разграничивать негативные эффекты монополистической деятельности и непосредственно потери от такой деятельности. Набор первых может быть разнообразен по типу эффекта, по его масштабу и по субъектам, на которых они распространяются. Однако негативные эффекты одного вида или для одной группы могут быть скомпенсированы положительными эффектами для другой группы. Если такой компенсации не происходит, то правомерно говорить о чистых потерях; и монополистическая деятельность опасна для общественного благосостояния прежде всего тем, что приводит к возникновению нескольких типов таких чистых потерь. Ниже рассмотрим те из них, обсуждение которых получило наибольшее распространение в теоретической литературе. В дальнейшем суть каждого типа эффекта мы будем иллюстрировать через сопоставление двух крайних ситуаций — монополии и совершенной конкуренции, хотя возможны другие формы монополистической деятельности, которые будут иметь сходные последствия, а совершенная конкуренция является прежде всего теоретической моделью, а не образцом реального рынка. Тем не менее для простоты мы воспользуемся этой конструкцией.

В экономической литературе принято выделять следующие виды потерь от монополии по сравнению со случаем совершенной конкуренции.

1. «Потери мертвого груза» (deadweight loss), или потери аллокативной эффективности. Под этим термином в экономике подразумеваются потери

¹ Макконнелл К. Р., Брю С. Л. Экономикс: принципы, проблемы и политика : пер. с 13-го англ. изд. М. : ИНФРА-М, 1999 ; Гальперин В. М., Игнатъев С. М., Моргунов В. И. Микроэкономика. СПб. : Экономическая школа, 1996. Т. 2 ; Пиндайк Р. С., Рубинфельд Д. Л. Микроэкономика : учебник : пер. с англ. М. : Дело, 2000.



общественного благосостояния, возникающие вследствие того, что монополист завышает цены и занижает произведенное количество продукции по сравнению с конкурентным уровнем. Важно отметить, что речь идет именно о потерях общественного благосостояния, которое складывается и из благосостояния продавцов, и из благосостояния потребителей. После повышения цены монополией часть потребителей, которые выше остальных ценят товар, продолжают покупать его и по более высокой цене. Все, что произойдет на этом участке рынка, — это перераспределение выигрышей от покупателя к продавцу, поскольку те, кто хотели купить товар, по-прежнему будут его покупать, хотя и дороже. Потери для общества возникают из-за появления потребителей, которые раньше хотели и были готовы купить товар, но для которых цена в результате повышения оказывается слишком высокой, и в итоге они вообще не участвуют в обмене. В условиях конкуренции их спрос на товар мог бы быть удовлетворен, но из-за монополистического поведения они теряют доступ к товару — и здесь уже имеет место не перераспределение, а чистая потеря благосостояния, которая и называется потерей «мертвого груза».

2. Потери производственной эффективности, или Х-неэффективность. Данный вид потерь является следствием того, что стимулы монополиста к снижению издержек оказываются ниже, чем в случае наличия конкуренции. Действительно, конкуренция подталкивает к постоянному совершенствованию процесса производства товара, поиску более дешевых источников сырья, принятию оптимизирующих организационных решений — иначе можно просто не удержаться на рынке. Для монополиста, который не испытывает постоянного давления со стороны конкурентов, такие стимулы существенно ниже. В результате монополист работает не так эффективно, как мог бы. При этом неоптимальное использование ресурсов может влиять и на смежные рынки вверх по технологической цепочке, ведь монополист выступает потребителем на рынках сырья и там формирует спрос, в том числе с учетом своих издержек.
3. Еще один вид неэффективности монополии — так называемая динамическая неэффективность, связанная с тем, что монополист, по сравнению с конкурентной фирмой, имеет меньше стимулов к инновациям. Данный вид неэффективности частично схож с предыдущим, однако принципиальное различие с экономической точки зрения заключается в том, что при Х-неэффективности монополист недостаточно хорошо использует имеющуюся технологию производства, а при динамической неэффективности он меньше вкладывается в поиск новых технологий и новых рынков. Впрочем, необходимо отметить, что ряд экономистов, напротив, связывают инновации именно с наличием рыночной власти, поскольку на рынках совершенной конкуренции прибыли будут стремиться к нулю, а значит, не возникает ни источников для инвестирования в инновации, ни возможности «отбить» уже произведенные инвестиции за счет высокой прибыли.
4. Наконец, четвертый вид неэффективности, который также достаточно часто обсуждают в контексте негативных последствий монополистической деятельности, — непроизводительные затраты монополиста на поддержание своего

монопольного положения². Речь идет об издержках на создание новых административных барьеров, которые не позволят потенциальным конкурентам войти на рынок — через лоббирование, коррупцию или иными способами, определяющей характеристикой которых выступает не столько их легальность/нелегальность, сколько то, что эти затраты не вкладываются в производство. С точки зрения монополиста такое поведение может быть наиболее выгодной стратегией (если ему, например, сравнительно «дешевле» пролоббировать запрет на импорт товара, чем существенно повысить собственное качество ради привлечения потребителей), однако с точки зрения общества возникают потери.

Перечисленные виды неэффективности, возникающие вследствие монополистической деятельности, являются на сегодняшний день относительно конвенционными, что, однако, не означает, что существование и значение каждого из них является бесспорным. В частности, по-другому бы подошли к вопросу неэффективности монополии исследователи, которые воспринимают конкуренцию как процесс открытия нового, в частности представители неоавстрийской школы. Шумпетерианский подход (по фамилии исследователя, сформулировавшего основные идеи, — Йозефа Шумпетера), как отмечалось, постулирует прямо противоположную зависимость между уровнем концентрации на рынке и стимулами к инновациям (только фирмы с монопольной властью будут инвестировать в инновации). В связи с этим вопрос о формах неэффективности вследствие монополистической деятельности в определенном смысле является «идеологическим» для экономической теории.

И не только для экономической теории. Указанные выше виды негативных последствий связаны прежде всего с потерями общественного благосостояния — т.е., как отмечалось, с потерями, которые не компенсируются выигрышами ни на стороне продавцов, ни на стороне покупателей. Перераспределительные эффекты — когда потери одной группы компенсируются выигрышами другой — на таком уровне анализа обычно не принимаются во внимание. В этом по-своему проявляется сформировавшаяся в экономической теории XX в. традиция исследовать в первую очередь координационные эффекты — само существование равновесия в системе и свойства такого равновесия. Вопросы распределительных эффектов отходили на второй план, но в последнее время экономисты осознали важность этого вопроса, и многие современные исследования продвигаются уже в этом русле.

Рассмотренные выше виды неэффективности также не содержат в себе анализа распределительных последствий: а ведь, например, помимо чистых потерь мертвого груза, нас как общество может интересовать и факт перераспределения благосостояния от потребителей к производителям — если мы считаем, что именно благосостояние потребителей следует защищать. Здесь мы напрямую

² Необходимо отметить, что данный вид неэффективности упоминается в литературе реже. Например, С. Б. Авдашева, А. Е. Шаститко и Е. Н. Калмычкова ограничиваются анализом трех первых видов (см.: *Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н. Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта* : курс лекций // Экономический журнал ВШЭ. 2007. № 1).



выходим на вопросы провозглашенных целей антимонопольной политики и выбора так называемого «стандарта излишка»³: будем ли мы в качестве цели антимонопольной политики постулировать защиту благосостояния всего общества или только потребителей. С этой точки зрения от выбора цели будет зависеть, какой набор эффектов мы будем считать негативными последствиями монополистической деятельности — и, соответственно, поводом для государственного вмешательства.

Оценка различных видов неэффективности монополии для целей антимонопольного регулирования

Еще один практический вопрос, возникающий при определении негативных последствий монополистической деятельности, связан с оценкой ущерба — в контексте различных задач регулирования, в том числе расчета компенсаций.

С этой точки зрения наиболее проработанным является вопрос об оценке первого вида негативных последствий, связанных с завышением цен на рынке и сокращением реализуемых объемов. При этом необходимо учитывать не только то, какую наценку потребителю пришлось заплатить на каждую единицу товара вследствие монопольного поведения, но и то, насколько в целом меньше потребители стали приобретать товара из-за повышения цены. И если методы расчета наценки более или менее понятны⁴, хотя в каждом конкретном случае все равно требуют калибровки, то прогнозирование неприобретенных объемов может представлять более сложную задачу, особенно с учетом того, что ее могут формировать не только фактические потребители, которые сократили свои закупки, но и потребители, которые так и остались в рядах потенциальных.

Тем не менее, если ставить перед собой задачу расчета полных общественных потерь (например, для целей установления в законодательстве таких размеров санкций, которые бы обеспечивали эффективное сдерживание⁵), а не только прямого ущерба потребителям, то понадобится каким-то образом оценить и иные виды неэффективности. И для остальных видов неэффективности данная задача становится уже более сложной. Если говорить об Х-неэффективности, то для ее оценки необходимо знать или достоверно предполагать, каковы были бы издержки в случае конкуренции. Здесь возникает сразу множество проблем. Во-первых, речь идет об экономических, а не о бухгалтерских издержках. Во-вторых, хотя антимонопольные органы часто в своих расследованиях выявляют неправомерное включение в себестоимость продукции отдельных статей затрат или намеренное «раздувание» расходов по определенным статьям, Х-неэффективность также подразумевает невведение эффективных организационных и управленче-

³ Англ. Surplus standard — имеются в виду так называемые «излишек потребителя» и «общественный излишек».

⁴ См., например: Connor J. Price-Fixing Overcharges. Revised 3rd Ed. February 24, 2014 // URL: <https://ssrn.com/abstract=2400780>.

⁵ См., например: Landes W. Optimal Sanctions for Antitrust Violations // University of Chicago Law Review. 1983. Vol. 50. № 2.

ских практик⁶, эффект от которых, как можно понять, сложно оценить до непосредственного внедрения, тем более что монополист, скорее всего, и не думал их внедрять. В-третьих, возникает проблема расчета эффектов для смежных рынков вверх по цепочке создания стоимости.

Еще более сложную задачу представляет собой оценка динамической неэффективности — результата непроектируемых инноваций. И если на уровне отраслей или экономики в целом можно выявить определенные зависимости⁷, то рассчитать эффект от не предпринятых конкретным предприятием инноваций может быть гораздо более сложной проблемой.

Наконец, непроизводительные расходы на удержание монопольного положения в форме рентоориентированного поведения, направленного на создание барьеров входа на рынки, также сложно поддаются оценке, однако прежде всего в связи с тем, что в интересах компании, как правило, скрывать факт подобных расходов (что, впрочем, зависит от законодательства конкретной страны и возможности применения санкций к компании за ту или иную форму рентоориентированного поведения). Вместе с тем данный вид потерь может быть весьма существенным⁸.

Вопрос оценки негативных эффектов от монополистической деятельности имеет и более широкий контекст. В частности, сам факт наличия негативного эффекта не является при прочих равных безусловным основанием для государственного вмешательства, ведь с точки зрения общественной эффективности необходимо еще установить, является ли государственное вмешательство оправданным. Для этого необходимо как минимум сопоставить размер того негативного эффекта вследствие монополистической деятельности, который предполагается устранить, и размер расходов на государственное вмешательство, включая возможные потери в связи с его искажающим влиянием на экономику⁹. Второй вопрос выходит за рамки данной статьи, но первый вопрос имеет самое прямое отношение к предмету обсуждения. В зависимости от того, какие компоненты мы включаем в условный список потерь от монополистической деятельности, как мы определяем суть каждого компонента и как предполагаем его оценивать, мы можем получить разные результаты с точки зрения наличия либо отсутствия оснований для государственного вмешательства в форме антимонопольного регулирования — в целом и по конкретным видам практик.

⁶ В частности, Х. Лейбенштайн приводит в качестве примера такие меры повышения эффективности, как переход к оплате труда по результату, сокращение рабочего дня, совершенствование системы управления отходами и др. (см.: *Лейбенштайн Х. Аллокативная эффективность в сравнении с «Х-эффективностью»* // Вехи экономической мысли. СПб. : Экономическая школа, 2000. Т. 2 : Теория фирмы).

⁷ *Камьен М. И., Шварц Н. Л.* Структура рынка и инновации: обзор // Вехи экономической мысли. СПб. : Экономическая школа, 2003. Т. 5.

⁸ См., например: *Posner R.* The Social Cost of Monopoly and Regulation // *Journal of Political Economy*. 1975. Vol. 83. August.

⁹ Данный вариант соответствует сопоставлению двух крайних альтернатив — отсутствие вмешательства (статус-кво) и государственное вмешательство, однако возможно существование и иных вариантов решения проблемы, которые, вообще говоря, также необходимо оценить, чтобы затем выбрать наилучший.



Заключение

В настоящее время в качестве основных видов общественных потерь вследствие монополистической деятельности принято выделять аллокативную, производственную и динамическую неэффективность, а также потери от рентоориентированного поведения. Однако в том, что касается роли и оценки возможного размера каждого вида потерь, подходы могут различаться достаточно существенно. Вместе с тем от того, что мы считаем потерями от монополистической деятельности, зависит множество практических вопросов: от оптимального размера санкций до самой необходимости государственного вмешательства. Кроме того, в зависимости от выбранной цели регулирования — в частности, защита благосостояния потребителей или защита общественного благосостояния — нам может понадобиться учитывать не только чистые потери, но и негативные эффекты для конкретных групп.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н. Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта : курс лекций // Экономический журнал ВШЭ. — 2007. — № 1.
2. Гальперин В. М., Игнатъев С. М., Моргунов В. И. Микроэкономика. — СПб. : Экономическая школа, 1996. — Т. 2.
3. Камьен М. И., Шварц Н. Л. Структура рынка и инновации: обзор // Вехи экономической мысли. — Т. 5. — СПб. : Экономическая школа, 2003.
4. Лейбенштайн Х. Аллокативная эффективность в сравнении с «Х-эффективностью» // Вехи экономической мысли. — Т. 2 : Теория фирмы. — СПб. : Экономическая школа, 2000.
5. Макконнелл К. Р., Брю С. Л. Экономикс: принципы, проблемы и политика : пер. с 13-го англ. изд. — М. : ИНФРА-М, 1999.
6. Пиндайк Р. С., Рубинфельд Д. Л. Микроэкономика : учебник : пер. с англ. — М. : Дело, 2000.
7. Шумпетер Й. Капитализм, социализм и демократия. — М. : Экономика, 1995.
8. Connor J. Price-Fixing Overcharges. — Revised 3rd Ed. — February 24, 2014 // URL: <https://ssrn.com/abstract=2400780>.
9. Landes W. Optimal Sanctions for Antitrust Violations // University of Chicago Law Review. — 1983. — Vol. 50. — № 2.
10. OECD. The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings. Policy Roundtables, 2012 // URL: <http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>.
11. Posner R. The Social Cost of Monopoly and Regulation // Journal of Political Economy. — 1975. — Vol. 83. — August.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С РЕКЛАМОЙ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ

Аннотация. Статья посвящена проблемам оценки рекламы, размещенной в сети Интернет. С учетом примеров судебной и правоприменительной практики приведены предложения по изменению законодательства, направленные на упорядочение понятия и требований к информации рекламного характера в сети Интернет.

Ключевые слова: реклама, реклама в сети Интернет, изменения законодательства о рекламе.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.081-092

T. E. NIKITINA,

*lecturer of the Department of competition law of MSAL, deputy head of Department
for control over advertising and unfair competition of FAS Russia*

rekl@fas.gov.ru

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF ADVERTISING, POSTED ON THE INTERNET

Review. Using the examples of judicial and law enforcement practice in the article are given the proposals to change the legislation in part of special regulation of the definition and requirements for advertising on the Internet.

Keywords: advertising, advertising on the Internet, changes of the legislation on advertising.



**Татьяна Евгеньевна
НИКИТИНА,**

*преподаватель
кафедры конкурентного
права Университета
имени О.Е. Кутафина
(МГЮА), заместитель
начальника Управления
контроля рекламы
и недобросовестной
конкуренции ФАС России
rekl@fas.gov.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9*

В современном мире все большее значение приобретают Интернет и сервисы, связанные с его использованием. Новые технологии предоставляют нам возможность получать привычные услуги более удобным способом: мы узнаем новости в удобное для нас время в Интернете, в различных приложениях, из различных рассылок; мы выбираем и покупаем товары в интернет-магазинах; мы общаемся с друзьями в Интернете, в приложениях; мы получаем знания, обучаясь с помощью Интернета. Значительная часть нашей жизни теперь проходит в виртуальном пространстве.

И если наша жизнь вне интернет-среды в достаточной степени регулируется нормами гражданского, уголовного, административного и иного законодательства, то деятельность онлайн в настоящее время регулируется очень избирательно.

Интернет предоставляет возможность размещения информации любого рода, в том числе такой информации, которая соответствует понятию рекламы.



Согласно ст. 4 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе»¹ (далее — Федеральный закон «О рекламе») отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы, регулируются положениями данного Закона, а также могут регулироваться иными федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ.

Нормативное понятие рекламы содержится в ст. 3 Федерального закона «О рекламе», под которой понимается информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Как следует из указанного понятия, реклама может распространяться любыми способами, в любых формах, с помощью любых средств — перечень таких способов, форм, средств не ограничен, соответственно, по мере развития общественных отношений, техники, науки, средств коммуникации могут появляться новые возможности для распространения рекламы.

Для ряда способов распространения рекламы в гл. 2 Федерального закона «О рекламе» введены специальные требования: в отношении рекламы в телепрограммах, рекламы в радиопрограммах, рекламы при кино- и видеообслуживании, рекламы в сетях электросвязи, наружной рекламы, рекламы на транспортных средствах и с их использованием. Однако выделяются не все возможные способы распространения рекламы, а наиболее привычные (например, телевидение, наружная реклама) или требующие особого внимания (например, транспортные средства).

Так, еще лет 10 назад вопрос о необходимости введения в законодательство каких-либо специальных требований для регулирования такого способа распространения рекламы, как Интернет (или иные информационно-телекоммуникационные сети), не возникал. Реклама, распространяемая таким способом, занимала незначительную долю в объеме всей рекламы. По данным Ассоциации коммуникационных агентств России (АКАР)², до 2007 г. доля рекламы, распространяемой в сети Интернет, не превышала 5 % от всего объема рекламного рынка России. На такую рекламу распространялись, как и сейчас распространяются, требования содержательного характера, сформулированные в Федеральном законе «О рекламе» (например, требования о достоверности, об этичности рекламы, о корректности приводимых в рекламе сравнений, о наличии необходимых предупреждений в рекламе отдельных видов товаров), что позволяло в достаточной мере пресекать злоупотребления, возникающие при распространении рекламы отдельных товаров в сети Интернет.

В настоящее время, когда информация, распространяемая в сети Интернет, приобретает все большее значение в нашей жизни. Предпринимательское сообщество, очевидно вполне обоснованно, рассматривает Интернет как весьма привлекательный способ распространения рекламы. Объем рекламы, распро-

¹ СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

² URL: <http://www.akarussia.ru/node/2085>.

страняемой посредством сети Интернет, растет, иногда на фоне снижающегося общего объема рынка, при этом темпы роста в данной сфере самые высокие среди всех средств распространения рекламы.

По данным АКАР³, начиная с 2011 г. доля рекламы, распространяемой в Интернете, стабильно превышает долю рекламы, распространяемой в наружной рекламе или в печатных СМИ, причем с каждым годом превышение увеличивается. К 2016 г. доля рекламы в сети Интернет (37,8 %) стала сопоставимой с долей рекламы в телепрограммах (41,9 %), которая традиционно занимает самую большую долю в общем объеме рекламы в России.

Объем рекламы, млрд руб.

Каналы распространения рекламы	Годы						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Телевидение	110,8	131,0	143,2	156,2	159,8	136,7	150,8
Радио	10,3	11,8	14,6	16,5	16,9	14,2	15,1
Пресса	38,0	40,4	41,2	37,0	33,0	23,3	19,7
Наружная реклама	29,7	34,3	37,7	40,7	40,6	32,0	38,3
Интернет	26,8	41,8	56,3	71,7	84,6	97,0	136,0
Итого по рынку	218,6	263,4	297,8	327,8	340,1	307,5	360,0

При таких условиях развития рынка вопрос о необходимости введения отдельного регулирования отношений, возникающих при распространении рекламы в сети Интернет, как отдельного способа распространения рекламы приобретает всё большую актуальность.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁴ под информационно-телекоммуникационной сетью понимается технологическая система, предназначенная для передачи по линиям связи информации, доступ к которой осуществляется с использованием средств вычислительной техники. Сайт в сети Интернет — это совокупность программ для электронных вычислительных машин и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается посредством информационно-телекоммуникационной сети Интернет по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети Интернет.

Под Интернетом понимают компьютерную (информационную) сеть, связывающую через соответствующие технические средства субъектов, которые вступают между собой в правоотношения, осуществляя права и неся обязанности⁵.

³ URL: http://www.akarussia.ru/knowledge/market_size.

⁴ СЗ РФ. 2006. № 31. Ст. 3448

⁵ Рустамбеков И. Р. Об определении правового понятия сети Интернет // Информационное право. 2015. № 3. С. 22—26.



К информационным ресурсам Интернета относят совокупность информационных технологий и баз данных, которые доступны при помощи Всемирной сети (электронная почта, файлообмен и т.д.)⁶.

Приведенные понятия, характеризующие сеть Интернет, а также сама суть данной технологической системы указывают на ее предназначенность для распространения информации без учета государственных границ стран мира. Посредством данной системы распространяются сведения различных форматов и на различных языках. Интернет не содержит ограничений в отношении территории, с которой возможно осуществить доступ к размещенной в Сети информации, поэтому с компьютера пользователя, расположенного на территории Российской Федерации, можно получить доступ к информации, размещенной пользователями в различных странах мира.

Вместе с тем, согласно ч. 1 ст. 2 Федерального закона «О рекламе», данный Закон применяется к отношениям в сфере рекламы независимо от места ее производства, если распространение рекламы осуществляется на территории Российской Федерации.

Соответственно, для применения норм Федерального закона «О рекламе» к рекламе, распространяемой в сети Интернет, а также для выработки требований к порядку распространения такой рекламы необходимо определить, где заканчиваются границы территории Российской Федерации в сети Интернет.

ФАС России полагает, что к рекламе, распространенной в русскоязычной части Всемирной сети — Рунете, т.е. на «виртуальной территории Российской Федерации», должна относиться реклама, размещенная на интернет-сайтах, зарегистрированных в доменных зонах, закрепленных для Российской Федерации, — .su, .ru и .rf, а также на русскоязычных страницах сайтов в иных зонах, если информация на данных страницах предназначена для потребителей в России⁷.

Вызывает вопрос возможность распространения норм Федерального закона «О рекламе» на рекламу, размещенную на сайтах, не относящихся к доменам Российской Федерации, а также определение предназначенности информации для потребителей в России.

Очевидно, что с учетом распространенности русского языка в мире для того, чтобы заявить о предназначенности сайта для потребителей в России, недостаточно того, чтобы информация на таком сайте размещалась на русском языке. В различных странах мира проживает огромное количество русскоговорящих людей, в Беларуси русский язык является одним из государственных языков, соответственно, при размещении рекламы на русском языке на сайтах, относящимся к доменам зарубежных стран, такая реклама может быть предназначена для жителей именно данных стран, а не России.

Вместе с тем представляется, что если реклама, размещаемая на сайтах в доменных зонах зарубежных государств, содержит призывы приобрести товар с указанием на возможность приобретения данного товара только в магазинах

⁶ Рассолов И. М. Право и Интернет. Теоретические проблемы. 2-е изд., доп. М. : Норма, 2009. 384 с.

⁷ Письмо ФАС России от 13.09.2012 № АК/29977 «О последних изменениях в требованиях к рекламе алкоголя» // URL: <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=1013>.

Российской Федерации, например путем размещения адресов магазинов исключительно в Российской Федерации, такая реклама может быть признана предназначенной для потребителей в России.

Кроме того, может быть признана предназначенной для потребителей в России реклама, размещаемая на сайтах в доменных зонах зарубежных государств, если на страницу с такой рекламой ведет гиперссылка от заголовка статьи с сайта в российской доменной зоне, если при этом об изменении страны принадлежности доменной зоны при гиперссылке не сообщается.

Так, например, с сайта www.kp.ru, на котором размещались заголовки новостей о событиях в России и отсутствовала реклама алкогольной продукции, при нажатии на заголовок новости происходило раскрытие запрашиваемой новости, однако при этом осуществлялась переадресация на сайт www.kp.md. На сайте <http://www.kp.md> размещались новости и иные материалы, содержащие сведения о событиях в Российской Федерации, в Нижнем Новгороде, при этом такие новости сопровождалась размещением рекламы алкогольной продукции — водки «Пять озер» и «Белая березка»⁸.

Указанные обстоятельства в своей совокупности позволяют сделать вывод, что реклама как информация не только формально размещалась на сайте в доменной зоне, относящейся к Молдове (.md), и была не просто доступна потребителям в России, но, по сути, была предназначена для потребителей в России и распространялась на территории России в сети Интернет. Соответственно, такая реклама попадает в сферу действия Федерального закона «О рекламе» и должна оцениваться на предмет соответствия требованиям данного Закона.

Стоит отметить, что не любая информация о товаре, услуге, которая распространяется в сети Интернет, является рекламой, так же как и не любая информация является рекламой в реальном пространстве.

Помимо того, что рекламой может признаваться только информация, которая отвечает признакам рекламы, указанным в ст. 3 Федерального закона «О рекламе», данный Закон также содержит указание на отдельные виды информации, которые сходны с рекламой, напоминают рекламу, однако таковой не являются. Данный подход применяется к оценке информации, распространяемой любыми способами и с помощью любых средств, в том числе при размещении в сети Интернет.

Так, согласно п. 3 ч. 2 ст. 2 Федерального закона «О рекламе» данный Закон не распространяется на справочно-информационные и аналитические материалы (обзоры внутреннего и внешнего рынков, результаты научных исследований и испытаний), не имеющие в качестве основной цели продвижение товара на рынке и не являющиеся социальной рекламой.

Соответственно, выдача поисковой системой перечня гиперссылок на различные источники информации (сайты, форумы и пр.) не является рекламой, поскольку выдача такого перечня является результатом обработки поискового запроса пользователя. При размещении подобных информационных сведений (результатов поискового запроса) такая задача рекламы, как формирование и поддержание интереса к конкретному юридическому лицу и его товару, услуге, не

⁸ По материалам ФАС России.



выполняется, поскольку однородная информация, размещенная среди таких же, однородных сведений о различных товарах не позволяет выделить какой-либо отдельный товар и сформировать к нему интерес.

Следовательно, предоставляемая поисковой системой по запросу пользователя информация не подпадает под понятие рекламы, т.к. целью распространения данной информации является непосредственный ответ системы на запрос о ее предоставлении, и на такую информацию не распространяются требования Федерального закона «О рекламе».

Однако когда на странице результатов поисковой выдачи, помимо результатов поиска, размещается также информация, направленная на привлечение внимания к конкретному товару и его выделение среди иных товаров (например, всплывающий баннер, информация с пометкой «реклама», размещенная посредством системы размещения контекстной рекламы), такая информация является рекламой.

Кроме того, информация, размещенная в справочно-каталожных изданиях, содержащая одинаковый набор сведений об организациях и сгруппированная по определенным рубрикам, носит справочно-информационный характер, поскольку направлена на извещение потребителей информации о существовании того или иного хозяйствующего субъекта и об осуществляемом ими виде деятельности. Содержание размещаемых сведений едино для всех лиц во всех разделах каталога, что позволяет выполнять задачи, поставленные перед издателями каталога, а именно: систематизировать информацию о хозяйствующих субъектах по разделам и рубрикам каталога для облегчения поиска организаций, занимающихся тем или иным видом деятельности.

Такая информация также не выполняет функции, стоящие перед рекламой, а именно формирование и поддержание интереса к конкретному юридическому лицу и его товару, а потому она тоже не признается рекламой. Указанное правило характерно как для справочников, каталогов печатного свойства, имеющих материальный носитель, так и для каталогов, размещаемых в сети Интернет.

Так, не относятся к рекламе однотипные сведения, наполняющие различные рубрики, размещаемые на сайтах объявлений, например, www.avito.ru, www.cian.ru, www.irr.ru и др. Сведения о товарах (об услугах), размещаемых на таких сайтах, предназначены для информирования посетителей сайта о возможности и об условиях их приобретения и не направлены на формирование и поддержание интереса к конкретному юридическому лицу и его товару, соответственно, на такую информацию положения Федерального закона «О рекламе» не распространяются.

Кроме того, не относятся к рекламе видеоролики, размещенные в специальных разделах специализированных сайтов, предоставляющих услуги видеохостинга (созданные для обеспечения возможности загружать и просматривать видео в браузере), например www.youtube.com, www.instagram.com. Такие сайты, по сути, выполняют функцию видеотеки, накопителя информации, они направлены в первую очередь на хранение информации, а не на формирование интереса к какому-либо лицу или товару.

Стоит также согласиться с мнением ФАС России, которая отмечает, что не является рекламой информация о производимых или реализуемых товарах, раз-

мещенная на официальном сайте производителя или продавца данных товаров, а также на страницах производителя или продавца данных товаров в социальных сетях в Интернете, если указанные сведения предназначены для информирования посетителей сайта или соответствующей страницы в социальной сети об ассортименте товаров, условиях их приобретения, о ценах и скидках, правилах пользования, также не является рекламой информация о хозяйственной деятельности компании, акциях и мероприятиях, проводимых данной компанией и т.п.⁹

Данный подход также нашел свое подтверждение в судебной практике, в частности в решениях по делам № А40-137704/16-147-1190, № А38-3231/2016 суды отметили, что на сайте организации представлена справочная информация об услугах, оказываемых данной организацией, их стоимости и пр. Представленные на странице данной компании сведения систематизированы, единообразны и не направлены на привлечение внимания к конкретному товару. Назначением данных сведений является информирование потребителей об оказываемых услугах в целях их правильного выбора. Размещенная на сайте информация не может расцениваться как реклама, поскольку такая информация размещена непосредственно на официальном сайте компании и предназначена для информирования посетителей сайта о ее деятельности.

По тем же основаниям не относятся к рекламе сведения, в том числе видео-, фотоматериалы, размещенные в социальных сетях на официальных страничках пользователей таких сетей, а также на страницах соответствующих групп и сообществ. На таких страницах пользователи могут добавлять, просматривать, комментировать записи страниц пользователей, излагать свое мнение, выражать свое отношение и пр. Такая информация также не направлена на выполнение функций рекламы.

Соответственно, не подпадает под понятие рекламы сайт производителя или продавца продукции или его страница в социальной сети, на которых в том числе будет приведен ассортимент производимых или реализуемых им товаров.

Вместе с тем в отдельных случаях, когда размещаемая на сайте или странице в социальной сети информация направлена не столько на информирование потребителей о деятельности организации или реализуемых товарах, сколько на выделение определенных товаров или самой организации среди однородных товаров, организаций (например, в виде всплывающего баннера), такая информация может быть признана рекламой.

Так, представляется, что к рекламе должен относиться, например, баннер с информацией о товаре (услуге), «закрепленный» в определенном месте на сайте, который остается на данном месте независимо от перехода на различные страницы сайта. В магазине могут размещаться плакаты с информацией об отдельных товарах — рядом со входом в магазин или в тематических отделах, у стеллажей с определенными товарами, данные плакаты выходят за рамки информирования о реализуемых товарах, предусмотренного законодательством о защите прав потребителей, и относятся к рекламе. Так и в магазине, представленном в сети Интернет (онлайн-магазине), может размещаться не только информация о това-

⁹ Письмо ФАС России от 13.09.2012 № АК/29977 «О последних изменениях в требованиях к рекламе алкоголя».



рах для потребителя, но также и иная информация, которая выделяет определенный объект рекламирования и формирует к нему интерес, — реклама. Такая реклама подпадает под действие Федерального закона «О рекламе» и должна соответствовать его требованиям.

Вместе с тем научный и практический интерес вызывает вопрос о границах рекламы в сети Интернет: в частности, должна ли относиться к рекламе только та информация об определенном товаре (услуге), которая содержится на баннере, размещенном на странице поисковой системы или новостного портала, или также еще и те сведения о таком товаре (услуге), которые присутствуют на странице в сети Интернет, на которую происходит переадресация при нажатии на баннер?

Данный вопрос важен, например, при оценке рекламы услуг, связанных с предоставлением кредита, на предмет соблюдения ч. 3 ст. 28 Федерального закона «О рекламе», согласно которой при размещении в рекламе услуг по предоставлению кредита хотя бы одного условия, влияющего на его стоимость, такая реклама должна содержать все остальные условия, определяющие полную стоимость кредита для заемщика и влияющие на нее. К условиям, влияющим на стоимость кредита для заемщика, относят в первую очередь условия о сумме, сроке кредита и ставке кредитования. Соответственно, если в рекламе банка о предоставлении кредита указывается ставка, по которой банк предлагает взять кредит, то должен быть указан и срок, на который необходимо взять кредит для получения его по данной ставке, а также сумма кредита, которую можно получить по данной ставке на данный срок. Однако при размещении такой рекламы в сети Интернет привлекательная ставка кредитования может размещаться непосредственно в поле контекстной рекламы на странице поисковой системы или в баннере на странице новостного портала, а вся иная обязательная информация — на странице рекламируемого банка, на которую происходит переадресация при нажатии на контекстную рекламу или баннер.

В отдельных судебных решениях по данному вопросу, например по делам № А21-3140/2012, № А40-21456/2011, суды склонны признавать такую страницу банка, на которую происходит переадресация, частью рекламного сообщения, мотивируя свое мнение особенностями распространения информации в сети Интернет и легкой возможностью пользователя получить весь объем информации об услугах банка путем перехода по гиперссылке.

Однако такая позиция судов представляется небезупречной. Реклама, по своей сути, это информация, которую ее получатель не ищет, не запрашивает, реклама появляется в поле зрения потребителя именно с целью привлечь к какому-либо объекту рекламирования, вызвать у потребителя интерес к такому объекту, сформировать желание воспользоваться таким объектом, приобрести его. Между тем контекстная реклама или реклама в виде баннера предлагает пользователю информацию о товарах, услугах, которую он не запрашивал, она размещается и появляется по желанию заказчика такой рекламы. Пользователь может не заинтересоваться подробно товарами и услугами, предлагаемыми в небольших по объему информации контекстной рекламе или баннере, однако запомнить товарный знак, бренд, название банка, отметить привлекательность предложения, в том числе обратить внимание на привлекательную ставку по кредиту и принять решение позже более внимательно оценить данный банк, его

услуги. Таким образом, в момент размещения на сайте контекстная реклама или баннер полностью выполняют свою функцию рекламы — знакомят потребителя с объектом рекламирования и заинтересовывают его более подробно изучить предлагаемые товары и услуги, именно поэтому такая информация должна признаваться рекламой, независимо от содержания страницы, на которую ведет гиперссылка. Так, в решениях по делу № А58-4839/2013 суды не признали нарушением оценку антимонопольным органом в качестве рекламы только информацию, размещенную на сайте.

Похожая позиция закреплена в постановлении Пленума ВАС РФ, в котором оцениваются требования к рекламе, связанной с привлечением денежных средств участников долевого строительства для строительства (создания) многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости. Такая реклама в силу ч. 7 ст. 28 Федерального закона «О рекламе» должна содержать сведения о месте и способах получения проектной декларации. При проверке соблюдения названных требований судам следует исходить из того, что реклама должна содержать указание на конкретный источник необходимой информации. Наличие у потребителей рекламы потенциальной возможности получить необходимую информацию, обратившись к рекламодателю по телефону, приведенному в рекламе, или при посещении его интернет-сайта не освобождает рекламодателя от исполнения обязанности, предусмотренной Федеральным законом «О рекламе»¹⁰.

Информация о товаре, размещенная на самом товаре, уже не реклама, в том числе поскольку потребитель уже знаком с товаром, может его оценить исходя из потребительских свойств — цель дополнительно привлечь к товару внимание потребителя уже отсутствует. Товары, реализуемые в магазине, не являются рекламой, равно как и услуги банка, предоставляемые в самом банке, не относятся к рекламе. Как уже отмечалось, сайт магазина в сети Интернет с информацией о реализуемых товарах не подпадает под понятие рекламы, равно как и сайт банка, содержащий сведения о предоставляемых услугах с указанием процентных ставок по вкладам, кредитам и иным описанием таких услуг. Поэтому переадресация на страницу магазина или банка с предлагаемыми товарами, услугами может рассматриваться как получение дополнительной к рекламе информации, но не как часть непосредственно рекламного сообщения. Зайти на сайт компании можно, заинтересовавшись рекламой, распространенной любым иным способом — в наружной рекламе, газете, телепрограмме. Особенностью сети Интернет является удобное перемещение между различными сайтами по гиперссылкам, между тем для иных способов распространения информации также все более характерным становится внедрение различного рода гиперссылок на страницы в сети Интернет — различных QR-кодов, штрих-кодов и т.п., которые позволяют в один «клик», в одно движение попасть на конкретную страницу товара, компании, банка в сети Интернет. При таких условиях сложно согласиться с правомерностью столь широкого толкования судами понятия рекламы в сети

¹⁰ Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона “О рекламе”» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12.



Интернет, в которую включаются и отдельные страницы на сайтах только в связи с удобством и скоростью получения дополнительной информации.

Федеральный закон «О рекламе» не содержит прямого указания на неотнесение требований данного Закона к отдельным видам информации, размещаемой в сети Интернет. К информации, распространяемой таким способом, применяются общие подходы, изложенные в данном Законе. Вместе с тем с учетом развития отношений, связанных с использованием сети Интернет, представляется необходимым непосредственно в законодательстве четко определить, какая информация в сети Интернет не относится к сфере применения Федерального закона «О рекламе».

Так, целесообразно в ст. 2 Федерального закона «О рекламе», определяющей перечень информации, на которую не распространяется действие Федерального закона «О рекламе» и которая, соответственно, не является рекламой, закрепить, что к такой информации относятся сведения, размещенные в сети Интернет на сайте производителя или продавца продукции или на его странице в социальной сети, предназначенные для определения условий деятельности данного лица, в том числе ассортимента производимых или реализуемых им товаров.

Следует также вывести из-под действия Федерального закона «О рекламе» ролики, размещенные в хранилищах фото- и видеоматериалов в сети Интернет, например на www.youtube.com.

Стоит отметить, что действующие нормы Федерального закона «О рекламе», устанавливающие требования к содержанию рекламы, в полном объеме распространяются на рекламу, размещаемую в сети Интернет. Такая реклама должна отвечать требованиям достоверности, этичности, корректности используемых сравнений, отсутствия введения в заблуждение и прочим общим требованиям, предъявляемым к рекламе любых товаров, а также требованиям к содержанию рекламы, установленным в отношении рекламы отдельных видов товаров, или запретам на размещение рекламы отдельных видов товаров недопустимыми способами.

Например, на рекламу алкогольной продукции, включая пиво, размещаемую в сети Интернет, распространяется запрет на использование в рекламе образов людей и животных. Соответственно, была признана ненадлежащей, нарушающей указанное положение Федерального закона «О рекламе», реклама пива «Балтика 7», распространявшаяся в сети Интернет на сайте www.baltika7.ru, которая содержала изображения бутылки пива «Балтика 7» на фоне городских пейзажей Москвы, Нью-Йорка, Санкт Петербурга, Лондона, Дубаи, Токио с использованием образов людей¹¹.

Примером может служить также запрет в ч. 10 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» на размещение рекламы в школьных дневниках. Вызывает вопрос относительно распространения данного запрета на электронные школьные дневники, которые ведутся на специальном портале (<http://web2edu.ru>) в сети Интернет. Нормы Федерального закона «О рекламе» не определяют форму школьных дневников, в которых запрещается распространение рекламы. Соответственно, данный запрет установлен для любой формы школьного дневника. Кроме того,

¹¹ URL: <http://solutions.fas.gov.ru/documents/88-312b8570-e701-4eaa-917a-151e8f28e352>.

предоставление информации о текущей успеваемости обучающегося, ведение электронного дневника и электронного журнала успеваемости включено в Сводный перечень первоочередных государственных и муниципальных услуг, предоставляемых органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления в электронном виде, а также услуг, предоставляемых в электронном виде учреждениями и организациями субъектов Российской Федерации и муниципальными учреждениями и организациями, утвержденный распоряжением Правительства РФ от 17 декабря 2009 г. № 1993-р¹². Кроме того, Минобрнауки России в отдельных письмах (например, от 05.11.2013 № 08-ПГ-МОН-28638, от 15.02.2012 № АП-147/07¹³) также указывает на такую форму ведения школьного дневника, как электронный дневник. Учитывая, что законодательством Российской Федерации предусмотрена возможность предоставления информации о текущей успеваемости обучающегося в форме ведения электронного дневника и электронного журнала успеваемости, следует признать, что норма ч. 10 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» также запрещает распространять рекламу на портале в сети Интернет, являющемся в том числе электронным дневником и электронным журналом успеваемости.

Еще одним способом получения информации, распространяемой в сети Интернет, являются различные мобильные приложения для мобильных устройств, которые приобретают всё большую популярность. Если при использовании мобильных приложений пользователь мобильного устройства получает информацию о каком-либо товаре, загружаемую из сети Интернет при использовании такого приложения, то такую информацию следует расценивать как рекламу данного товара, распространяемую в сети Интернет, и к такой рекламе применяются ограничения для рекламы товаров, запрещенных к распространению в сети Интернет. В частности, таким образом не допускается распространение рекламы алкогольной продукции, поскольку реклама таких товаров запрещается в сети Интернет в силу п. 8 ч. 2 ст. 21 Федерального закона «О рекламе».

Вместе с тем технологии продолжают развиваться, и способы распространения такого вида информации, как реклама, становятся всё более разнообразными. Возможности, предоставляемые Интернетом для получения информации, требуют более внимательного отношения к тем требованиям, которые стоит предъявлять к рекламе в сети Интернет. Принимая во внимание широту влияния сети Интернет на все сферы нашей жизни, простоту получения дополнительной информации в сети Интернет путем активации гиперссылки, целесообразно разработать специальные требования для такого способа распространения рекламы, как реклама в сети Интернет, которые отразили бы соотношение необходимости доведения необходимой информации и защиту пользователей от искажения предоставляемой информации.

¹² Распоряжение Правительства РФ от 17.12.2009 № 1993-р «Об утверждении сводного перечня первоочередных государственных и муниципальных услуг, предоставляемых в электронном виде» // СЗ РФ. 2009. № 52. Ст. 6626.

¹³ Письмо Минобрнауки России от 15.02.2012 № АП-147/07 «О методических рекомендациях по внедрению систем ведения журналов успеваемости в электронном виде» // Администратор образования. 2012. № 14.



БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Рассолов И. М.* Право и Интернет. Теоретические проблемы. — 2-е изд., доп. — М. : Норма, 2009.
2. *Рустамбеков И. Р.* Об определении правового понятия сети Интернет // Информационное право. — 2015. — № 3.

ПРАВО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОРГАНА НА ОБЖАЛОВАНИЕ В СУД ТОРГОВ И СДЕЛОК, ЗАКЛЮЧЕННЫХ ПО ИХ РЕЗУЛЬТАТАМ

Аннотация. Полномочия антимонопольного органа по обращению в суд с иском являются на определенном этапе единственным действенным механизмом, способным пресечь нарушение и восстановить баланс отношений и права участников гражданского оборота, например в случаях, когда договор по результатам торгов заключен. Цели и задачи обращения антимонопольного органа в суд с указанным требованием связаны с публичными ценностями защиты конкуренции.
Ключевые слова: конкуренция, антимонопольный орган, право на иск, признание торгов недействительными.



**Артем Владимирович
МОЛЧАНОВ,**

преподаватель кафедры
конкурентного права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
начальник Правового
управления ФАС России
artemv-m@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.093-100

A. V. MOLCHANOV,

lecturer of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law University
(MSAL), Head of the legal Department of the FAS of Russia
artemv-m@yandex.ru

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

THE RIGHT OF THE ANTIMONOPOLY AUTHORITY TO APPEAL TO THE COURT OF THE TENDER AND DEALS CONCLUDED BY THEIR RESULTS

Review. The powers of the competition authority appeal to the court are at a certain stage the only effective mechanism to stop the violation and to restore the balance of relations and the rights of participants of civil turnover, for example, in cases where the contract by results of the tender concluded. Goals and objectives for the treatment of Antimonopoly service in court with the specified requirement associated with public values for the protection of competition.

Keywords: competition, Antimonopoly authority, the right to a lawsuit, the recognition of the tender invalid.

В условиях современной экономики антимонопольное регулирование приобретает всё большее значение. Система запретов и ограничений для участников гражданского оборота основана на положениях Конституции Российской Федерации, определившей конкуренцию в качестве одной из конституционных ценностей.

С. А. Пузыревский отмечает, что юридическое равенство участников гражданских правоотношений при наличии экономического неравенства хозяйствующих



субъектов на товарном рынке превращается в полную фикцию и не может быть реализовано. Мерами гражданско-правового регулирования указанную ситуацию в полной мере исправить невозможно. Поэтому для обеспечения подлинного равенства участников рыночных отношений включаются механизмы публично-правового регулирования, содержащиеся в системе антимонопольного законодательства¹.

Защита конкуренции, в том числе недопущение и пресечение нарушений, последствием которых является или может являться ограничение, устранение, недопущение конкуренции, осуществляется посредством норм антимонопольного законодательства.

Так, целями Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Согласно ст. 22 Закона о защите конкуренции функции выявления нарушений антимонопольного законодательства, принятия мер по прекращению нарушения антимонопольного законодательства и привлечения к ответственности за такие нарушения возложены на антимонопольный орган, которым в Российской Федерации является Федеральная антимонопольная служба. Антимонопольное законодательство предоставляет антимонопольному органу достаточно широкий объем функций и полномочий, обеспечивающий достижение заданных целей регулирования.

Применение механизмов антимонопольного контроля, к которым в целом можно отнести выдачу предупреждения, возбуждение и рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства, выдачу предписания, обращение в суд с иском, должно быть основано на принципах эффективности принимаемых мер. Эффективность достигается в том случае, если принимаемые меры реагирования являются адекватными выявленному нарушению или его признакам, способны пресечь нарушение, предотвратить его совершение, устранить признаки и (или) условия его совершения.

Еще один важный вопрос при применении таких механизмов — сфера общественных отношений, в которых антимонопольное регулирование возможно, целесообразно и необходимо. К системе таких отношений, где защита конкуренции и прав участников гражданского оборота могут и должны осуществляться нормами конкурентного права и антимонопольного законодательства, относятся отношения по организации и проведению торгов.

Традиционно торги рассматриваются как способ заключения договора. Несмотря на то что в Гражданском кодексе РФ, да и, собственно, в ином федеральном законодательстве, отсутствует легальное определение торгов, отнесение того или иного способа заключения договора к торгам осуществляется исходя из совокупности признаков, которые определены в ст. 447—449.1 ГК РФ.

Вместе с тем торги уже давно перестали быть только способом заключения договора.

¹ Пузыревский С. А. Некоторые аспекты определения отраслевой самостоятельности конкурентного права // Юрист. 2016. № 1. С. 20—26.

Как отмечает О. А. Беляева, следует констатировать, что институт торгов в наши дни приобрел межотраслевой характер: с определенными особенностями он применяется не только в гражданском праве, но и за его пределами. Торги — это универсальная модель приобретения различного рода прав².

Такое развитие институт торгов получил именно благодаря своим признакам. Основным признаком торгов является их состязательный или конкурентный характер.

Так, М. И. Брагинский выделял два обязательных признака конкурса: состязательность и публичность³.

Л. Ф. Гатаулина отмечает, что именно торги позволяют максимально использовать механизм конкуренции и состязательности участников, достигать наиболее выгодных результатов, выдвигая более жесткие требования и условия по гарантиям исполнения, что и отвечает юридической природе торгов⁴.

По мнению М. Е. Куклы, основными функциями торгов являются контрольная функция и функция экономической эффективности. Необходимыми и достаточными принципами торгов являются принципы конкуренции, прозрачности, равенства и недискриминации (равного справедливого отношения к участникам торгов), обоснованности, подотчетности и ответственности⁵.

Предназначение торгов как важного фактора обеспечения конкуренции нашло свое отражение и в судебной практике.

Например, в постановлении Высшего Арбитражного Суда РФ от 5 апреля 2011 г. № 14686/10 по делу № А13-10558/2008 сформулирована позиция о том, что в тех случаях, когда требуется проведение конкурса, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, его непроведение (за исключением случаев, допускаемых законом) не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении конкурса в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо права ведения деятельности на нем.

В постановлении Президиума ВАС РФ от 29.11.2011 № 8799/11 по делу № А66-7056/2010 в отношении не только конкурса, но торгов вообще делается такой же вывод.

Следует обратить внимание на то, что в данном случае запрет на непроведение торгов сформулирован как запрет *per se*, т.е. как не требующий доказывания негативных последствий или потенциальных негативных последствий для конкуренции. Суд отмечает, что непроведение торгов само по себе не может не влиять на конкуренцию.

² Беляева О. А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012. С. 9.

³ Брагинский М. И. Конкурс // Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга пятая : в 2 т. М. : Статут, 2006. Т. 2 : Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари. С. 512—566.

⁴ Гатаулина Л. Ф. Торги как способ заключения государственного и муниципального контракта // Конкурентное право. 2014. № 2.

⁵ Кукла М. Е. Заключение договора на торгах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 9.



Таким образом, торги являются не только универсальным способом приобретения прав, но и универсальным способом обеспечения и развития конкуренции.

С учетом значения торгов как механизма обеспечения и развития конкуренции Законом о защите конкуренции антимонопольному органу предоставлена система полномочий по пресечению и предотвращению нарушений в этой сфере, к которым относятся: рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства с возможностью выдачи предписания (гл. 9 Закона о защите конкуренции); рассмотрение жалобы с возможностью приостановления проведения торгов в период такого рассмотрения и полномочиями по выдаче предписания по итогам рассмотрения, в том числе об аннулировании торгов (ст. 18.1 Закона о защите конкуренции); обращение в суд с иском о признании недействительными торгов и сделок, заключенных по их результатам (ст. 17 Закона о защите конкуренции).

Полномочия антимонопольного органа по обращению в суд с иском являются на определенном этапе единственным действенным механизмом, способным пресечь нарушение и восстановить баланс отношений и права участников гражданского оборота, например, в случаях, когда договор по результатам торгов заключен и принятие таких мер антимонопольного реагирования, как выдача предписания, уже невозможно, а значит, невозможно и рассмотрение жалобы в порядке «короткой» процедуры, предусмотренной ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, и не так эффективно рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в порядке гл. 9 Закона о защите конкуренции.

Итак, в соответствии с ч. 4 ст. 17 «Антимонопольные требования к торгам, запросу котировок, запросу предложений» Закона о защите конкуренции нарушение правил, установленных указанной статьей, является основанием для признания судом соответствующих торгов, запроса котировок, запроса предложений и заключенных по результатам таких торгов, запроса котировок, запроса предложений сделок недействительными, в том числе по иску антимонопольного органа.

В пункте 6 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции также предусмотрено, что антимонопольный орган имеет полномочия по обращению в арбитражный суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе с исками о признании недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству, о признании торгов недействительными.

Следует отметить, что, обращаясь с исковым заявлением с указанными требованиями, антимонопольный орган реализует функцию по защите публичного интереса, которым в данном случае выступает конкуренция как охраняемое законом публичное благо. Антимонопольный орган не является стороной отношений и не имеет своего имущественного интереса, следовательно, не должен доказывать заинтересованность обращения в суд нарушением своих материальных прав. В данном случае находит свое отражение реализация механизмов публично-правовой защиты.

Таким образом, цели и задачи обращения антимонопольного органа в суд с указанным требованием о признании недействительными торгов и сделок понятны и связаны с публичными ценностями защиты конкуренции.

Вместе с тем при обращении антимонопольного органа в суд с соответствующими требованиями возникает несколько вопросов.

В первую очередь необходимо обратить внимание на то, что антимонопольный орган при обращении в суд не связан необходимостью предварительного рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и признания факта нарушения.

Более того, в условиях, когда по результатам торгов заключается соответствующий договор, рассмотрение антимонопольным органом в обязательном порядке дела о нарушении антимонопольного законодательства может означать потерю оперативности принятия соответствующих мер реагирования на нарушение законодательства. Такая оперативность может быть достигнута как раз путем обращения в суд и, в случае необходимости, заявления требований о принятии обеспечительных мер, например запрета на совершение действий по исполнению договора сторонами.

Анализ правоприменения антимонопольными органами вышеуказанных норм показывает, что за период с 2012 г. по август 2016 г. в арбитражные суды было подано 253 иска о признании торгов и заключенных по результатам таких торгов сделок недействительными. Из них 226 исков подано на основании решения, вынесенного по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства (например, дела № А62-4812/2015, А74-546/2015, А45-6854/2013, А55-10026/2016). В остальных случаях антимонопольный орган обращался в суд либо до вынесения решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства (например, дела № А55-25861/2014, А74-8906/2015), либо без возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства (например, № А28-5768/2015, А73-375/2015, А73-965/2015, А75-2830/2014, А15-4598/2015, А76-11583/2015).

Во-вторых, при обращении в суд антимонопольный орган обязан учитывать положения гражданского законодательства относительно сроков давности.

Так, в соответствии с п. 1 ст. 449 ГК РФ торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица в течение одного года со дня проведения торгов. Указание в данной норме на возможность признания торгов недействительными решением суда свидетельствует о распространении на указанные отношения правил признания недействительными оспоримых сделок.

Данная позиция также следует из п. 44 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», согласно которому споры о признании торгов недействительными рассматриваются по правилам, установленным для признания недействительными оспоримых сделок. Если лицо полагает, что сделка, заключенная на торгах, недействительна, оно вправе оспорить указанную сделку.

Согласно п. 2 ст. 449 ГК РФ признание торгов недействительными влечет недействительность договора, заключенного с лицом, выигравшим торги, и применение последствий, предусмотренных ст. 167 ГК РФ.

В соответствии с ч. 1 ст. 200 ГК РФ, если законом не установлено иное, течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком



по иску о защите этого права. Следует обратить внимание, что п. 1 ст. 449 ГК РФ содержит прямое указание на начало течения срока давности в случае обращения в суд с иском о признании торгов недействительными — в течение одного года со дня проведения торгов.

В соответствии с абз. 2 ч. 2 ст. 199 ГК РФ истечение срока исковой давности является самостоятельным основанием для отказа в иске (п. 26 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 12 и 15 ноября 2001 г. № 15/18 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности»).

От требований о признании недействительными торгов, запроса котировок, запроса предложений и заключенных по их результатам сделок необходимо отличать требования о применении последствий недействительности ничтожной сделки и о признании такой сделки недействительной. Такие требования могут быть заявлены антимонопольным органом, например, при обращении в суд с иском о признании недействительным договора, заключенного без проведения торгов, когда обязательность проведения торгов предусмотрена законодательством Российской Федерации, и основаны на положениях п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Согласно п. 1 ст. 181 ГК РФ срок исковой давности по требованиям о применении последствий недействительности ничтожной сделки и о признании такой сделки недействительной составляет три года. Течение срока исковой давности по указанным требованиям начинается со дня, когда началось исполнение ничтожной сделки, а в случае предъявления иска лицом, не являющимся стороной сделки, со дня, когда это лицо узнало или должно было узнать о начале ее исполнения. При этом срок исковой давности для лица, не являющегося стороной сделки, во всяком случае не может превышать 10 лет со дня начала исполнения сделки.

Судами по данной категории дел применяется правовой смысл разъяснения, содержащегося в п. 8 постановления Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 № 15 (ред. от 25.01.2013) «О некоторых вопросах участия прокурора в арбитражном процессе», согласно которому при рассмотрении исков прокурора о признании сделки недействительной и о применении последствий недействительности ничтожной сделки необходимо исходить из того, что начало течения срока исковой давности определяется по правилам гражданского законодательства таким же образом, как если бы за судебной защитой обращалось само лицо, право которого нарушено.

По мнению судов, другой подход к исчислению сроков исковой давности при обращении в суд антимонопольного органа в защиту публичных интересов приводил бы к недопустимому выводу об иной, повышенной правовой защищенности указанных интересов по сравнению с частными интересами, защищаемыми посредством предусмотренных законодательством исков, в отношении которых в качестве средства встречной процессуальной защиты допустимо применение положений об исковой давности.

Еще один вопрос, который требует разъяснения при обращении антимонопольного органа в суд, — необходимость соблюдения претензионного порядка урегулирования спора.

Так, в соответствии с п. 8 ч. 2 ст. 125 Арбитражного процессуального кодекса РФ в исковом заявлении должны быть указаны сведения о соблюдении истцом претензионного или иного досудебного порядка. В свою очередь, в соответствии

с п. 7 ч. 1 ст. 126 АПК РФ к исковому заявлению прилагаются документы, подтверждающие соблюдение истцом претензионного или иного досудебного порядка, за исключением случаев, если его соблюдение не предусмотрено федеральным законом. Согласно п. 5 ч. 1 ст. 129 АПК РФ арбитражный суд возвращает исковое заявление, если при рассмотрении вопроса о принятии заявления установит, что истцом не соблюден претензионный или иной досудебный порядок урегулирования спора с ответчиком, если такой порядок является обязательным в силу закона.

Очевидно, что антимонопольный орган при обращении в суд реализует свои публичные правомочия, не защищает собственный имущественный интерес и не является стороной договора.

В связи с этим какой-либо досудебный или претензионный порядок не может быть им реализован. Более того, в силу своего публичного статуса антимонопольный орган обладает лишь теми полномочиями, которые закреплены Законом о защите конкуренции, а они не предусматривают какого-либо претензионного или досудебного порядка.

Соответствующая правовая коллизия возникла в судебной практике при рассмотрении дел с участием антимонопольного органа.

В этой связи прецедентное значение имеет постановление Арбитражного суда Центрального округа от 27.03.2017 по делу № А35-10561/2016. Так, суд отметил, что претензионный порядок урегулирования спора свойственен гражданским правоотношениям, в которых участники (стороны договора) равны между собой в договорных правоотношениях. Закон о защите конкуренции, определяющий перечень действий антимонопольного органа при исполнении государственной функции по признанию недействительными торгов, проведенных с нарушением антимонопольного законодательства, равно как и иные федеральные законы и административные регламенты, не предусматривает досудебный порядок урегулирования антимонопольных споров, в частности направление претензии до обращения в суд с заявлением о признании незаконными заключенных по результатам таких торгов сделок. Поскольку в рассматриваемом деле антимонопольный орган не является стороной материального правоотношения, а выступает в защиту публичных интересов неопределенного круга лиц, лишенных права на участие в торгах, правила о необходимости принятия мер по досудебному урегулированию спора на него не должны распространяться.

Последний, пожалуй, аспект, который необходимо обсудить, это пределы полномочий антимонопольного органа по обжалованию торгов. Все ли торги могут быть оспорены в суде таким истцом?

Необходимо обратить внимание на то, что Федеральным законом от 03.07.2016 № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» ч. 4 ст. 17 Закона о защите конкуренции дополнена положением, предусматривающим, что антимонопольный орган вправе в соответствии с указанной частью обратиться в суд с иском о признании торгов, запроса котировок, запроса предложений и заключенных по результатам таких торгов запроса котировок, запроса предложений сделок недействительными при условии, что проведение таких торгов, запроса котировок, запроса предложений является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации.



Таким образом, ч. 4 ст. 17 Закона о защите конкуренции в действующей редакции определяет основания для признания торгов недействительными, а именно нарушение правил, установленных указанной статьей, а также ограничивает право на обращение антимонопольного органа в суд только случаями обязательности торгов, запроса котировок и запроса предложений.

Указанные изменения полностью соответствуют задачам и функциям антимонопольного органа в указанной сфере отношений. Устанавливая обязательность проведения торгов, законодатель определяет, что именно в данной сфере отношений торги являются необходимым механизмом обеспечения и развития конкуренции, следовательно, их непроведение будет затрагивать и нарушать публичные интересы, в частности интересы защиты конкуренции.

Следовательно, именно в таких и только в таких случаях антимонопольный орган в защиту публичного интереса имеет право и полномочия по обращению в суд с иском о признании недействительными торгов и заключенных по их результатам сделок.

Рассмотренные аспекты правового регулирования участия антимонопольного органа в суде, в том числе право на обращение в суд с иском о признании недействительными торгов и заключенных по их результатам сделок, свидетельствуют о высокой эффективности такого механизма антимонопольного контроля.

Вместе с тем практика его применения не настолько широка, возможно, в связи со сложностью сбора доказательств и подготовки к участию в суде (особенно в тех случаях, когда антимонопольный орган обращается в суд без предварительного рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства) и необходимостью большей определенности по вопросам, обозначенным в настоящей статье.

Вместе с тем в условиях, когда по результатам проведенных с нарушением правил конкуренции торгов реально состоялось заключение договора, обращение антимонопольного органа с иском в суд является, пожалуй, единственным действенным механизмом, способным восстановить нарушенные права участников экономических отношений и пресечь нарушение конкурентных условий функционирования рынка.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Беляева О. А.* Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2012.
2. *Брагинский М. И.* Конкурс // Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга пятая : в 2 т. — М. : Статут, 2006. — Т. 2 : Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари.
3. *Гатаулина Л. Ф.* Торги как способ заключения государственного и муниципального контракта // Конкурентное право. — 2014. — № 2.
4. *Кукла М. Е.* Заключение договора на торгах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007.
5. *Пузыревский С. А.* Некоторые аспекты определения отраслевой самостоятельности конкурентного права // Юрист. — 2016. — № 1.

Трибуна молодого ученого

ПРОБЛЕМЫ И ПРОТИВОРЕЧИЯ КВАЛИФИКАЦИИ В КАЧЕСТВЕ СОГЛАСОВАННЫХ ДЕЙСТВИЙ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ И МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

Аннотация. В статье рассмотрены вопросы толкования и квалификации согласованных действий между органами власти, а также между органами власти и хозяйствующими субъектами. Предлагается точка зрения, согласно которой органы власти неспособны осуществлять согласованные действия, поскольку не являются участниками товарного рынка. По этой причине признаки согласованных действий, в настоящее время предусмотренные антимонопольным законодательством, применимы исключительно для квалификации поведения хозяйствующих субъектов, а не органов власти. В основе конструкции «согласованные действия» находится совершение однородных, одинаковых действий, а это возможно лишь при условии обладания участниками таких действий единого статуса. Между тем орган власти и хозяйствующий субъект имеют совершенно разную структуру, цели и задачи своей деятельности, в связи с чем согласование между ними правил рыночного поведения невозможно.

Ключевые слова: конкуренция, согласованные действия, органы государственной власти и местного самоуправления, антимонопольное законодательство.



**Денис Александрович
ПЛЕХАНОВ,**

аспирант кафедры
конкурентного права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)
d.plehanov22@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.101-106

D. A. PLEKHANOV,

Postgraduate Student of Competition law chair
at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
d.plehanov22@yandex.ru

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

PROBLEMS AND CONTRADICTIONS OF QUALIFYING AS COORDINATED ACTION OF GOVERNMENT BODIES AND REGIONAL (LOCAL) AUTHORITIES

Review. The present article concerns on some issues of interpretation and qualification of coordination between state and local bodies, and also between enterprises and state and local bodies. Point of view about impossibil-

ТРИБУНА МОЛОДОГО
УЧЕНОГО



© Д. А. Плеханов, 2017

ity state (local) bodies to coordinate because of their irrelevance to market is given. That is why we made a conclusion that features of coordination which are given in antimonopoly legislation concerns only to activity of enterprises, not to activity of state and local bodies. The structure «coordination» means performing the same, similar actions, but this is possible only when actors have an single status. State body and enterprise have different structure, aims and missions, coordination about market activity between them is impossible.

Keywords: *competition, coordination, state and local bodies, antimonopoly legislation.*

Идея о построении эффективной рыночной экономики, повышении уровня благосостояния населения, рациональном распределении бюджетных ассигнований имеет шанс на практическое внедрение исключительно в условиях неукоснительного соблюдения всеми органами государственной власти и местного самоуправления (далее — органы власти) норм антимонопольного законодательства.

Парадокс данного суждения заключается в допущении мысли о возможности несоблюдения органами власти антимонопольных требований, что входит в явное противоречие с природой, функциями, целями и задачами таких органов.

Вместе с тем Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹ (далее — Закон о защите конкуренции) содержит широкий спектр запретов в отношении неправомερных действий органов власти, в том числе запрет на совершение согласованных действий и заключение антиконкурентных соглашений органами власти как между собой, так и с хозяйствующими субъектами.

В этой части структура ст. 16 Закона о защите конкуренции вызывает ряд вопросов, усугубляющихся недостатками понятийного аппарата. Прежде всего, Закон о защите конкуренции не содержит определения согласованных действий органов власти, а вопрос о том, применимы ли по аналогии признаки согласованных действий, определенные ст. 8 данного Закона, является спорным.

В соответствии со ст. 8 Закона о защите конкуренции согласованными действиями хозяйствующих субъектов являются действия таких субъектов на товарном рынке при отсутствии соглашения, удовлетворяющие совокупности следующих условий:

- 1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов;
- 2) действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий;
- 3) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.

¹ Российская газета. № 162. 27.07.2006.

В отсутствие легального понятия «согласованные действия органов государственной власти и местного самоуправления» суды считают возможным при квалификации действий органов власти применить по аналогии положения ст. 8 Закона о защите конкуренции.

Например, из обстоятельств дела следовало, что антимонопольный орган вынес решение о признании администрации Кинешемского муниципального района (далее — Администрация), комитета Ивановской области по транспорту (далее — Комитет), индивидуального предпринимателя А. С. Масленникова (далее — Предприниматель) нарушившими п. 4 ст. 16 Закона о защите конкуренции в части осуществления согласованных действий, в результате которых на протяжении длительного периода перевозка пассажиров по регулярным маршрутам осуществлялась Предпринимателем, допущенным к регулярным пассажирским перевозкам по маршрутам «г. Кинешма АС — д. Журихино АС», «г. Кинешма АС — г. Наволоки АС — сан. им. Станко АС» без предшествующей процедуры конкурсного отбора перевозчика.

При рассмотрении дела было установлено, что полномочия по заключению договоров на осуществление регулярных пассажирских перевозок по данным пригородным (межмуниципальным) маршрутам предоставлены Комитету. Заключив 30.04.2009 без проведения конкурсного отбора перевозчиков договор на организацию и осуществление перевозок пассажиров на указанных пригородных регулярных маршрутах, Администрация и Предприниматель осознавали отсутствие правовых оснований для этого, однако продолжали осуществлять согласованные действия по его исполнению. С 01.08.2008 по 28.04.2011 Комитет реализовывал полномочия организатора перевозок на межмуниципальных (пригородных) маршрутах.

Комитет располагал информацией о том, что Администрация исполняла договор от 30.04.2009, заключенный с Предпринимателем, стороной которого она быть не могла. Комитет не предпринимал действий по исправлению данной ситуации и сам продолжал организовывать транспортное обслуживание на маршруте «г. Кинешма АС — д. Журихино».

Из писем Комитета от 11.10.2010 № 1966/01-09 и Администрации от 26.10.2010 № 1913 следует, что Комитет и Администрация осознавая, что спорные маршруты имеют статус межмуниципальных, исходя из обоюдного и субъективного подхода, осуществили передачу маршрутов «г. Кинешма АС — д. Журихино АС», «г. Кинешма АС — г. Наволоки АС — сан. им. Станко АС» в реестр внутримunicipальных маршрутов Кинешемского района без легального изменения их статуса и территории прохождения; сложившаяся практика взаимоотношений между Администрацией и Комитетом позволила последнему не организовывать конкурсный отбор перевозчиков на данных маршрутах, ссылаясь на то, что они переданы в ведение Кинешемского муниципального района. Администрация, в свою очередь, руководствуясь тем, что статус маршрутов не изменен и у Предпринимателя имеются договоры с Комитетом, также не проводила конкурсный отбор, пользуясь тем, что обязанность по его проведению возложена на Комитет. Наличие дублирующих друг друга договоров позволило формально снять обязанность по организации конкурсного отбора перевозчиков и с Комитета, и с Администрации, чем создало для



Предпринимателя благоприятные условия хозяйственной деятельности в отсутствие конкуренции.

Однако суды пришли к выводу об отсутствии в действиях Администрации, Комитета и Предпринимателя признаков согласованности, взаимообусловленности, направленности на достижение результата, который соответствует интересам каждого из субъектов².

Данное судебное разбирательство представляет интерес с точки зрения определения признаков согласованных действий органов власти. Суд первой инстанции отметил, что в отсутствие понятия «согласованные действия органов государственной власти и местного самоуправления» в силу субъектного состава отношений, попадающих в сферу действия Закона о защите конкуренции, «...к правоотношениям, определенным в статье 16 данного Закона, применимы по аналогии положения статьи 8 Закона № 135-ФЗ, поскольку данная норма относится к числу общих положений (глава 1 Закона № 135-ФЗ), что позволяет распространить ее действие на отношения, связанные с защитой конкуренции, в которых участвуют федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации»³.

Применив в порядке аналогии ст. 8 Закона о защите конкуренции, суд определил согласованные действия как модель группового поведения; такие действия предполагают совершение его (поведения) участниками сознательных, согласованных, взаимообусловленных действий (не зависящих от внешних условий функционирования конкретного товарного рынка), направленных на достижение результата, который соответствует интересам каждого из участников. Сама по себе совокупность действий, не отвечающих вышеназванным признакам, даже в случае, если они приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, не может быть рассмотрена как согласованные действия и не может свидетельствовать о нарушении п. 4 ст. 16 Закона № 135-ФЗ.

На наш взгляд, признаки согласованных действий, предусмотренные ст. 8 Закона о защите конкуренции, не могут быть применены к согласованным действиям с участием органов власти.

1. Результат таких действий изначально не может соответствовать интересам органа государственной власти и местного самоуправления.

Упомянув о согласованных действиях между хозяйствующими субъектами, мы должны признать, что получение антиконкурентного результата в виде повышения (понижения) цены, раздела рынка и др. свойственно именно хозяйствующим

² См.: постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 17.10.2012 по делу № А17-9691/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Арбитражного суда Ивановской области от 06.04.2012 по делу № А17-9691/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

субъектам, поскольку позволяет обеспечить им устойчивое, независимое от конкурентов получение прибыли.

Ситуация изменится с появлением в данной цепочке органа власти.

Дело в том, что цели, задачи, функции органа власти жестко регламентированы соответствующими правовыми актами. Если целью хозяйствующего субъекта является получение максимальной прибыли, то интерес органа власти, если можно так выразиться, заключается в неукоснительном соблюдении закона и приведении регулируемых процессов в соответствие с законом. По этой причине интересы хозяйствующего субъекта в принципе не могут соответствовать интересам органа власти.

2. На этом же основании публичное заявление хозяйствующего субъекта о планируемом поведении не может привести к осуществлению органом власти согласованных с ним действий.

Строго говоря, понятие «согласованные действия» по своему смыслу означает *согласование однородных, одинаковых действий*. Именно такой смысл заложен в ст. 8 Закона о защите конкуренции, когда имеет место публичное заявление одного хозяйствующего субъекта о планируемом поведении, к которому *присоединяются другие участники товарного рынка, но в отсутствие соглашения, договоренности между ними*. Как известно, отказ от самостоятельных действий является одним из признаков ограничения конкуренции согласно ст. 4 Закона о защите конкуренции.

В этом смысле орган власти не способен, например, согласованно с хозяйствующим субъектом повышать, понижать и (или) удерживать цены на товары, работы, услуги, обращающиеся на товарном рынке, осуществить раздел товарного рынка.

Как следует из решения суда кассационной инстанции⁴, заключенные мэрией города Архангельска с ООО «Архангельское транспортное предприятие-4» договоры свидетельствуют о том, что мэрия освободила общество от обязанности осуществлять пассажирские перевозки на маршрутах № 9, 75 автобусами большого и особо большого класса, т.е. стороны договорились о возможности осуществления перевозок на таких условиях, при которых победителем конкурса могло быть не общество, а иное лицо. Таким образом, фактически орган власти разрешил хозяйствующему субъекту осуществлять перевозки иными автобусами, по сравнению с теми, наличие которых являлось обязательным условием для победы в конкурсе; при этом победитель конкурса не имел требуемых автобусов и не осуществлял перевозочную деятельность с их использованием.

Антимонопольный орган и суды квалифицировали данные действия как согласованные и признали нарушение запрета ст. 16 Закона о защите конкуренции в этой части.

⁴ См.: постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.07.2012 по делу № А05-11241/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

Аналогичные обстоятельства рассматривались ФАС Северо-Западного округа в определении от 18.10.2012 по делу № А05-11243/2011.



На наш взгляд, в рассматриваемом случае речь идет о соглашении между органом власти и хозяйствующим субъектом, но не о согласованных действиях между ними. Об этом свидетельствует, помимо прочего, упоминание суда о «договоренности», которая является сущностным признаком именно соглашения.

Обобщая вышеизложенное, полагаем, что конструкция ст. 8 Закона о защите конкуренции непригодна для применения по аналогии к согласованным действиям с участием органов власти. В тех случаях, когда суды приходят к выводу о наличии согласованных действий между органом власти и хозяйствующим субъектом, по существу, речь идет об участии в антиконкурентном соглашении. Вместе с тем согласованные действия и антиконкурентные соглашения представляют собой совершенно разные и самостоятельные составы нарушения антимонопольного законодательства.

ОСНОВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУБЪЕКТОВ ЕСТЕСТВЕННЫХ МОНОПОЛИЙ

Аннотация. В целях реформирования естественных монополий в статье анализируются основы их правового регулирования. Результаты анализа свидетельствуют о том, что деятельность субъектов естественных монополий основывается на правах и свободах, установленных Конституцией Российской Федерации в отношении экономической деятельности. Кроме того, субъекты естественных монополий выполняют социальные функции, в связи с чем правовое регулирование их деятельности направлено на обеспечение социальных обязательств государства. Определение разумной меры ограничения экономической свободы в целях выполнения социальных обязательств является основополагающим принципом при правовом регулировании деятельности субъектов естественных монополий.

Ключевые слова: естественные монополии, конкуренция, свобода экономической деятельности, социальное государство, пределы ограничения прав.



**Илья Вячеславович
ТЮЛЕНЕВ,**

аспирант кафедры
конкурентного права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
консультант юридической
компании «Каменская &
партнеры»

ityulenev@me.com

125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.107-115

I. V. TYULENEV,

Postgraduate Student of Competition law chair at the Kutafin Moscow State Law
University (MSAL), Consultant at the Kamenskaya & Partners Law Firm
ityulenev@me.com

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

LEGAL REGULATION OF NATURAL MONOPOLIES

Review. In the article are analyzed the bases of legal regulation of natural monopolies with a view to reforming of the latter. The results of the analysis indicate that a functioning of the holders of natural monopolies based on the rights and freedoms established by the Constitution of the Russian Federation in respect of the economic activity. Besides the holders of natural monopolies play a social role therefore a legal regulation of their functioning is focused on an ensuring of the state's social obligations. The fundamental principle of a legal regulation of a functioning of the holders of natural monopolies is to define a reasonable effort of an abridgement of an economic freedom in order to an exercising the social obligations.

Keywords: natural monopoly, competition, freedom of economic activity, social welfare state, beyond the limitation of rights.



© И. В. Тюленев, 2017

Актуальность статьи обусловлена возросшим интересом к реформированию естественных монополий. К числу причин реформирования относят снижение уровня эффективности, а также необходимость развития конкуренции в условиях неблагоприятной внешнеэкономической и внешнеполитической конъюнктуры путем сокращения товарных рынков, законодательно признаваемых естественными монополиями, в то же время фактически имеющих конкурентный потенциал.

Кроме того, интерес связан с упразднением Федеральной службы по тарифам и передачей ее полномочий в Федеральную антимонопольную службу, которая выступает с инициативой реформирования основных положений регулирования деятельности субъектов естественных монополий¹.

Как следует из ежегодного доклада Федеральной антимонопольной службы о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2015 год², Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (далее — Закон о естественных монополиях) не отвечает тем требованиям, ради которых он принимался и, более того, вступает в противоречие с постоянно меняющимся гражданским и антимонопольным законодательством³.

Принимая во внимание имеющиеся недостатки в правовом регулировании деятельности субъектов естественных монополий, представляется необходимым проанализировать основы такого регулирования для системного усовершенствования законодательства.

Конституция Российской Федерации для любой отрасли законодательства и направления государственной политики играет главенствующую роль. А. В. Габов отводит положениям, закрепленным в Конституции РФ, значение фильтров, через которые определяется соответствие правового решения (нормы, акта правоприменения, акта реализации субъективного права) основам государственного строя⁴.

Так и нормативные положения, определяющие регулирование деятельности субъектов естественных монополий, проистекают из Конституции РФ и должны соответствовать ей. Согласно ст. 8 Конституции РФ⁵ экономической основой конституционного строя Российской Федерации является:

¹ См., например: Спецмундир для бойцов антимонопольного фронта // URL: <http://kommersant.ru/doc/3048936> (дата обращения: 11.02.2017) ; Конец эры национальных чемпионов // URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/articles/2015/11/27/618561-igor-artemev-rukovoditel-tarifnaya-politika-razvorachivaetsya-180-gradusov> (дата обращения: 11.02.2017) ; Монополии подталкивают к конкуренции // URL: <http://www.kommersant.ru/doc/2908111> (дата обращения: 19.08.2016) ; ФАС намерена упразднить естественные монополии // URL: <http://rg.ru/2016/03/24/v-fas-rasskazali-kakie-kompanii-lishatsia-statusa-estestvennyh-monopolij.html> (дата обращения: 19.08.2016).

² URL: <http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/report.html?id=1685> (дата обращения: 25.02.2017).

³ СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Габов А. В. Баланс конституционных принципов свободы экономической деятельности и социального государства (на примере правовых позиций Конституционного суда) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) // СПС «КонсультантПлюс».

- единство экономического пространства, которое предполагает системное и согласованное регулирование экономических отношений на всей территории Российской Федерации и, как отмечает Г. А. Гаджиева, по всей видимости, связано с исторически сложившимся государственным единством⁶;
- свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, направленное на исключение на территории Российской Федерации границ и ограничений, препятствующих перемещению товаров, услуг и финансовых средств, а также лиц, занимающихся экономической деятельностью;
- поддержка конкуренции, выражающаяся, в частности, в принятии мер по защите конкуренции от монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции;
- свобода экономической деятельности, т.е. беспрепятственная реализация прав, связанных с допустимой законом экономической деятельностью, по своему собственному усмотрению при отсутствии какого-либо вмешательства со стороны государства;
- многообразие форм собственности (частная, государственная, муниципальная и иные). Как указывает Г. Д. Садовникова, экономическая свобода возможна только в условиях охраны и защиты со стороны государства всех форм собственности, в том числе частной⁷.

Таким образом, статья 8 Конституции РФ закрепляет общие и необходимые права и свободы для занятия не запрещенной законом экономической деятельностью.

Как подчеркнул Президент Российской Федерации В. В. Путин в своем послании Федеральному Собранию 3 декабря 2015, «считаю свободу предпринимательства важнейшим экономическим и общественно значимым вопросом. Именно вот этим — свободой предпринимательства, расширением этой свободы предпринимательства — мы должны ответить на все ограничения, которые нам пытаются создать»⁸.

В свою очередь, ст. 34 Конституции РФ, иницируя в том числе свободное предпринимательство, закрепляет право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для экономической деятельности в условиях предупреждения, ограничения и пресечения монопольной деятельности и недобросовестной конкуренции.

Как отмечают И. Ю. Артемьев совместно с А. Г. Сушкевичем, в совокупности ст. 8 и 34 Конституции РФ содержат необходимые правовые условия для потенциального существования товарных рынков в состоянии конкуренции⁹. Положения, закрепленные в ст. 8 и 34 Конституции РФ, называют также конституционными принципами, выступающими основой правового регулирования отношений в сфере защиты конкуренции¹⁰.

Рассмотренные конституционные положения определяют общие принципы построения в Российской Федерации рыночной экономики, основанной на сво-

⁶ См.: Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики. М., 2004. С. 160.

⁷ Садовникова Г. Д. Комментарий к Конституции Российской Федерации // СПС «ГАРАНТ».

⁸ URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/50864> (дата обращения: 11.02.2017).

⁹ Конкурентное право России. М., 2012. С. 25.

¹⁰ Конкурентное право. М., 2015. С. 44.



боде экономической деятельности, конкурентном распределении ограниченных ресурсов, а также на недопущении монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

Соответственно, правовое регулирование деятельности субъектов естественных монополий не должно идти вразрез с рассмотренными принципами, предполагающими отсутствие государственного вмешательства в экономическую жизнь субъектов естественных монополий. Вместе с тем государство принимает деятельность субъектов естественных монополий в том числе как инструмент обеспечения социальной политики¹¹.

Так, согласно ст. 7 Конституции РФ Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. В Российской Федерации охраняются труд и здоровье людей, устанавливается гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты.

Стоит отметить, что указанный принцип социального государства не только пронизывает деятельность субъектов естественных монополий в рамках обеспечения социальной политики, но и влияет на регулирование всей экономической деятельности на территории Российской Федерации, в связи с чем принципы свободы экономической деятельности и социального государства действуют взаимосвязанно при регулировании экономики.

Как указывал О. Е. Кутафин, экономической основой конституционного строя Российской Федерации является социальное рыночное хозяйство, в рамках которого Российская Федерация обеспечивает свободу экономической деятельности, предпринимательства, труда, добросовестную конкуренцию и общественную пользу, чтобы регулирование государством хозяйственной жизни осуществлялось в интересах человека и общества, а экономические отношения строились на социальном партнерстве между человеком и государством, работником и работодателем, производителем и покупателем¹².

А. Г. Сушкевич, определяя цели российского конкурентного права, как законодательства наиболее существенно влияющего на свободу экономической деятельности, указывал, что оно имеет не только экономическую, но и социальную направленность¹³.

В свою очередь, С. М. Шахрай, рассуждая в аспекте «Российская Федерация — социальное государство», отмечает, что государство обязано построить такую систему распределения общественного богатства, которая обеспечит достойную жизнь и свободное развитие каждого гражданина, а также поддержку социально незащищенных слоев¹⁴.

¹¹ См. подробнее: Естественные монополии России. М., 2007. С. 79—86.

¹² См.: Конституционное право. М., 2007. С. 114—115.

¹³ Сравнительный анализ целей конкурентного права США, ЕС и России. М., 2015. С. 23.

¹⁴ Шахрай С. М. О Конституции : Основной Закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. М., 2013. С. 249.

Стоит добавить, что Конституционный Суд РФ также указывал, что Российская Федерация является правовым демократическим государством с социально ориентированной рыночной экономикой¹⁵.

Приведенные мнения свидетельствуют о том, что в соотношении принципов свободы экономической деятельности и социального государства свобода экономической деятельности является средством, направленным на обеспечение самой цели социального государства — защиты благополучия граждан и сохранения им нормальных условий для существования. Наличие такой цели обеспечивает признание со стороны государства эффективности рыночных механизмов распределения ограниченных ресурсов без соответствующего вмешательства, но в то же время является пределом свободы экономической деятельности.

Как пишет С. А. Пузыревский, «свобода экономической деятельности не предполагает полного и безграничного отказа от регулирования экономических отношений. В противном случае это может обернуться тотальным ущемлением и нарушением прав участников рыночных отношений»¹⁶.

О чем же идет речь? Ведь предполагается, что экономическая свобода и рыночные отношения — наиболее эффективный способ создания сбалансированного спроса и предложения на материальные ресурсы, в связи с чем государство, руководствуясь такими последствиями, напротив, обязано развивать свободу поведения на имеющихся товарных рынках, поддерживать формирование новых товарных рынков и ограничивать вмешательство публичных институтов в экономическую жизнь граждан и человека. Вместе с тем А. Г. Карапетов указывал, что «эта оценка, подкрепленная огромным эмпирическим багажом и разделяемая подавляющим числом экономистов, носит характер опровержимой презумпции»¹⁷.

Некоторые экономисты XX в. тесно связывали рыночные отношения с теорией естественного отбора Ч. Дарвина, согласно которой эволюция есть результат увеличения в популяции числа особей, обладающих максимальной приспособленностью (наиболее благоприятными признаками), в то время как количество особей с неблагоприятными признаками уменьшается. С другой стороны, критики дарвинизма указывают, что конкуренция на рынке вообще не имеет отношения к эволюции, а выступает скорее катализатором и «очистителем» видов, т.е. устраняет их регресс¹⁸. Так или иначе с указанной позиции рыночные механизмы могут приводить к неблагоприятным последствиям, связанным с «уменьшением численности популяции».

В свою очередь, К. Маркс отделял конкуренцию от промышленного соревнования, указывая, что конкуренция есть соревнование ради прибыли, в то время как целью промышленного соревнования является продукт¹⁹. Вывод К. Маркса

¹⁵ См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 20.07.2010 № 17-П.

¹⁶ Пузыревский С. А. Некоторые аспекты определения отраслевой самостоятельности конкурентного права // Юрист. 2016. № 1. С. 20—26.

¹⁷ Карапетов А. Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 171—172.

¹⁸ См.: Бушув В. В., Голубев В. С. Социоприродное развитие (эргодинамический подход). М., 2007.

¹⁹ См.: Маркс К. Нищета философии. Ответ на «Философию нищеты» г-на Прудона. М., 1987.



об отсутствии в конкуренции направленности на развитие продукции и о приоритете получения прибыли означал, что если имеющаяся продукция приносит достаточное количество прибыли, вряд ли будут предприняты попытки улучшить качество данной продукции.

Ф. А. фон Хайек указывал, что «конкуренция — это процесс, посредством которого люди получают и передают знания... Нельзя говорить, что конкуренция ведет к максимизации с чем-либо соизмеримого результата. Она ведет лишь к лучшему использованию способностей и знаний других процедур»²⁰. Соответственно, Ф. А. фон Хайек определил, что конкуренция не имеет своей целью обеспечить какое-либо развитие, а лишь стимулирует участников рынка наилучшим образом построить процесс для достижения благоприятного результата.

Следовательно, рыночные механизмы, построенные на конкуренции в условиях поддержки свободы экономической деятельности, сами по себе не имеют целью обеспечение достойной жизни и благосостояния каждого гражданина и общества в целом.

Указанным соображениям есть историческое подтверждение: например, в конце XV в. в Англии в связи с ростом цен на овечью шерсть феодалы изымали землю у крестьян для разведения овец, что привело к насильственным действиям и крестьянским восстаниям²¹. Соответственно, феодалы, руководствуясь соображениями обогащения за счет продажи овечьей шерсти, очистили свои земли от крестьян и пустили туда приспособившихся фермеров.

Сегодня развитие информационных технологий влечет диаметрально противоположные изменения в жизни общества, которые касаются в том числе перераспределения профессий. Г. О. Греф заявил о будущем сокращении числа сотрудников банка в связи с развитием в компании технологического потенциала, который приведет к повышению конкурентоспособности на банковском рынке²².

Таким образом, рынок, основанный на экономической свободе и конкуренции, приводит к столкновениям, цель которых может идти вразрез с общеморальными принципами, национальной и экологической безопасностью и иными неэкономическими порядками.

Помимо этого, встречаются ситуации, при которых государственное вмешательство становится необходимым исходя только из экономических соображений. Такие ситуации называют провалом рынка, т.е. когда свободный рынок не приводит к росту экономического благосостояния, в частности к ним относят и естественные монополии.

В части 2 ст. 55 Конституции РФ закреплен общий запрет на отмену и уменьшение прав и свобод человека и гражданина на основании закона в Российской Федерации. Запрет относится и к конституционным положениям, связанным со свободой экономической деятельности, и к принципам социального государства. Вместе с тем ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предусматривает право ограничить

²⁰ См.: Хайек Ф. А. фон. Познание, конкуренция и свобода. СПб., 1999.

²¹ См. подробнее: Семёнов В. Ф. Ограживания и крестьянские движения в Англии XVI в. М., 1949.

²² См.: Грефу больше не нанимать // URL: <http://www.vedomosti.ru/finance/articles/2017/01/20/673767-sberbank-robotah> (дата обращения: 02.02.2017).

права и свободы человека и гражданина на основании федерального закона в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Соответственно, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предусматривает инструмент достижения баланса в ситуации, когда права и свободы человека и гражданина вступают в противоречие с основами конституционного строя, нравственностью, здоровьем, правами и законными интересами других лиц, обеспечением обороны страны и безопасности государства.

Таким образом, в силу ч. 3 ст. 55 Конституции РФ свобода экономической деятельности субъектов естественных монополий может быть ограничена на основании федерального закона в целях обеспечения принципа социального государства и защиты прав и законных интересов других лиц.

В то же время, анализируя экономические конституционные положения, Г. А. Гаджиев делает вывод, что «государство, закрепляя в конституциях нормы о своих функциях в экономике, берет на себя новое конституционное обязательство, защищая основные экономические права, соблюдать разумную меру в применении ограничительных правовых средств»²³.

Раскрывая разумную меру таких ограничений, Конституционный Суд РФ неоднократно подчеркивал:

- цели принимаемых ограничений должны иметь социальную оправданность, а не основываться только на юридическом соответствии;
- ограничения должны отвечать требованиям справедливости и должны быть адекватны целям ограничений;
- при ограничении недопустимо использовать чрезмерные меры, а только необходимые и строго обусловленные целями;
- недопустимо искажение в ходе правового регулирования самого существа конституционного права или свободы²⁴.

Следовательно, любая из инициатив, связанная с ограничением экономических конституционных положений регулирования деятельности субъектов естественных монополий, должна быть оценена с точки зрения превышения пределов допустимого вмешательства в свободу осуществления такой деятельности и нарушения общих условий функционирования рынка.

В условиях евразийской интеграции правовое регулирование деятельности субъектов естественных монополий основывается на положениях, закрепленных в Договоре о Евразийском экономическом союзе²⁵, которые направлены на формирование единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов, а также обеспечение их беспрепятственного перемещения и торговли.

²³ Гаджиев Г. А. Экономическая Конституция. Конституционные гарантии предпринимательской (экономической) деятельности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2009. № 1. С. 4.

²⁴ См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 15.01.1998 № 2-П; постановление Конституционного Суда РФ от 18.02.2000 № 3-П; постановление Конституционного Суда РФ от 22.06.2010 № 14-П.

²⁵ СПС «КонсультантПлюс».



Согласно п. 6 ст. 78 Договора о ЕАЭС государства-члены стремятся к гармонизации сфер естественных монополий путем их сокращения и с возможным определением переходного периода. Допустимо предположить, что гармонизация в рамках ЕАЭС касается не только сфер естественных монополий, но и вообще регулирования общих положений деятельности субъектов естественных монополий. Так, в силу решения Высшего Евразийского экономического совета от 24.12.2013 № 62 было установлено принять меры по сближению нормативных правовых актов, регулирующих деятельность субъектов естественных монополий.

Таким образом, правовое регулирование деятельности субъектов естественных монополий основывается на следующих положениях:

1. Деятельность субъектов естественных монополий, как и иная экономическая деятельность, осуществляется без ограничений и вмешательств со стороны государства, а также с использованием субъектами естественных монополий по своему усмотрению своих способностей, прав и имущества.
2. Деятельность субъектов естественных монополий очевидно связана с социальными функциями государства и потому предполагает принятие субъектом естественных монополий определенных обязательств, направленных на защиту благополучия граждан и сохранения им нормальных условий для существования.
3. Деятельность субъектов естественных монополий может быть ограничена государством на основании федерального закона в ситуации, когда рыночные механизмы не приводят к росту экономического благосостояния, противоречат принципу социального государства, а также в целях защиты прав и законных интересов других лиц.
4. Определение разумной меры ограничения деятельности субъектов естественных монополий и достижение баланса между рассмотренными конституционными положениями является приоритетной задачей государства при проектировании правового регулирования деятельности субъектов естественных монополий.

Стоит отметить, что такая задача получила свое отражение в ст. 1 Федерального закона от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях»²⁶, согласно которой правовое регулирование в отношении естественных монополий в Российской Федерации направлено на достижение баланса интересов потребителей и субъектов естественных монополий, обеспечивающего доступность реализуемого ими товара для потребителей и эффективное функционирование субъектов естественных монополий.

5. Правовое регулирование деятельности субъектов естественных монополий должно учитывать требования гармонизации в рамках Евразийского экономического союза.

²⁶ СПС «КонсультантПлюс».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бушуев В. В., Голубев В. С. Социоприродное развитие (эргодинамический подход). — М., 2007.
2. Габов А. В. Баланс конституционных принципов свободы экономической деятельности и социального государства (на примере правовых позиций конституционного суда) // СПС «КонсультантПлюс».
3. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики. — М., 2004.
4. Гаджиев Г. А. Экономическая Конституция. Конституционные гарантии предпринимательской (экономической) деятельности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2009. — № 1.
5. Естественные монополии России. — М., 2007.
6. Карапетов А. Г. Экономический анализ права. — М., 2016.
7. Конкурентное право России. — М., 2012.
8. Конкурентное право. — М., 2015.
9. Конституционное право. — М., 2007.
10. Маркс К. Нищета философии. Ответ на «Философию нищеты» г-на Прудона. — М., 1987.
11. Пузыревский С. А. Некоторые аспекты определения отраслевой самостоятельности конкурентного права // Юрист. — 2016. — № 1. — С. 20—26.
12. Садовникова Г. Д. Комментарий к Конституции Российской Федерации // СПС «ГАРАНТ».
13. Семенов В. Ф. Огораживания и крестьянские движения в Англии XVI в. — М., 1949.
14. Сравнительный анализ целей конкурентного права США, ЕС и России. — М., 2015.
15. Хайек Ф. А. фон. Познание, конкуренция и свобода. — СПб., 1999.
16. Шахрай С. М. О Конституции : Основной Закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. — М., 2013.





**Даниэль Мохамедович
АШФА,**

аспирант кафедры
конкурентного права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)
ashfa0408@gmail.com
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

СИСТЕМА ВНУТРЕННЕГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ СООТВЕТСТВИЯ ТРЕБОВАНИЯМ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ИНОСТРАННЫХ ЮРИСДИКЦИЯХ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Аннотация. Статья посвящена исследованию концепций системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства с акцентом на обзор официальных разъяснений антимонопольных органов иностранных юрисдикций. Проанализированы дела в отношении компаний, в которых реализация системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства учитывалась антимонопольными органами в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность в рамках рассмотрения дел, а также заключения мировых соглашений.

Ключевые слова: конкурентное право, антимонопольное регулирование, риск, предупреждение, нарушение, ответственность, система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства, антимонопольный комплаенс, адвокатование конкуренции.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.116-125

D. M. ASHFA,

Postgraduate Student of Competition law chair
at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ashfa0408@gmail.com

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

THE SYSTEM OF INTERNAL COMPLIANCE OF THE ANTIMONOPOLY REQUIREMENTS IN FOREIGN JURISDICTIONS: PROBLEMS OF THEORY AND PRACTICE

Review. The article is devoted to the research of the concepts of the system of internal compliance with the requirements of the antimonopoly legislation with an emphasis on review of official guidelines of antimonopoly authorities of foreign jurisdictions. The cases concerning companies in which the implementation of the system of internal compliance with the requirements of the antimonopoly legislation was taken into account by the antimonopoly authorities as a circumstance mitigating responsibility in the course of cases, as well as reaching an amicable agreements.

Keywords: competition law, antimonopoly regulation, risk, warning, violation, responsibility, internal compliance with antimonopoly legislation requirements, antimonopoly compliance, competition advocacy.

Стремительная реализация системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства¹ по всему миру за последние годы объясняется рядом обстоятельств. С одной стороны, определенными сложностями компаний в понимании допустимого поведения на товарных рынках, наличием критичных рисков нарушения антимонопольного законодательства, в том числе наступлением ответственности в виде многомиллионных «оборотных» штрафов, коллективных (групповых) исков о возмещении убытков, лишением свободы руководства и сотрудников, признанием сделки недействительной и ущербом деловой репутации. С другой стороны — активным содействием антимонопольных органов в рамках мероприятий по адвокатированию конкуренции.

В данной статье мы предлагаем последовательно изучить и оценить концепции системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства, установить особенности ее реализации в различных правовых порядках, а также проанализировать практику ее применения. Такую серьезную задачу трудно решить в рамках одной статьи, поэтому остановимся на примере США, ЕС и отдельных европейских стран — Великобритании, Италии и Франции, в которых антимонопольный комплаенс достиг наибольшего развития.

Система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в США

США являются страной общего (прецедентного) права. Важно иметь в виду, что антитрестовское законодательство США не содержит норм, посвященных реализации антимонопольного комплаенса, и не учитывает его в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность.

В связи с указанным суды при вынесении приговоров применяют Федеральное руководство США по назначению наказаний с поправками от 2014 г. (United States Sentencing Guidelines, USSG)², положения которого в том числе описывают подходы в отношении реализации антимонопольного комплаенса.

В частности, положения § 8B2.1 USSG предусматривают следующие критерии оценки эффективности антимонопольного комплаенса, которые учитываются судами при рассмотрении дела:

- проявление должной осмотрительности для целей предупреждения и выявления противоправного поведения;
- содействие формированию организационной культуры, которая стимулирует этическое поведение и соблюдение требований законодательства;

¹ Система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства (далее также — антимонопольный комплаенс, от англ. antitrust compliance) представляет собой совокупность внутренних локальных актов, направленных на соблюдение требований антимонопольного законодательства и предупреждение его нарушений.

² URL: http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2011/manual-pdf/2011_Guidelines_Manual_Full.pdf (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).



- принятие разумных мер для того, чтобы в состав органов управления хозяйствующим субъектом не могли войти лица, причастные к совершению правонарушений;
- принятие разумных мер для проведения обучающих мероприятий о соблюдении требований антимонопольного законодательства и стандартов корпоративной этики;
- организация контроля функционирования системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства;
- последовательное повышение эффективности системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства, стимулирование соблюдения ее правил, а также дисциплинарное воздействие в отношении тех, кто не принял мер для предупреждения или выявления нарушения;
- в случае совершения нарушения — принятие разумных мер реагирования и предупреждения подобных нарушений, в том числе внесение изменений в систему внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства.

Кроме того, согласно положениям § 8C2.5(f), 8B2.1 USSG реализация антимонопольного комплаенса учитывается в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность, а также обстоятельства, освобождающего от ответственности, в зависимости от конкретных обстоятельств дела.

Между тем положения § 8C2.5(f), 8B2.1 USSG восприняты не только судебной практикой. В частности, они имеют значение для правоприменительной практики антимонопольных органов США — Федеральной торговой комиссии США (Federal Trade Commission, FTC), а также Антимонопольного подразделения Министерства юстиции США (Department of Justice Antitrust Division, DoJ AD).

Релевантным примером из правоприменительной практики FTC является дело в отношении Национальной ассоциации музыкальных производителей (National Association of Music Merchants, Inc., NAMM), которая вступила в сговор в целях установления цен на музыкальную продукцию. Особенность данного дела заключается главным образом в том, что NAMM по предписанию FTC приняла обязательство по реализации антимонопольного комплаенса в рамках мирового соглашения³.

В данном контексте примечательно, что до 2014 г. DoJ AD исключал применение USSG, согласно положениям 9-28.400 Принципов федерального расследования в отношении коммерческих организаций (Principles of Federal Prosecution of Business Organizations)⁴. Строго говоря, DoJ AD воспринимал антимонопольный комплаенс как исключительный интерес компаний и в принципе исключал необходимость создания стимулов для его реализации.

Вместе с тем DoJ AD объяснил изменение своего подхода в отношении реализации антимонопольного комплаенса тем, что уменьшение размера штрафа

³ См.: Federal Trade Commission: National Association of Music Merchants, Inc., Docket No. C-4255 FTC File No. 001 0203; 2009.

⁴ URL: <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.400> (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

предоставляется компании для целей принятия мер, направленных на повышение эффективности антимонопольного комплаенса⁵.

Правоприменительная практика DoJ AD свидетельствует о двух делах, когда реализация антимонопольного комплаенса учитывалась в качестве смягчающего обстоятельства.

Первое дело в отношении банка Barclays Bank plc⁶, который вступил в сговор с банками для манипуляций на валютном рынке посредством электронной торговой платформы. Данное дело примечательно тем, что реализация антимонопольного комплаенса не была учтена в качестве смягчающего обстоятельства, поскольку банк нарушил условия соглашения о прекращении дела.

Другое дело в отношении компании Kayaba Industry Co.⁷, которая также вступила в сговор с целью установления цен на амортизаторы для транспортных средств. В рамках рассмотрения дела реализация антимонопольного комплаенса позволила уменьшить размер штрафа для компании на 40 %.

Система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в ЕС

В Европейском Союзе базовым международным договором в части конкурентной политики является Договор о функционировании Европейского Союза (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU). Однако ст. 101 и 102 TFEU, посвященные антимонопольным требованиям, не содержат норм в отношении реализации антимонопольного комплаенса, а также его учета в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность.

Важно подчеркнуть, что Еврокомиссия, исполняющая функции в том числе антимонопольного органа ЕС, признает значимость реализации антимонопольного комплаенса, но в рамках рассмотрения дел и при определении размеров штрафа не учитывает его в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность⁸.

Правоприменительная практика Еврокомиссии указывает на ряд дел, когда реализация антимонопольного комплаенса прямо исключалась в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность⁹.

⁵ URL: <https://www.justice.gov/file/440481/download> (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

⁶ См.: U.S. v. Barclays Plc, Case 3:15-cr-00077-SRU, Plea agreement (Filed May 20, 2015).

⁷ См.: U.S. v. Kayaba Industry Co., Ltd, d/b/a KYB Corporation, Case 1:15-cr-00098-MRB, Plea agreement (Filed September 16, 2015).

⁸ URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

⁹ См., например: 2001/418/EC: Commission Decision of 7 June 2000 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/36.545/F3 — Amino Acids) ; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 28 June 2005 (C-189/02 P — Dansk Rørindustri and Others v. Commission of the European Communities) ; Commission Decision of 21 February 2007 relating to a proceeding under Article 81 of the Treaty establishing the European Community (Case COMP/E-1/38.823 — Elevators and Escalators) ; Commission Decision of 22 July 2009 relating to a proceeding under Article 81 of



Представляется, что такая несправедливая позиция вряд ли может считаться оправданной, тем более что правоприменительная практика Еврокомиссии за 1980—1990-е гг. свидетельствует о делах, когда реализация антимонопольного комплаенса учитывалась в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность¹⁰.

Между тем на сегодня в ЕС и на национальном уровне отдельных европейских стран антимонопольными органами разработаны и утверждены акты, которые вносят ясность в понимание участниками рынка правил конкурентного взаимодействия, описывают подходы в отношении реализации антимонопольного комплаенса, а также учитывают его в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность.

Так, в 2011 г. Еврокомиссия представила официальное разъяснение «Вопросы комплаенса» (Compliance Matters)¹¹, которое указывает на то, в чем состоят обязательство компании по соблюдению требований антимонопольного законодательства, правила конкурентного взаимодействия, риски для компаний и порядок реализации эффективного антимонопольного комплаенса, в том числе следующие меры:

- выявление рисков, связанных с деятельностью компании;
- приверженность руководства антимонопольным требованиям;
- внедрение мер контроля и аудита;
- процедура оповещения о нарушениях;
- регулярный пересмотр;
- обучение сотрудников.

Далее перейдем к изучению и анализу опыта отдельных европейских стран.

Система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в отдельных странах — участницах ЕС

Великобритания

Соединенное Королевство, именуемой также Великобританией, — страна общего (прецедентного права). Британское национальное законодательство, как

the Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/39.396 — Calcium carbide and magnesium based reagents for the steel and gas industries).

¹⁰ См., например: 82/853/EEC: Commission Decision of 7 December 1982 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (Case COMP IV/30.070 — National Panasonic) ; 88/138/EEC: Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (Case COMP IV/30.787 and 31.488 — Eurofix-Bauho v. Hilti) ; 88/518/EEC: Commission Decision of 18 July 1988 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (Case COMP IV/30.178 Napier Brown — British Sugar) ; 88/86/EEC: Commission Decision of 18 December 1987 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (Case COMP IV/31.017 — Fisher-Price/Quaker Oats Ltd — Toyco) ; 91/532/EEC: Commission Decision of 5 June 1991 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (Case COMP IV/32.879 — Viho/Toshiba) ; 92/426/EEC: Commission Decision of 15 July 1992 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (Case COMP IV/32.725 — Viho/Parker Pen).

¹¹ URL: http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=KD3211985 (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

и законодательство многих европейских стран, не предусматривает норм в отношении реализации антимонопольного комплаенса и не учитывает его в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность.

В данном контексте следует иметь в виду, что в результате реформы, направленной на совершенствование антимонопольного регулирования, а также оптимизацию структуры органов исполнительной власти, антимонопольные органы Великобритании — Комиссия по вопросам конкуренции (Competition Commission) и Комиссия по честной торговле (Office of Fair Trading, OFT) — с 2014 г. упразднены. В настоящее время их функции переданы правопреемнику — Ведомству по конкуренции и рынкам (Competition & Markets Authority, CMA)¹².

Прежде всего следует отметить, что OFT были приняты несколько рекомендательных актов, посвященных правилам конкурентного взаимодействия и подходам в отношении реализации антимонопольного комплаенса, которые восприняты CMA.

В частности, был принят рекомендательный акт «Как обеспечить соблюдение законодательства в вашей компании» от 2005 г. («How your Business can Achieve Compliance»: OFT 424, 2005)¹³, в котором обосновывалась необходимость реализации антимонопольного комплаенса, приводились критерии оценки его эффективности, а также указывалось, что его реализация учитывается в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность. Однако на смену OFT 424 был принят новый руководящий акт — «Как обеспечить соблюдение законодательства о защите конкуренции в вашей компании» от 2011 г. («How your Business can Achieve Compliance with Competition Law»: OFT 1341, 2011)¹⁴. В дополнение к OFT 1341 был принят рекомендательный акт — «Руководители компаний и конкурентное право» от 2011 г. («Company Directors and Competition Law»: OFT 1340, 2011)¹⁵, который разъясняет ключевые принципы и правила конкурентного права для руководства компаний, в том числе риски нарушения антимонопольного законодательства, меры, направленные на снижение данных рисков и предупреждение нарушений, а также санкции для руководства за нарушение антимонопольного законодательства.

Вместе с тем важность именно OFT 1341 подчеркивается тем, что он ориентирует компании на четырехуровневую реализацию антимонопольного комплаенса, которая состоит в последовательных шагах:

— выявление рисков, характерных для организационно-правовой формы компании и отрасли;

¹² URL: <https://www.gov.uk/cma-cases/ofc-cc-cases> (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

¹³ URL: [http://www.corporateaccountability2009.com/CAC09 %20Amsterdam/Panel%20III/Noehn%20-%20OFC%20-%20How%20Achieve%20Compliance.pdf](http://www.corporateaccountability2009.com/CAC09%20Amsterdam/Panel%20III/Noehn%20-%20OFC%20-%20How%20Achieve%20Compliance.pdf) (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

¹⁴ URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284402/ofc1341.pdf (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

¹⁵ URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284410/ofc1340.pdf (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).



- оценка степени рисков, выявленных на первом этапе;
- снижение рисков, в том числе организация контрольных процедур, разработка политик, обучающих программ для целей предупреждения выявленных рисков и устранения их последствий;
- регулярный пересмотр выполнения всех уровней.

В связи с указанным OFT 1341 предусматривает, что реализация антимонопольного комплаенса может позволить компании при условии выявления и пресечения нарушения на ранней стадии — принять участие в программе ослабления наказания¹⁶, которая предусматривает как смягчение, так и освобождение от ответственности; в зависимости от конкретных обстоятельств дела смягчение ответственности выражается в уменьшении размера штрафа на величину до 10 % от суммы, которая была бы назначена без учета данного обстоятельства.

Анализ правоприменительной практики антимонопольных органов Великобритании позволяет выделить ряд дел, когда реализация антимонопольного комплаенса учитывалась в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность.

Первое дело в отношении компаний Arriva plc & FirstGroup plc¹⁷, вступивших в сговор о разделе локального рынка автобусных маршрутов. Компании воспользовались программой ослабления наказания, предоставив антимонопольному органу сведения о заключенных ими соглашениях. В рамках рассмотрения дела реализация антимонопольного комплаенса была учтена в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность, и размер штрафов для компаний был уменьшен на 10 %. По итогам рассмотрения дела размер штрафа для компании Arriva plc был уменьшен на 36 %, а компания FirstGroup plc была полностью освобождена от ответственности.

В следующем деле компании Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd и Littlewoods Ltd¹⁸ вступили в сговор об установлении цен в результате заключения двух двусторонних соглашений между компаниями Hasbro U.K. Ltd и Argos Ltd и между компаниями Hasbro U.K. Ltd и Littlewoods Ltd, которые привели к ограничению торговли игрушками и играми, производимыми компанией Hasbro U.K. Ltd. Обращает на себя внимание тот факт, что в рамках рассмотрения дела в результате учетаотягающих обстоятельств, в том числе организации и участия в сговоре руководства компании Hasbro U.K. Ltd, штраф был увеличен на 20 %. Вместе с тем смягчающие обстоятельства, а именно повышение компанией эффективности антимонопольного комплаенса, послужили основанием для уменьшения размера штрафа на 10 %. Более того, компания Hasbro U.K. Ltd была полностью

¹⁶ Программа ослабления наказания (от англ. leniency programme) в российском законодательстве и правоприменительной практике — программа освобождения от ответственности.

¹⁷ См.: Decision of the Director General of Fair Trading No. CA98/9/2002 Market sharing by Arriva plc and FirstGroup plc. 20 January 2002 (Case CP/1163-00).

¹⁸ См.: Decision of the Office of Fair Trading No. CA 98/2/2003, Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games, 19 February 2003 (Case CP/0480-01).

освобождена от ответственности, поскольку в рамках программы ослабления наказания первой предоставила антимонопольному органу сведения о заключенных соглашениях.

Другое дело касалось сговора строительных компаний на торгах в Англии¹⁹. В частности, 103 строительные компании вступили в сговор для целей незаконных манипуляций с заявками. При этом в рамках рассмотрения дела 80 компаний представили антимонопольному органу сведения о реализации антимонопольного комплаенса, которые были признаны эффективными, поскольку отвечали критериям соразмерности организационно-правовых форм компаний, а также были приняты необходимые меры по информированию сотрудников об антимонопольных требованиях. По итогам рассмотрения дела размер штрафов для компаний был уменьшен на 5—10 %.

В еще одном деле агентства по подбору рабочих для капитального строительства вступили в сговор для целей коллективного бойкота и установления цен²⁰. Примечательно, что три из семи компаний обжаловали решение антимонопольного органа в судебном порядке. Так, компании подали жалобу в Апелляционный трибунал по вопросам конкуренции, не согласившись с определением размера штрафов²¹. При этом еще до подачи жалобы штраф для данных компаний был уменьшен на 5 % с учетом реализации антимонопольного комплаенса. Однако все три жалобы были отклонены, а размер штрафов для компаний был уменьшен на 5 %.

Италия

Италия — страна романо-германской правовой семьи, или континентального права. Итальянский правопорядок аналогичным образом не предусматривает норм, посвященных реализации антимонопольного комплаенса, а также его учета в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность.

В то же время Конкурентным ведомством Италии (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AGCM) был принят руководящий акт, который описывает подходы к определению размера штрафов, — «Руководящие принципы о применении количественных критериев при наложении административных штрафов в соответствии с п. 1 ст. 15 Закона № 287/90» от 2014 г. («Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90»)²².

В частности, п. 23 руководящего акта предусматривает, что реализация антимонопольного комплаенса учитывается в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность. При этом компания вправе претендовать на уменьшение

¹⁹ См.: Decision of the Office of Fair Trading No. CA 98/02/2009, Bid rigging in the construction industry in England, 21 September 2009 (Case CE/4327-04).

²⁰ См.: Decision of the Office of Fair Trading No. CA 98/01/2009, Construction recruitment forum: collective boycott and price-fixing, 29 September 2009 (Case CE/7510-06).

²¹ См.: Eden Brown Limited v. Office of Fair Trading Case No. 1140/1/1/09, 30 November 2009.

²² URL: http://www.agcm.it/component/joomdoc/normativa/concorrenza/Linee_guida_criteri_quantificazione_sanzioni.pdf/download.html (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).



размера штрафа на величину до 15 % от размера штрафа, который был бы назначен без учета данного смягчающего обстоятельства. Однако согласно п. 20 совокупность смягчающих обстоятельств не может уменьшать размер штрафа более чем на 50 %.

AGCM устанавливает следующие критерии оценки эффективности антимонопольного комплаенса, которые позволяют компании претендовать на смягчение ответственности:

- участие руководства в организации антимонопольного комплаенса;
- назначение должностного лица, ответственного за соблюдение антимонопольных требований;
- выявление и оценка антимонопольных рисков, характерных для вида деятельности компании;
- программа обучающих мероприятий с учетом организационно-правовой формы компании;
- создание стимулирующих и поощрительных мер за добросовестное соблюдение правил антимонопольного комплаенса, а также мер дисциплинарного воздействия для нарушителей;
- организация контроля и аудита антимонопольного комплаенса.

Франция

Франция является страной романо-германской правовой семьи или страной континентального права. Прежде всего, важно иметь в виду, что в отличие от многих иных иностранных юрисдикций, в том числе других европейских стран, национальное законодательство Франции предусматривает реализацию антимонопольного комплаенса в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность, что можно считать безусловным достижением французского правопорядка.

Так, согласно ст. L464-2 Коммерческого кодекса Франции (Code de Commerce de France)²³, если по итогам рассмотрения дела компания принимает обязательство по реализации антимонопольного комплаенса, это будет учитываться при определении размера штрафа.

Более того, в развитие указанного законодательного положения Конкурентным ведомством Франции (Autorité de la concurrence, AC) принят рекомендательный акт — «Рамочный документ об антимонопольном комплаенсе» от 2012 г. («Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence»)²⁴, который описывает подходы AC к оценке эффективности антимонопольного комплаенса, а также учитывает его в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность.

Согласно подходу AC данное обстоятельство учитывается как при условии, что компания выявила нарушение и устранила его последствия в инициативном порядке, так и в результате принятия компанией обязательства по реализации

²³ URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379> (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

²⁴ URL: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf (дата обращения: 27 апреля 2017 г.).

антимонопольного комплаенса после обнаружения АС события правонарушения.

При этом смягчение ответственности выражается в уменьшении размера штрафа на величину до 10 % от суммы, которая была бы назначена без учета данного обстоятельства в зависимости от конкретных обстоятельств дела.

АС указывает на следующие критерии оценки эффективности антимонопольного комплаенса:

- убежденная позиция руководства о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства;
- назначение одного или нескольких должностных лиц, ответственных за соблюдение антимонопольных требований;
- программа по информированию и обучению сотрудников;
- организация контроля и аудита антимонопольного комплаенса, а также процедура оповещения о нарушениях;
- регулярный мониторинг и повышение эффективности антимонопольного комплаенса.

Вместе с тем, если компания первой из участников картеля предоставила АС доказательства нарушения, то в соответствии с п. III ст. L464-2 Коммерческого кодекса Франции она может претендовать на полное освобождение от ответственности.

Система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства: общая оценка

По результатам исследования представляется возможным констатировать, что антимонопольные органы США и ЕС придерживаются неоднозначного подхода в отношении реализации антимонопольного комплаенса, ограничиваясь предоставлением рекомендаций, и только в редких случаях учитывают его в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность. С этой точки зрения антимонопольные органы ведущих европейских стран — Великобритании, Италии и Франции — по сравнению с США и ЕС придерживаются более прогрессивного подхода к реализации антимонопольного комплаенса, создавая стимулы для компаний, в том числе на законодательном уровне, и в дополнение предоставляют рекомендации.

В порядке диалога в рамках мероприятий по адвокатируванию конкуренции антимонопольные органы постепенно приходят к разрешению наиболее сложной проблемы о том, что реализация антимонопольного комплаенса должна выступать в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность, поскольку выявление и устранение нарушения компанией не следует рассматривать как сбой антимонопольного комплаенса, напротив, это служит основным показателем его результативности. При этом следует понимать, что только конструктивное взаимодействие антимонопольных органов и компаний в ключе case-by-case позволит реализовать высокоэффективный антимонопольный комплаенс для целей создания и развития глобальной корпоративной культуры соблюдения требований антимонопольного законодательства.





**Карин Бениаминович
ОВАКИМЯН,**

аспирант кафедры
конкурентного права

Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)

karinhovakimyan@
gmail.com

125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ИСТОРИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНЦЕНТРАЦИИ В США

Аннотация. Статья содержит в себе обзор эволюции правового регулирования государственного контроля экономической концентрации в США. Автор начинает обзор с описания Акта Шермана и Акта Клейтона — первых антимонопольных законов США, приводит описание дальнейших поправок в данных законах, а также описывает прецедентные дела, связанные с их применением.

Ключевые слова: экономическая концентрация, государственный контроль, Акт Шермана, Акт Клейтона, антимонопольное регулирование, слияния и поглощения, история права, контроль слияний.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.126-136

K. B. OVAKIMYAN,

Postgraduate Student of Competition law chair
at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

karinhovakimyan@gmail.com

125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

HISTORY OF LEGAL REGULATION OF MERGER CONTROL IN USA

Review. The article contains a review of the evolution of merger control in the United States. The author begins the review with the description of the Sherman Act and the Clayton Act — the first US antitrust laws, describes the further amendments to these laws, and describes the case law related to their application.

Keywords: economic concentration, state control, Sherman Act, Clayton Act, antimonopoly regulation, mergers and acquisitions, history of law, merger control.

Контроль экономической концентрации можно назвать одним из основных и наиболее значимых институтов конкурентного права. Если такие институты, как запреты монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, направлены на выявление, пресечение или предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, то контроль экономической концентрации направлен на создание благоприятной конкурентной среды путем предупреждения возникновения предпосылок таких нарушений.

Данная цель достигается, в частности, с помощью предупреждения возникновения чрезмерной рыночной власти у субъектов экономической концентрации

в рамках горизонтальной концентрации (концентрации между конкурентами). Аналогичным образом контроль экономической концентрации действует при предотвращении опасных для конкуренции вертикальных связей (в рамках отношений продавец — покупатель на различных этапах продвижения товаров от производителя к конечному покупателю) и конгломератных связей (не опосредованных вертикальными или горизонтальными отношениями сторон концентрации, но способных оказать влияние на состояние конкуренции).

Принимая во внимание значительную роль контроля экономической концентрации, представляется необходимым исследование истории возникновения данного института конкурентного права.

Представляется, что наиболее развитыми в мировой практике контроля экономической концентрации являются институты США, Европейского Союза в целом и его отдельных стран. В данных юрисдикциях системы контроля появились либо раньше других (США, Великобритания), либо являются наиболее прогрессивными с теоретической или практической точки зрения (Европейский Союз).

В данной статье будет подробно исследована история контроля экономической концентрации в США в связи с тем, что именно в данной стране впервые зародился исследуемый институт.

Предпосылки возникновения института контроля экономической концентрации в США

В 1865 г. в США завершилась гражданская война между северными и южными штатами. Мирные послевоенные годы привели США к бурному экономическому росту. Ослабление протекционистских мер отдельных штатов, вызванное победой идей федерализма, привело к возникновению и свободной экспансии крупных компаний национального уровня. Помимо этого, беспринципное и агрессивное ведение бизнеса отдельными предпринимателями (так называемыми *Robber Barons*¹), занимающими одни рынки за другими и объединяющимися в трасты, приводило к монополизации экономики США, росту цен для потребителей и обнищанию рабочего класса².

Акт Шермана (Sherman Act) 1890 г.

Ответом на данные явления стал принятый в 1890 году Акт Шермана — первый антимонопольный закон США, установивший запрет на монополистическую деятельность. Акт Шермана предусматривал запреты на соглашения и объединения, ограничивающие конкуренцию (в первую очередь трасты), а также на монополизацию рынков.

¹ «Бароны-разбойники» — собирательное название предпринимателей США периода 1870—1890 гг., которые применяли в своей практике конкурентной борьбы недобросовестные методы, в том числе коррупцию, агрессивные акты против конкурентов и т.п.

² *Stiles T. J. Robber Barons or Captains of Industry? // History Now. The Journal of the Gilder-Lehrman Institute.* URL: <https://www.gilderlehrman.org/history-by-era/gilded-age/essays/robber-barons-or-captains-industry>.



Акт Шермана не содержал нормы, прямо устанавливающие контроль экономической концентрации в том виде, в котором такой контроль существует сегодня. В частности, в нем отсутствовали нормы, прямо устанавливающие какие-либо ограничения на приобретение капитала одной компанией другой и т.п. Однако Верховный суд США в своих решениях указывал на то, что содержащиеся в Акте Шермана запреты на антиконкурентные соглашения, объединения, а также на монополизацию в равной степени распространяются на случаи объединения различных хозяйствующих субъектов в единое образование с целью осуществления совместного бизнеса (как правило, в форме трастов либо холдингов).

Такая позиция, в частности, была закреплена судом в деле *Northern Securities Co. v United States*³. В 1901 г. железнодорожные компании *Northern Pacific Railway*, *Great Northern Railway*, *Chicago, Burlington and Quincy Railroad*, владеющие параллельными конкурирующими железнодорожными путями на севере США, решили объединиться. Для этих целей была создана холдинговая компания *Northern Securities Co.*, во владение которой была передана большая часть акций перечисленных железнодорожных компаний для осуществления единого контроля. Общая капитализация данного холдинга достигала 400 млн долл.⁴, что являлось рекордной суммой для того времени.

В 1904 г. Верховный суд США рассмотрел дело *Northern Securities Co. v United States*, возбужденное по иску Департамента юстиции США к *Northern Securities Co.* о нарушении Акта Шермана. В частности, суд указал, что объединение железнодорожных корпораций, владеющих параллельными конкурирующими железнодорожными путями, под управлением единой холдинговой компании не может признаваться допустимым с точки зрения Акта Шермана, т.к. образует монополию и представляет собой ограничение конкуренции.

В противном случае, как справедливо указывал суд, создавалась бы теоретическая возможность объединения всех железных дорог США под управлением одного холдинга, что позволило бы такому холдингу беспрепятственно диктовать цены пассажирам и грузоотправителям. Само существование такой возможности суд приравнивал к признанию беспомощности Конгресса США, что противоречило его конституционным полномочиям по регулированию торговли на федеральном уровне с целью защиты публичных интересов.

Однако контроль экономической концентрации по Акту Шермана сводился к установлению общего запрета на ограничивающие конкуренцию соглашения, объединения и монополизацию экономики без специально направленных на контроль экономической концентрации норм. Полномочия государственных органов по контролю экономической концентрации сводились к судебному обжалованию направленных на ограничение конкуренции объединений, в основном в форме трастов. Уполномоченным органом по такому обжалованию выступал Департамент юстиции США.

³ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

⁴ *Blake B. R. and Kimball B. A.* When Holmes Borrowed from Langdell: The «Ultra Legal» Formalism and Public Policy of *Northern Securities* (1904) // *The American Journal of Legal History*. 2001. Pp. 278—321.

Акт Клейтона (Clayton Act) 1914 г.

Ситуация изменилась, когда в 1914 г. был принят второй антимонопольный закон США — Акт Клейтона. Новый закон был направлен на дополнение положений Акта Шермана и являлся в том числе результатом обобщения практики применения первого закона.

В части регулирования контроля экономической концентрации Акт Клейтона впервые установил прямое законодательное ограничение на приобретение одним лицом капитала (акций, долей) другого лица, если такое приобретение могло привести к ограничению конкуренции между приобретателем и лицом, доля в капитале которого приобретается, или к созданию монополии. Таким образом, изначально Акт Клейтона толковался как устанавливающий ограничение только горизонтальной концентрации, т.е. концентрации между конкурентами.

Основным отличием Акта Клейтона от Акта Шермана являлось то, что Акт Клейтона ограничивал не только концентрацию, которая уже привела к ограничению конкуренции или монополизации рынка, но и концентрацию, которая создавала существенную возможность ограничить конкуренцию или монополизировать рынок в будущем.

Так, в деле *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*⁵ Верховный суд США указал, что для установления факта нарушения Акта Клейтона достаточно только наличия конкретной возможности наступления негативных последствий для конкуренции в будущем. При этом суд указал, что такая возможность должна быть достаточно конкретной и не может носить абстрактный характер.

Таким образом, контроль экономической концентрации в США перешел от «оборонительных» действий, являющихся реакцией на антиконкурентные последствия концентраций, к «превентивным» действиям, направленным на устранение предпосылок возникновения таких последствий.

При этом немаловажно, что целью Акта Клейтона является защита потребителей от «вымогательства, практикуемого трестами, но в то же время не отнять у них никаких преимуществ низких цен или лучшего обслуживания, которые может принести честное, разумное сотрудничество⁶», достигаемое в том числе путем объединения. Таким образом, Конгресс США признал, что экономическая концентрация может иметь также и положительный эффект для потребителей, достигаемый, например, путем сокращения издержек за счет масштаба производства или объединения различных нематериальных активов (результатов исследований, ноу-хау и т.д.) в рамках одной компании.

Вместе с Актом Клейтона в 1914 г. Конгресс США также принял Акт о Федеральной торговой комиссии (Акт о ФТК), учредивший ФТК как уполномоченный государственный орган, в том числе в сфере контроля экономической концентрации.

Акт Селлера — Кефаувера (Celler — Kefauver Act) 1950 г.

Первой существенной поправкой в Акт Клейтона, касающейся контроля экономической концентрации, стал Акт Селлера — Кефаувера, иначе называемый Акт против слияний (Anti-Merger Act). Данный акт ввел две существенные поправки в Акт Клейтона.

⁵ *Brown Shoe Co., Inc. v. United States* 370 U.S. 294 (1962).

⁶ 51 Cong. Rec. 14200, 14222 (1914) (statement of Sen. Thompson).



Во-первых, действие Акта Клейтона было распространено на случаи приобретения не только капитала других компаний (как это было ранее), но и их активов. Целью данного нововведения было устранение правовой лазейки, позволяющей компаниям скупать целиком все активы конкурентов вместо его капитала, тем самым обходя ограничение, установленное Актом Клейтона.

Во-вторых, действие Акта Клейтона распространилось не только на горизонтальную концентрацию, но и на вертикальную и конгломератную. Таким образом, Конгресс признал опасность таких видов концентрации для конкуренции. Позднее Верховный суд в деле *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*⁷ в 1957 г. укажет, что действие Акта Клейтона распространялось на ограничивающую конкуренцию вертикальную концентрацию и до принятия соответствующих поправок, а его неприменение к указанному виду концентраций было вызвано неправильным толкованием.

Компания *du Pont de Nemours & Co*, которая осуществляла поставки отделки и ткани для производимых General Motors автомобилей, в 1917—1919 годах приобрела 23 % акций компании General Motors. В период с 20-х по 40-е годы XX века доля General Motors на американском автомобильном рынке возросла по разным оценкам⁸ с 12 % в 1921 г. до 44 % в 1941 г.

Именно в связи с существенным ростом рыночной доли General Motors интерес у правительства США к сделке по приобретению акций этой компании возник только в 1949 г., когда и был подан иск о признании сделки незаконной. Основные претензии правительства заключались в том, что компания *du Pont*, будучи акционером компании General Motors и одновременно ее поставщиком на рынке отделки и ткани для автомобилей, ограничивала конкуренцию на рынке отделки и ткани для автомобилей, не допуская своих конкурентов к поставкам в General Motors.

Рассматривая данное дело, Верховный суд указал, что Акт Клейтона распространял свое действие на любые формы концентрации, горизонтальные и вертикальные, в том числе до принятия поправок 1950 г. В дальнейшем суд признал, что действия *du Pont* ограничили конкуренцию на рынке автомобильной отделки и ткани и признал концентрацию незаконной.

Примечательна также позиция суда, согласно которой предметом контроля экономической концентрации по Акту Клейтона является не сама сделка по приобретению акций, а ограничивающее конкуренцию состояние концентрации, возникающее в результате совершения такой сделки. Таким образом, для признания сделки незаконной неважно, когда она была совершена, если на момент ее оспаривания концентрация способна ограничивать конкуренцию.

Акт Харта — Скотта — Родино (Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act) 1976 г.

Еще одной существенной поправкой в Акт Клейтона стал принятый в 1976 г. Акт Харта — Скотта — Родино.

⁷ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 77 S. Ct. 872, 1 L. Ed. 2d 1057 (1957).

⁸ *International Directory of Company Histories*. Vol. 64. St. James Press. 2004.

Данным нововведением был установлен обязательный порядок предварительного уведомления ФТК и Департамента юстиции США о крупных сделках экономической концентрации. В частности, Акт устанавливал денежные пороги стоимости активов, объема выручки или стоимости сделки, при достижении которых для осуществления сделки теперь было необходимо предварительно уведомлять антимонопольные органы.

Актом устанавливается 30-дневный срок (может быть продлен при определенных условиях), в течение которого ФТК и Департамент юстиции обязаны исследовать сделку и принять решение о ее соответствии нормам антимонопольного законодательства США. В случае положительного решения стороны получают право заключить сделку после истечения последнего дня срока рассмотрения. Если же уполномоченный орган примет решение о несоответствии сделки нормам антимонопольного законодательства, то он обращается в суд с целью установления запрета на ее осуществление. Одновременно с иском ФТК или Департамент юстиции имеют право подать ходатайство о запрете на совершение сделки до принятия решения суда.

Таким образом, Акт Харта — Скотта — Родино дает антимонопольным органам возможность исследовать сделку до ее совершения, хотя и не наделяет их полномочиями по предварительному согласованию сделок экономической концентрации. Заключение сделки может быть приостановлено либо запрещено только по решению суда.

Тем не менее необходимо отметить, что до принятия Акта Харта — Скотта — Родино деятельность антимонопольных органов по контролю экономической концентрации сводилась только к реакции на уже состоявшиеся сделки. Оспаривание таких сделок могло занимать долгие годы, на протяжении которых их негативные антиконкурентные последствия продолжали воздействовать на рынки. Принятия данных поправок позволило хотя бы в случае самых крупных сделок экономической концентрации вместо дальнейшего устранения негативных последствий, предотвращать их появление. Таким образом, контроль экономической концентрации в США в очередной раз перешел от мер реакционного характера к превентивным мерам.

Развитие правоприменительной практики в 1960—1970-е гг.

1960-е гг. ознаменовались жесткой политикой контроля экономической концентрации в США. В частности, были признаны незаконными несколько слияний, которые, возможно, могли принести значительные выгоды экономике и потребителям без существенного урона для конкуренции.

Так, в деле *Brown Shoe Co., Inc. v. United States* 370 U.S. 294 (1962) Верховный суд США поддержал решение окружного суда, который признал незаконным слияние между производителем обуви *Brown Shoe* и розничной сетью по продаже обуви *G. R. Kinney Company*. Основанием для признания слияния незаконным являлся тот факт, что оно с большой вероятностью может ограничить конкуренцию или привести к образованию монополии при производстве, дистрибуции и продажах обуви в нарушение Акта Клейтона в редакции поправок 1950 г.



При этом доля Brown Shoe на рынке производства обуви не превышала 4 %, а доля G. R. Kinney Company на рынке розничных продаж обуви не превышала 1,5 %. Однако суд принял во внимание сложившуюся тенденцию в отрасли по поглощению розничных сетей крупными производителями обуви. В результате таких поглощений доля независимых производителей обуви в розничных сетях снижалась, т.к. производители предпочитали наращивать долю продукции собственного производства в своих сетях. Такие сделки, по мнению суда, ставили под угрозу дальнейшее развитие конкуренции на рынке и создавали *тенденцию к монополии*. Таким образом, признавая рынок все еще «фрагментарным», т.е. рынком с невысокой концентрацией, суд признал данное слияние незаконным.

Некоторые исследователи спорят⁹ с такой позицией суда, утверждая, что суд не принял во внимание тот факт, что более крупная розничная сеть по продаже обуви способна работать эффективнее за счет масштаба, сокращая цены для потребителей.

Тем не менее жесткий подход суда характеризует политику контроля экономической концентрации, сложившуюся в США в 1960—1970-е гг.¹⁰, ознаменовавшуюся защитой малого бизнеса, а также отсутствием глубокого анализа потенциальных полезных сторон крупных сделок по экономической концентрации.

Влияние Чикагской школы экономистов на политику контроля экономической концентрации в США (конец 1970-х — 1980-е гг.)

Данный период в истории контроля экономической концентрации ознаменовался коренными переменами политики в данной области и переходом от жесткого государственного вмешательства в процессы экономической концентрации к либерализации контроля.

Данные перемены связывают¹¹ с ростом популярности идей экономистов Чикагской школы¹² — направления в экономической теории, которое начало складываться в 1930-е гг., а окончательно сложилось в 1960—1970-е гг. В частности, представители данной школы утверждали, что вмешательство государства в экономику должно быть минимальным и может осуществляться только в крайних случаях.

В части контроля экономической концентрации представители Чикагской школы утверждали, что государство должно концентрироваться только на горизонтальных слияниях, тогда как вертикальные и конгломератные не представляют существенной опасности для рынков. Более того, некоторые видные пред-

⁹ Valentine D. A. The Evolution of U.S. Merger Law (Prepared Remarks before INDECOP I Conference). August 13, 1996.

¹⁰ См., например: United States v. Von's Grocery Co. 384 U.S. 270 (1966).

¹¹ Kąkol M. K. The evolution of US Merger Control Policy. Part 2 : 1974—2013 // *Ekonomia i Prawo*. September 2014. Vol. 13. Iss. 3. P. 425.

¹² Селигмен Б. Основные течения современной экономической мысли : пер. с англ. М., 1968. Гл. 7, § 5, 7.

ставители данного течения утверждали, что концентрация приводит к большей экономической эффективности и даже иногда необходима для достижения эффективности¹³.

С другой стороны, данный период в истории контроля экономической концентрации ознаменовался переходом от поверхностного анализа состояния конкуренции на релевантных рынках к глубокому экономическому анализу сделок, иных действий по экономической концентрации.

Так, в деле *United States v. General Dynamics Corp.*¹⁴ Верховный суд США отказался признавать незаконным поглощение угольной компанией General Dynamics Corp. своего конкурента. В частности, суд указал, что независимо от тенденции к концентрации угольного рынка США рассматриваемое поглощение вряд ли приведет к ограничению конкуренции, т.к. запасы угля приобретенной компании либо исчерпаны, либо уже проданы по долгосрочным контрактам, по которым цены уже определены.

Таким образом, суд указал, что концентрация в данном случае, хотя формально и содержит признаки нарушения Акта Клейтона, является законной, т.к. компания-приобретатель в действительности не получает никакой рыночной власти и не может повлиять на ценообразование приобретенной компании и, таким образом, на благополучие потребителей или эффективность рынка в целом.

Законодательное закрепление идеи Чикагской школы получили уже в период президентства Рональда Рейгана (1981—1989). В частности, в 1982 г. Департамент юстиции США пересмотрел свое Руководство по осуществлению контроля экономической концентрации 1968 г.¹⁵ Руководство 1982 г. устанавливало, что помимо простого расчета долей на рынке анализ сделок, иных действий по экономической концентрации должен изучать такие качественные характеристики концентрации, как барьеры для входа на рынок, взаимозаменяемость товаров, покупательские характеристики и т.д.

Еще одной важной новеллой Руководства 1982 г. стало введение применения индекса Герфиндаля — Гиршмана¹⁶ для определения степени концентрации на рынке. Это позволило Правительству США быть более гибким при анализе состояния конкуренции на рынке. Индекс Герфиндаля — Гиршмана до сих пор широко используется в процессе контроля экономической концентрации во многих юрисдикциях по всему миру, в том числе в России¹⁷.

В целом политика контроля экономической концентрации в США в 1980-х гг. ознаменовалась презумпцией безвредности концентрации для слияний (за исключением редких случаев) и резким снижением активности Департамента юстиции и ФТК. Так, если в 1979—1980 гг. данными органами были оспорены 2,5 %

¹³ *Demsetz H.* Economics as a Guide to Antitrust Regulation // *The Journal of Law and Economics*. 1976. Vol. 19. Iss. 2. P. 383.

¹⁴ *United States v General Dynamics Corp.* 415 U.S. 486 (1974).

¹⁵ DoJ 1968 Merger Guidelines.

¹⁶ *Борисов В. Н.* Микроэкономика : в 5 т. / общ. ред. Ю. В. Чеплянского. СПб. : Экономическая школа, 2015.

¹⁷ Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220.



сделок, по которым были получены уведомления, то в 1982—1986 гг. данная цифра равнялась 0,7 %¹⁸.

Развитие института контроля экономической концентрации в США в 1990-е гг. и в настоящее время и влияние Постчикагской школы экономистов

В начале 1990-х гг. контроль экономической концентрации в США подвергся влиянию так называемой Постчикагской школы — направления в экономической теории, характеризующегося критикой в отношении Чикагской школы. В частности, представители новой школы утверждали, что подходы Чикагской школы слишком абстрактны и упрощены для их практического применения в реальных рыночных условиях.

Представители новой школы также обвиняли Чикагскую школу в чрезмерной вере в способность рынков к саморегулированию. Постчикагская школа рассматривает рынки как «в основном несовершенные, более опасается самостоятельного антиконкурентного поведения доминирующих на рынке лиц, а также верит в эффективность государственного вмешательства»¹⁹. Еще одно отличие Постчикагской школы от Чикагской заключается в том, что последователи первой не отрицают возможные антиконкурентные эффекты вертикальной концентрации.

Данный период в развитии государственного контроля экономической концентрации в США охарактеризовался ростом количества оспариваемых сделок по концентрации, а также ростом роли детального экономического анализа при контроле экономической концентрации²⁰.

В результате описанных выше изменений в 1992 г. ФТК и Департамент юстиции США совместно приняли новое Руководство по анализу горизонтальных слияний, которые, однако, радикально от предыдущей версии все-таки не отличались. После внесения в 1997 г. дополнений новое Руководство стало более ориентированным на выявление положительных эффектов слияний. В частности, Руководство содержало инструкции по выявлению положительных эффектов слияний, способных привести к более низким ценам, улучшению качества товаров, производству новых продуктов и т.д.

Однако Руководство также подчеркивало, что при анализе слияний будут учитываться только те положительные результаты, которые прямо следуют из слияния и не имели бы место без него. Руководство также устанавливало, что положительные результаты должны быть доступны не только сторонам слияния, но и потребителям.

Несмотря на явные преимущества Постчикагской школы, данное направление не смогло полностью реализовать свои идеи в правоприменительной практике.

¹⁸ *Valentine D. A.* Op. cit.

¹⁹ *Kaḡol M. K.* Op. cit. P. 422.

²⁰ *Kovacic W. E., Shapiro C.* Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking // *Journal of Economic Perspectives*. 2000. Vol. 14. № 1. P. 57.

Хотя теории данной школы являются комплексными и отражают реальное состояние рынков, они зачастую очень сложны для применения юристами, которые предпочитают им принципы Чикагской школы. В частности, Чикагская школа предлагает решения, которые просты не только в теории, но и на практике (включая правило государственного невмешательства)²¹.

Однако определенный прогресс в сторону развития индивидуального подхода к анализу сделок экономической концентрации, основанного на экономическом анализе фактических данных о сделках, наметился в 2010 г. с принятием нового Руководства по анализу горизонтальных слияний 2010 г. В частности, новое Руководство предусматривает применение таких инструментов, как моделирование результатов слияния, тест «повышательного ценового давления», анализ критических потерь и т.д.

Заключение

История государственного контроля экономической концентрации в США — государство, где данный институт просуществовал дольше, чем в любом другом (более 125 лет), позволяет сделать вывод о том, что политика (а вместе с ней и правовое регулирование) государственного контроля экономической концентрации является достаточно динамичным инструментом. Так, она может меняться в зависимости от состояния экономики страны, уровня концентрации рынков, антиконкурентных практик хозяйствующих субъектов или развития науки конкурентного права и экономической теории.

Данные выводы могут оказаться полезными и для российской практики по контролю экономической концентрации. Так, согласно докладу ФАС о состоянии конкуренции в России в 2015 г., одной из ключевых проблем для развития конкуренции в России являются государственно-монополистические тенденции в экономике страны²². Такие тенденции приводят к усилению роли монополий в экономике, усложняют конкурентную политику, усиливают монополистические тенденции в неконтролируемом государством экономическом пространстве.

При этом эксперты отмечают²³, что ФАС России отказывает в согласовании сделки по сущностным основаниям только в исключительных случаях (отказы по сущностным основаниям составляют значительно менее половины от общего числа отказов по сделкам, число которых, в свою очередь, составляет всего 2 % от принятых по сделкам экономической концентрации решений).

В таких условиях представляется необходимым анализ мировых практик (в том числе опыта США) для определения наиболее эффективных инструментов, кото-

²¹ Crane D. A. Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago // University of Chicago Law Review. 2009. Vol. 76. P. 1927.

²² Доклад ФАС России о состоянии конкуренции в Российской Федерации. С. 7.

²³ Хохлов Е. С. Контроль за сделками недостаточно строгий // Ведомости. 28 нояб. 2012. URL: https://www.vedomosti.ru/newspaper/articles/2012/11/28/kontrol_zh_sdelkami_nedostatocno_strogij.



рые позволят ФАС России проводить более решительную политику в отношении сделок, иных действий по экономической концентрации с целью предотвращения дальнейшей монополизации российской экономики.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Борисов В. Н.* Микроэкономика : в 5 т. / общ. ред. Ю. В. Чеплянского. — СПб. : Экономическая школа, 2015.
2. *Селигмен Б.* Основные течения современной экономической мысли : пер. с англ. — М., 1968.
3. *Хохлов Е. С.* Контроль за сделками недостаточно строгий // Ведомости. — 28 нояб. 2012. — URL: https://www.vedomosti.ru/newspaper/articles/2012/11/28/kontrol_za_sdelkami_nedostatochno_strogij.
4. *Blake B. R. and Kimball B. A.* When Holmes Borrowed from Langdell: The «Ultra Legal» Formalism and Public Policy of Northern Securities (1904) // The American Journal of Legal History. — 2001. — Pp. 278—321.
5. *Crane D. A.* Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago // University of Chicago Law Review. — 2009. — Vol. 76.
6. *Demsetz H.* Economics as a Guide to Antitrust Regulation // The Journal of Law and Economics. — 1976. — Vol. 19. — Iss. 2.
7. International Directory of Company Histories. — Vol. 64. — St. James Press, 2004.
8. *Kąkol M. K.* The evolution of US Merger Control Policy. Part 2 : 1974—2013 // *Ekonomia i Prawo*. — September 2014. — Vol. 13. — Iss. 3.
9. *Kovacic W. E., Shapiro C.* Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking // *Journal of Economic Perspectives*. — 2000. — Vol. 14. — № 1. — P. 57.
10. *Stiles T. J.* Robber Barons or Captains of Industry? // *History Now. The Journal of the Gilder-Lehrman Institute*. — URL: <https://www.gilderlehrman.org/history-by-era/gilded-age/essays/robber-barons-or-captains-industry>.
11. *Valentine D. A.* The Evolution of U.S. Merger Law (Prepared Remarks before INDECOP Conference). — August 13, 1996.

ВИЗИТНАЯ КАРТОЧКА

КАФЕДРА КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА УНИВЕРСИТЕТА имени О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.137-138

Решение о создании кафедры конкурентного права было принято Ученым советом Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 25 февраля 2013 г.

Перед сотрудниками кафедры стояла непростая задача разработать полностью новую учебную программу, для того чтобы первые занятия состоялись уже в текущем семестре.

Учебно-методический комплекс по курсу «Конкурентное право» был создан уже в марте 2013 г., тогда же начались практические занятия по новой дисциплине. В 2013 г. были разработаны учебно-методические комплексы по спецкурсам «Антиконкурентные соглашения» и «Правовое регулирование рекламной деятельности».

В 2014 г. был издан первый учебник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) по конкурентному праву, который получил высокую оценку в том числе со стороны практикующих юристов.

С 2014 г. кафедра конкурентного права проводит обучение по магистерской программе «Юрист в антимонопольной сфере», которая отличается большой востребованностью как у бакалавров — выпускников Университета, так и уже практикующих юристов.

На кафедре обучаются также аспиранты, которые осуществляют научную разработку актуальных тем в сфере конкурентного права.

Помимо образовательных программ высшего образования (бакалавриат и магистратура), кафедра обеспечивает обучение по программам дополнительного образования и повышения квалификации.

Научно-преподавательский состав кафедры активно участвует в организации и проведении разнообразных публичных мероприятий (форумы, конференции, круглые столы и др.) по направлениям деятельности кафедры. Результаты научной и практической деятельности кафедры регулярно находят свое отражение в публикациях сотрудников.

Основу кафедры конкурентного права составляют ведущие специалисты, длительное время практикующие в сфере конкурентного права.

Возглавляет кафедру кандидат юридических наук, доцент Сергей Анатольевич Пузыревский, заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы.

На кафедре конкурентного права в настоящее время научно-преподавательскую деятельность также осуществляют:

- Денис Александрович Гаврилов, кандидат юридических наук, доцент, советник антимонопольной практики адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»;



- Бэла Олеговна Дударова, кандидат юридических наук, доцент, ведущий юрист юридической фирмы «Самета»;
- Александр Юрьевич Кинев, доктор юридических наук, профессор, Представитель Президента в ЦИК РФ;
- Ярослав Владимирович Кулик, преподаватель, партнер юридической фирмы Art De Lex;
- Олеся Владимировна Мильчакова, кандидат юридических наук, доцент, начальник отдела правовой экспертизы правового управления ФАС России;
- Артем Владимирович Молчанов, преподаватель, начальник правового управления ФАС России;
- Татьяна Евгеньевна Никитина, преподаватель, заместитель начальника Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России;
- Дмитрий Игоревич Серегин, кандидат юридических наук, доцент, советник юридической фирмы ЮСТ;
- Евгений Сергеевич Хохлов, преподаватель, партнер юридической фирмы Antitrust Advisory.

БИБЛИОТЕКА КАФЕДРЫ

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.139-140

Гаврилов, Д. А. Конкурентное право : учебник / Д. А. Гаврилов, С. А. Пузыревский, Д. И. Серегин ; отв. ред. С. А. Пузыревский. — М. : Норма: ИНФРА-М, 2015. — 416 с.

В учебнике комплексно рассмотрены основные институты конкурентного права. Определены предмет и метод правового регулирования, система источников и правовой статус субъектов конкурентного права. Последовательно проанализированы ключевые запреты, направленные на защиту конкуренции. Освещены вопросы юридической ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Отражены основные положения современного конкурентного права, административная и судебная практика применения антимонопольного законодательства.

Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов, работников антимонопольных органов, судей, адвокатов, практикующих юристов, руководителей компаний и предпринимателей.

Антиконкурентные соглашения и недобросовестная конкуренция : учебное пособие / под ред. канд. юрид. наук, доцента С. А. Пузыревского. — М. : Проспект, 2016. — 288 с.

Учебное пособие подготовлено в соответствии с программой учебного курса «Антиконкурентные соглашения и недобросовестная конкуренция» в рамках Программы стратегического развития ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»; НИР «развитие конкурентного права в современной России», проект 2.1.1.1.

Законодательство приведено по состоянию на март 2015 г.

Для студентов и аспирантов образовательных учреждений высшего образования, практикующих юристов, предпринимателей.

Конкурентное право России : практикум / под ред. канд. юрид. наук, доцента С. А. Пузыревского. — М. : Проспект, 2016. — 144 с.

Практикум подготовлен в соответствии с программой учебного курса по конкурентному праву в рамках Программы стратегического развития ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»; НИР «Развитие конкурентного права в современной России», проект 2.1.1.1. Законодательство приведено по состоянию на январь 2015 г.





Гаврилов, Д. А. Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности : монография / Д. А. Гаврилов. — М. : Норма: ИНФРА-М, 2014. — 192 с.

В книге исследуется роль правового механизма защиты от недобросовестной конкуренции в комплексе существующих правовых механизмов охраны исключительных прав на средства индивидуализации. Проводится анализ соотношения норм законодательства о защите конкуренции и законодательства об интеллектуальной собственности на предмет выявления возможных путей распространения антимонопольных требований на действия правообладателя и заключаемые им соглашения, связанные с предоставлением права использования объектов исключительных прав.

Для практикующих юристов, а также студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов. Материалы книги могут быть использованы в процессе преподавания в юридических вузах курсов предпринимательского и конкурентного права, спецкурсов и магистерских программ, посвященных применению законодательства о защите конкуренции, правовой защите от недобросовестной конкуренции и правовой охране интеллектуальной собственности.



Дударова, Б. О. Правовое регулирование рекламной деятельности : курс лекций / Б. О. Дударова, С. А. Пузыревский ; отв. ред. С. А. Пузыревский. — М. : Норма: ИНФРА-М, 2014. — 256 с.

В курсе лекций, подготовленном в соответствии с программой одноименного учебного курса, авторы отразили основные положения современного состояния правового регулирования рекламной деятельности.

Для студентов и аспирантов образовательных учреждений высшего профессионального образования, практикующих юристов, предпринимателей.



Ответственность за нарушения антимонопольного законодательства: проблемы теории и практики : монография / отв. ред. С. В. Максимов, С. А. Пузыревский. — М. : Норма, 2016. — 143 с.

В монографии рассматриваются актуальные проблемы теории и практики гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности за нарушения российского антимонопольного законодательства.

Адресуется научным работникам, преподавателям, аспирантам и студентам юридических и экономических вузов, работникам антимонопольных и правоохранительных органов, адвокатам, судьям, представителям законодательной власти.

РАЗЪЯСНЕНИЕ ПРЕЗИДИУМА ФАС РОССИИ

РАЗЪЯСНЕНИЕ ПРЕЗИДИУМА ФАС РОССИИ ОТ 07.06.2017 № 8 «О ПРИМЕНЕНИИ ПОЛОЖЕНИЙ СТАТЬИ 10 ЗАКОНА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 11)

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.141-167

Настоящие разъяснения подготовлены ФАС России по результатам изучения и обобщения практики применения антимонопольными органами антимонопольного законодательства в целях разъяснения вопросов применения положений статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции).

1. Понятие злоупотребления доминирующим положением

1.1. Общие условия применения запрета злоупотребления доминирующим положением

Предпринимательская деятельность хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, регулируется гражданским законодательством Российской Федерации с учетом особенностей, установленных антимонопольным законодательством.

В отношении предпринимательской деятельности такого хозяйствующего субъекта сохраняют свое действие принципы, установленные статьей 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), такие как равенство участников гражданских отношений, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, беспрепятственное осуществление гражданских прав. В частности, такой хозяйствующий субъект сохраняет свободу в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении условий договора с учетом положений иных федеральных законов.

Вместе с тем на действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, также распространяются и предусмотренные гражданским законодательством обязанности, а именно действовать добросовестно при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей, не извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

В постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (далее — Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 30) отмечается, что статья 10 ГК РФ, запрещающая использование граждан-

РАЗЪЯСНЕНИЕ
ПРЕЗИДИУМА ФАС

РОССИИ



ских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке, относится к нормам ГК РФ, на которых основано антимонопольное законодательство. При этом суду или антимонопольному органу при оценке действий (бездействия) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, следует учитывать положения статьи 10 ГК РФ, части 2 статьи 10, части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, и в частности, определять, были совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав.

При определении обстоятельств осуществления хозяйствующим субъектом своего субъективного права должны приниматься во внимание требования специального закона, предоставляющего соответствующее право и определяющего порядок его реализации. Так, не может быть признана злоупотреблением доминирующим положением реализация хозяйствующим субъектом права тем способом и в той форме, которые прямо предписаны специальным законодательством.

В частности, в рамках рассмотрения дела № А40-125814/09 судом отмечено, что действия хозяйствующих субъектов, результатом которых является или может являться ущемление интересов других лиц, не могут быть признаны злоупотреблением доминирующим положением, если на возможность совершения таких действий прямо указано в нормативном акте, регулирующем соответствующую сферу деятельности (Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05.04.2011 № 14185/10 по делу № А40-125814/09).

Необходимо учитывать, что принцип свободы договора, установленный статьей 1 ГК РФ, в отношении хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, применяется с учетом особенностей, установленных частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, а именно — запрета установления монопольно высокой или низкой цены, недопустимости необоснованного отказа (уклонения) от заключения договора, навязывания контрагенту невыгодных условий, создания для контрагента дискриминационных условий, в том числе ценовая дискриминация и др.

Таким образом, нормы антимонопольного законодательства в части регулирования предпринимательской деятельности хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, корреспондируют принципам гражданского законодательства, не допускающим недобросовестное осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей, и основаны на положениях статьи 55 Конституции Российской Федерации.

1.2. Конструкция правового запрета злоупотребления доминирующим положением

Правовой запрет злоупотребления доминирующим положением, сформулированный в статье 10 Закона о защите конкуренции, включает в себя общий запрет злоупотребления доминирующим положением, а также перечень конкретных форм данного нарушения, который не является исчерпывающим. В связи с этим злоупотреблением доминирующим положением может быть признано также любое деяние, которое прямо не запрещается конкретным пунктом части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, однако содержит все признаки злоупотребления

доминирующим положением, определенные общим запретом злоупотребления доминирующим положением.

Как отметил Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 29.01.2015 № 185-О, в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции называются наиболее распространенные виды злоупотреблений доминирующим положением, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции, а также ущемление интересов других лиц. Из содержания данной нормы следует, что в ней приведен лишь примерный общий перечень запрещенных действий, и соответственно, он носит открытый характер.

При этом необходимо иметь в виду, что если действия хозяйствующего субъекта содержат признаки нарушения, предусмотренного конкретным пунктом части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, то недопустимо осуществлять квалификацию таких действий как нарушение общего запрета злоупотребления доминирующим положением — части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, без указания ее конкретного пункта. Указанная позиция находит свое отражение в судебной практике (например, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25.09.2014 № Ф09-6050/14 по делу № А76-25521/2013).

Исходя из положений части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, как злоупотребление доминирующим положением запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Следовательно, злоупотребление доминирующим положением характеризуется следующей совокупностью взаимосвязанных признаков:

- 1) доминирующее положение хозяйствующего субъекта;
- 2) совершение хозяйствующим субъектом действия (бездействия);
- 3) наступление или возможность наступления негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей;
- 4) наличие объективной взаимосвязи между доминирующим положением, совершением деяния и его негативными последствиями либо возможностью наступления таких последствий.

Вместе с тем необходимо учитывать положения части 2 статьи 10 Закона о защите конкуренции, части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, закрепляющие возможность признания действий (бездействия) хозяйствующих субъектов, предусмотренных частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (за исключением действий (бездействия), указанных в пунктах 1 (за исключением случаев установления или поддержания цены товара, являющегося результатом инновационной деятельности), 2, 3, 5, 6, 7 и 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции), допустимыми.



1.3. Оценка положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке

Само по себе доминирующее положение хозяйствующего субъекта не является объектом правового запрета, если в действиях хозяйствующего субъекта отсутствуют признаки самостоятельного нарушения антимонопольного законодательства.

При определении доминирующего положения антимонопольный орган обязан руководствоваться критериями, которые установлены статьей 5 Закона о защите конкуренции.

Согласно части 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц), включая финансовые организации, или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать 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.

Указанная норма Закона о защите конкуренции содержит качественные критерии доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Помимо качественных критериев существуют также количественные, отражающие определенную долю хозяйствующего субъекта на конкретном товарном рынке.

По общему правилу доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара превышает 50 %.

Вместе с тем пунктом 1 части 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции установлено, что даже при превышении доли хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара 50 % может быть установлено, что положение такого субъекта на рынке не является доминирующим, исходя из отсутствия у него возможности оказывать 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.

Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта — субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

По общему правилу не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает 35 %. Вместе с тем данное правило не применяется в случае коллективного доминирования (часть 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции).

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара превышает 35 %, но менее чем 50 %, должно быть установлено антимонопольным органом исходя из определенных критериев. При установлении антимонопольным органом доминирующего положения хозяйствующего субъекта подлежит установлению не только доля такого субъекта на

соответствующем рынке, но и наличие у хозяйствующего субъекта возможности оказывать влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

В случае, если доля хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара превышает 35 %, но менее чем 50 %, процесс установления доминирующего положения такого хозяйствующего субъекта включает:

- а) оценку динамики доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, которая должна быть неизменной или подвержена малозначительным изменениям;
- б) оценку относительного размера долей на товарном рынке, принадлежащих конкурентам;
- в) оценку возможности доступа на товарный рынок новых конкурентов.

Данный перечень, согласно пункту 2 части 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции, не является закрытым и предполагает использование иных критериев, характеризующих товарный рынок, при определении возможности влияния хозяйствующего субъекта на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке.

Необходимость дополнительной оценки такого влияния обуславливается следующими обстоятельствами:

- а) незначительное (с учетом специфики рынка) превышение относительного размера доли хозяйствующего субъекта с наибольшей долей на рынке доли его ближайшего конкурента;
- б) факты смены хозяйствующего субъекта с наибольшей долей на товарном рынке в течение корректно установленного антимонопольным органом временного интервала в соответствии с Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее — Порядок анализа состояния конкуренции). В случае если временной интервал составляет один год или менее чем один год (срок существования товарного рынка), факты смены хозяйствующего субъекта с наибольшей долей на товарном рынке в течение такого временного интервала должны оцениваться в каждом конкретном случае отдельно с учетом характеристик товарного рынка, указанных в п. 2.3. Порядка анализа состояния конкуренции.

Существуют также специальные правила определения доминирующего положения хозяйствующего субъекта в зависимости от специфики рынка.

Особенности признания хозяйствующего субъекта доминирующим установлены также федеральными законами (Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации, Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»).

В отношении финансовых организаций применяются критерии доминирования, определенные постановлением Правительства Российской Федерации от 09.06.2007 № 359 «Об утверждении условий признания доминирующим положения финансовой организации (за исключением кредитной организации) и правил установления доминирующего положения финансовой организации (за исключением кредитной организации)» и постановлением Правительства Российской Федерации от 26.06.2007 № 409 «Об утверждении условий признания доминиру-



ющим положения кредитной организации и правил установления доминирующего положения кредитной организации».

Указанные нормативные правовые акты Правительства Российской Федерации по аналогии с нормами статьи 5 Закона о защите конкуренции устанавливают необходимость исследования при определении доминирующего положения финансовой организации не только доли на соответствующем товарном рынке, но и возможности оказывать влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, в том числе исследовать динамику доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке и размер долей на товарном рынке, принадлежащих конкурентам.

Необходимо также учитывать положения части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции, согласно которым доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), применительно к которому выполняются в совокупности следующие условия:

- 1) 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 % (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем 8 %);
- 2) в течение длительного периода (в течение не менее чем 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 на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;
- 3) 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.

Для оценки доминирующего положения хозяйствующего субъекта, доля которого не превышает 50 %, необходим анализ качественных характеристик, в том числе оценка возможности влиять на условия обращения товара при наличии у иного хозяйствующего субъекта существенно большей доли на соответствующем товарном рынке.

Для целей установления доминирующего положения временной интервал анализа состояния конкуренции должен включать время (период) совершения предполагаемого нарушения антимонопольного законодательства¹. В то же время необходимо учитывать положения пунктов 3.8, 4.5 Порядка анализа состояния

¹ Изложенная правовая позиция следует из постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 11662/13 по делу № А03-1338/2012.

конкуренции, в соответствии с которыми выбор методов исследования производится, в том числе исходя из сроков исследования и доступности информации.

При этом согласно части 4 статьи 5 Закона о защите конкуренции хозяйствующий субъект вправе представлять в антимонопольный орган или в суд доказательства того, что положение этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке не может быть признано доминирующим.

При определении доминирующего положения хозяйствующего субъекта особое внимание следует обратить на установленные в антимонопольном законодательстве иммунитеты в отношении отдельных хозяйствующих субъектов, выручка которых не превышает 400 млн руб.

Так, одним из существенных изменений, которые внесены Федеральным законом от 03.07.2016 № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 264-ФЗ) является введение иммунитетов для определенных Законом № 264-ФЗ хозяйствующих субъектов в отношении установления в отношении них фактов наличия доминирующего положения и заключения отдельных антиконкурентных соглашений.

Согласно части 2.1 статьи 5 Закона о защите конкуренции не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта — юридического лица, учредителем (участником) которого являются одно физическое лицо (в том числе зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя) или несколько физических лиц, если выручка от реализации товаров за последний календарный год такого хозяйствующего субъекта не превышает четыреста миллионов рублей, за исключением:

- 1) хозяйствующего субъекта, входящего в группу лиц с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами по основаниям, предусмотренным частью 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции. Данное исключение не применяется к хозяйствующим субъектам, входящим в группу лиц по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции; к хозяйствующим субъектам, входящим в группу лиц, участниками которых являются только лица, входящие в группу лиц по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции; к хозяйствующему субъекту, участником которого является индивидуальный предприниматель;
- 2) финансовой организации;
- 3) субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии;
- 4) хозяйствующего субъекта, имеющего в качестве учредителей или участников хозяйствующих субъектов — юридических лиц;
- 5) хозяйственного общества, в уставном капитале которого имеется доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования.

В соответствии с частью 2.2 статьи 5 Закона о защите конкуренции не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта — индивидуального предпринимателя, не входящего в группу лиц с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами по основаниям, предусмо-



тренным частью 1 статьи 9 настоящего Федерального закона, если выручка от реализации товаров такого хозяйствующего субъекта — индивидуального предпринимателя за последний календарный год не превышает четыреста миллионов рублей, а также хозяйствующего субъекта — индивидуального предпринимателя, входящего в группу лиц с другим хозяйствующим субъектом по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции, либо входящего в группу лиц с хозяйствующим субъектом или хозяйствующими субъектами, единственным участником которого или каждого из которых являются одно или несколько лиц, входящих в группу с хозяйствующим субъектом или хозяйствующими субъектами по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции, при условии, что суммарная выручка от реализации товаров таких хозяйствующих субъектов за последний календарный год не превышает четыреста миллионов рублей.

1.4. Противоправное поведение, составляющее злоупотребление доминирующим положением

В большинстве случаев злоупотребление доминирующим положением осуществляется в форме активного поведения хозяйствующего субъекта — действий. Для хозяйствующего субъекта такая форма поведения может выражаться в направлении контрагентам и иным лицам писем, уведомлений, оферты или акцепта, сообщении им информации, заключении договора, публичном распространении информации, в том числе ее размещении на официальном сайте в сети «Интернет».

Кроме того, отдельные формы злоупотребления доминирующим положением могут не иметь внешне выраженного характера, а состоять в принятии внутренних управленческих решений и даче указаний внутри хозяйствующего субъекта или его группы лиц. Например, пункт 4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции запрещает экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства.

Часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции также предусматривает запрет злоупотребления доминирующим положением в форме бездействия, представляющего собой пассивную форму поведения. Однако для квалификации бездействия в соответствии с частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в решении следует устанавливать:

- конкретные действия, которые не были совершены хозяйствующим субъектом;
- обязанность совершения таких действий со ссылкой на нормативный правовой акт (например, положения статьи 10 ГК РФ, статьи 426 ГК РФ, статьи 6, статьи 10 Закона о защите конкуренции и др.) или договор, устанавливающий обязанность совершения таких действий.

1.5. Оценка негативных последствий поведения хозяйствующего субъекта

При оценке наличия или угрозы последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции, наступающих в результате действий (бездействия) доминирующего субъекта, под «общими условиями обращения товара на товар-

ном рынке» могут пониматься условия, исследуемые при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке согласно Порядку анализа состояния конкуренции². Как правило, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на товарном рынке, получает возможность оказывать решающее влияние на следующие общие условия обращения товаров: установление цен, объем (количество) продаваемого (приобретаемого) товара, состав продавцов и покупателей на данном рынке, условия заключения договоров и их дифференциацию в зависимости от контрагентов, возможность отказа от заключения договора, сокращение/прекращение производства товара (в частности, посредством создания искусственного дефицита продукции).

В абзаце 2 пункта 4 Постановления Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 30 указано, что исходя из системного толкования положений статьи 10 ГК РФ и статей 3 и 10 Закона о защите конкуренции для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц.

При этом согласно абзацу 4 пункта 4 Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

Вместе с тем последствия в виде ограничения конкуренции и последствия в виде ущемления интересов влекут разную административную ответственность (за исключением случаев совершения правонарушения субъектом естественной монополии, ответственность которого предусмотрена в любом случае частью 2 статьи 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ)), и при этом административная ответственность в случае ограничения конкуренции является более строгой.

В связи с этим, при применении пунктов 1—11 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства следует определиться с вопросом о том, к каким последствиям приводят или могут привести рассматриваемые действия (бездействие): к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, либо к ущемлению интересов других лиц либо неопределенного круга потребителей (за исключением указанных выше случаев, когда рассматривается дело в отношении субъектов естественных монополий).

Отсутствие обоснования ограничения, недопущения или устранения конкуренции, или возможности наступления таких последствий, квалификация комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства нарушения антимонопольного законодательства определяется исходя из по-

² Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 ; Порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации, утвержденный приказом ФАС России от 28.06.2012 № 433.



следствий в виде ущемления интересов других лиц или неопределенного круга потребителей.

Следует также иметь в виду, что лицо, действия которого содержат признаки злоупотребления доминирующим положением, вправе представить доказательства отсутствия риска наступления негативных последствий как в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции, так и в виде ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности.

1.6. Значение объективной взаимосвязи

В решении антимонопольного органа должна быть дана оценка объективной взаимосвязи между доминирующим положением хозяйствующего субъекта, его действием (бездействием) и негативными последствиями в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц в сфере предпринимательской деятельности, либо неопределенного круга потребителей.

Следует учитывать, что злоупотребление доминирующим положением предполагает необходимость установления антимонопольным органом объективной взаимосвязи между рассматриваемыми действиями и доминирующим положением хозяйствующего субъекта на рынке.

В отсутствие доминирующего положения применяемый хозяйствующим субъектом способ реализации права становится невозможен или экономически нецелесообразен.

Наличие такой объективной взаимосвязи позволяет установить факт злоупотребления доминирующим положением, отграничив его, в частности, от гражданского правонарушения субъекта предпринимательской деятельности.

Поскольку при злоупотреблении доминирующим положением конкретный способ реализации права должен находиться в непосредственной объективной взаимосвязи с доминирующим положением, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, может злоупотребить гражданским правом таким способом, который не связан с его положением на рынке.

Учитывая изложенное, следует отличать:

- а) злоупотребление доминирующим положением, если конкретная форма реализации гражданских прав хозяйствующего субъекта связана с его доминирующим положением;
- б) осуществление субъектом, занимающим доминирующее положение, злоупотребления правом при осуществлении своих прав вне связи с доминирующим положением.

Квалификация действий как злоупотребления доминирующим положением или злоупотребления правом различается применяемыми защитными мерами и мерами ответственности.

Злоупотребление доминирующим положением влечет применение антимонопольным органом мер, направленных на защиту конкуренции, в частности, в виде предписания о прекращении нарушения и устранении его последствий, а также мер административной ответственности (статья 14.31 КоАП РФ). Согласно части 3 статьи 51 Закона о защите конкуренции лицо, чьи действия (бездействие)

признаны монополистической деятельностью или недобросовестной конкуренцией и являются недопустимыми в соответствии с антимонопольным законодательством, по предписанию антимонопольного органа обязано перечислить в федеральный бюджет доход, полученный от таких действий (бездействия). В случае неисполнения этого предписания доход, полученный от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, подлежит взысканию в федеральный бюджет по иску антимонопольного органа. Лицо, которому выдано предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, не может быть привлечено к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, в отношении которого выдано данное предписание, если данное предписание исполнено.

Кроме этого, в судебном порядке в соответствии с частью 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции могут быть взысканы убытки, причиненные вследствие злоупотребления доминирующим положением.

Злоупотребление правом, запрещаемое статьей 10 ГК РФ, может являться основанием для применения судом гражданско-правовых санкций в виде отказа в защите права и возмещения причиненных убытков.

Следует отметить, что согласно пункту 5 Постановления Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 30 антимонопольный орган в ходе контроля за соблюдением антимонопольного законодательства, установив факт злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением (в том числе навязывание цены при заключении договора, неверное применение регулируемых цен (тарифов)), обязан принять меры по прекращению соответствующего нарушения и обеспечению условий конкуренции, а также по привлечению нарушителей к административной ответственности. Однако, прекращая указанное нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков.

Аналогичная правовая позиция изложена в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.07.2006 № 1812/06, из которого следует, что антимонопольный орган не вправе вмешиваться в отношения сторон, если они носят исключительно гражданско-правовой характер, хотя при этом стороной спора и является хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на товарном рынке.

При разграничении злоупотребления гражданским правом и антимонопольного нарушения в виде злоупотребления доминирующим положением необходимо учитывать позицию Верховного Суда Российской Федерации, отраженную в Определении от 04.07.2016 № 301-КГ16-1511 по делу № А82-777/2015. Согласно данной позиции гражданско-правовое нарушение без учета целей Закона о защите конкуренции, без установления обстоятельств, свидетельствующих о нарушении оператором почтовой связи при ненадлежащем оказании услуг почтовой связи норм антимонопольного законодательства, которое обусловлено именно



злоупотреблением им своим доминирующим положением, имеет антиконкурентную направленность, привело или могло привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц и, соответственно, требует принятия мер антимонопольного регулирования — не является нарушением антимонопольного законодательства.

2. Злоупотребление доминирующим положением, которое приводит к ограничению конкуренции на ином товарном рынке (рынках)

Статья 10 Закона о защите конкуренции содержит запрет на действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей. При этом указанная норма не уточняет товарный рынок, на котором могут иметь место указанные последствия в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции.

Действия хозяйствующих субъектов на разных товарных рынках могут быть взаимозависимы и (или) взаимодополняемы. Например, рынки, на которых покупатели приобретают сырье и иные материалы для производства готового изделия, связаны с рынками готовых изделий, которые впоследствии приобретаются покупателями, рынок готовых изделий напрямую зависит от рынков сырья и иных материалов, используемых для производства готового изделия.

Таким образом, результатом действий (бездействия) доминирующего хозяйствующего субъекта на товарном рынке, где такой субъект доминирует, могут являться негативные последствия на иных рынках, на которых указанный субъект не доминирует. В некоторых нормативных правовых актах³ такие взаимосвязанные рынки именуются «смежными».

Особое внимание следует уделять вопросам доказывания, поскольку они имеют непосредственное влияние на правильность квалификации деяния.

Процесс доказывания негативных последствий на иных товарных рынках складывается, в том числе из установления и доказывания следующих необходимых обстоятельств:

- совершения действий (бездействия) на товарном рынке, где доминирует хозяйствующий субъект (далее — «рынок доминирования»);
- доминирующего положения хозяйствующего субъекта на указанном рынке⁴;
- указание иного товарного рынка, наступление (возможность наступления) негативных последствий на котором устанавливается;
- наступление или возможность наступления негативных последствий на ином (смежном) товарном рынке;

³ Так, понятие «смежный рынок» встречается, например, в пункте 9.5 Порядка анализа состояния конкуренции.

⁴ Порядок установления доминирующего положения изложен ранее в пункте 1.3 настоящих Разъяснений.

— объективная взаимосвязь между действиями (бездействием) субъекта и наступлением или возможностью наступления негативных последствий на смежном рынке.

Необходимо отметить, что ограничение конкуренции на смежных рынках может быть допустимо (в соответствии с положениями части 2 статьи 10 Закона о защите конкуренции, части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции). При определении последствий в виде ограничения конкуренции или ущемления интересов хозяйствующих субъектов на смежном товарном рынке следует исходить из последствий не только для хозяйствующих субъектов, выступающих в качестве продавцов на таком рынке, но и для потребителей на смежном рынке.

Антимонопольному органу следует в первую очередь установить, на каком товарном рынке совершены рассматриваемые действия (бездействие) доминирующего хозяйствующего субъекта.

Антимонопольный орган должен во всех случаях устанавливать наличие или отсутствие доминирующего положения хозяйствующего субъекта именно на том товарном рынке, на котором совершены спорные действия (допущено бездействие).

У хозяйствующего субъекта, действующего на одном товарном рынке (в том числе доминирующего на таком рынке), могут возникать различные обстоятельства, побуждающие его осуществлять деятельность на смежном товарном рынке. Такими обстоятельствами могут быть: а) особенности спроса потребителей на товар, определяющие одновременное приобретение (потребление) товаров; б) технологические преимущества от одновременного производства нескольких товаров; в) использование результатов научно-исследовательских (опытно-конструкторских работ) для производства нескольких товаров; г) возможность координации выпуска товаров и комплектующих к ним; д) снижение рисков нарушения долгосрочных договоров поставщиками или подрядчиками и т.д.

Таким образом, осуществление доминирующим хозяйствующим субъектом деятельности на смежных товарных рынках, равно как и само состояние «смежности» не создают риски ограничения конкуренции. Именно поэтому, если доминирующий на одном рынке хозяйствующий субъект совершает действия (бездействие) исключительно на другом, пусть даже смежном товарном рынке, такие действия не являются злоупотреблением доминирующим положением при отсутствии действий на рынке доминирования.

При установлении объективной взаимосвязи между злоупотреблением доминирующим положением с ограничением конкуренции на смежном рынке необходимо, во-первых, устанавливать экономическую и (или) технологическую связь между двумя рынками. Определить товарные рынки как смежные антимонопольный орган должен исходя из обстоятельств каждого конкретного дела. При этом само по себе наличие смежных рынков не означает необходимость оценки последствий либо угрозы наступления последствий на них для рассмотрения конкретного дела, если не установлена прямая и непосредственная экономическая связь между рассматриваемыми действиями на одном рынке и существенными для конкуренции последствиями (угрозой наступления последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей) на другом.



При доказывании экономической и (или) технологической связи между двумя рынками следует учитывать, что смежными рынками могут быть, например, рынки товаров (работ, услуг):

- а) использование которых необходимо (технологически или экономически) для производства и транспортировки товаров (выполнения работ, оказания услуг), составляющих продуктовые границы иного товарного рынка, в том числе в качестве необходимой (ключевой) инфраструктуры, либо
- б) производство и (или) реализация которых экономически или технологически невозможна без применения товаров (работ, услуг), составляющих продуктовые границы иного товарного рынка, либо
- в) которые являются необходимым дополнением при потреблении либо реализации иных товаров (работ, услуг).

Во-вторых, устанавливается объективная взаимосвязь между рассматриваемыми действиями (бездействием) на одном рынке и последствиями на другом. Формальный подход, состоящий исключительно в декларировании угрозы наступления последствий на смежном рынке без надлежащего доказывания такой угрозы, недопустим. Целесообразно при этом различать ситуации, когда доминирующий хозяйствующий субъект является одновременно участником иного товарного рынка (продавцом или покупателем на нем) и когда доминирующий хозяйствующий субъект не присутствует на смежном рынке.

Наиболее характерной ситуацией, когда присутствует прямая и непосредственная экономическая связь между рассматриваемыми действиями на одном рынке и последствиями на другом, является *присутствие доминирующего субъекта как участника одновременно на двух смежных товарных рынках*. В случае, когда доминирующий хозяйствующий субъект одновременно действует на двух рынках, он может:

- а) использовать доминирующее положение на одном рынке (рынке доминирования) для монополизации (достижения доминирующего положения) на смежном товарном рынке, например, путем вытеснения оттуда конкурентов (сокращение числа хозяйствующих субъектов).

Примером таких действий является дело, в рамках которого антимонопольным органом было установлено как ущемление интересов оператора связи на рынке предоставления услуг доступа к абонентским линиям, так и непосредственно связанное с ним ограничение конкуренции на рынке услуг доступа к сети Интернет (Решение ФАС России от 08.06.2009 № АГ/17658).

- б) осуществлять действия на одном товарном рынке так, чтобы препятствовать развитию конкуренции на другом рынке, где доминирует хозяйствующий субъект. Примером может служить дело о злоупотреблении при пропуске трафика, в рамках которого обвиняемый хозяйствующий субъект занимал доминирующее положение с долей *менее* 50 % на рынке пропуска местного трафика и с долей значительно *больше* 70 % на рынке пропуска зонового трафика. Отказ в пропуске на местном уровне трафика, прошедшего через зоновые узлы связи других операторов, мог приводить к поддержанию и усилению доминирующего положения (и так близкого к монопольному) на рынке пропуска зонового трафика (дело № А40-80583/10).

В случаях, когда хозяйствующий субъект использует доминирующее положение на одном рынке для увеличения рыночной власти (получения доминирующего положения) на смежном товарном рынке, он может действовать как путем влияния на предложение товара на смежном рынке, так и путем влияния на спрос потребителей на смежном рынке.

Влияние *на предложение* на смежном товарном рынке может состоять в ограничении возможности конкурирующих на смежном рынке хозяйствующих субъектов предлагать товар из-за ограниченного доступа к товарам, которые используются для производства товаров в последующем на ином товарном рынке, путем отказа от поставки, установления монопольно высокой цены или дискриминационных цен.

Такие примеры на рынках услуг связи рассмотрены выше. Действия могут также оказывать влияние *на спрос* на смежном товарном рынке путем экономически или технологически необоснованного ограничения возможности выбора потребителей, например, путем несовместимости взаимодополняющих товаров, одновременно продажи взаимодополняющих товаров без возможности приобретения их отдельно.

Следует отметить возможность создания доминирующим хозяйствующим субъектом препятствий доступу на товарный рынок.

Начало осуществления любой деятельности (доступ на рынок в качестве продавца/покупателя) подразумевает наличие определенных препятствий экономического, нормативного и иного характера.

Правовая природа запрета злоупотребления доминирующим положением в виде необоснованного создания препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам обусловлена недопустимостью создания дополнительных искусственных барьеров к осуществлению или прекращению деятельности на товарном рынке. При этом возможны ситуации, при которых нарушение будет носить комплексный характер. Указанное нарушение будет состоять как в создании препятствий доступу на товарный рынок, так и выходе из товарного рынка.

Примеры таких действий присутствуют в сфере электроэнергетики, где весьма часто имеет место ограничение, недопущение, устранение конкуренции на смежных рынках. Объясняется это тем, что экономические отношения в электроэнергетике организованы в форме *двухуровневой системы*: оптовый и розничные рынки.

Таким образом, отрицательные последствия, предусмотренные статьей 10 Закона о защите конкуренции, могут иметь место как на оптовом рынке, так и на розничном.

Примером рассматриваемого случая является дело № А40-144041/10, в котором имела место ситуация двойственности последствий: как для рынка, на котором действует доминирующий хозяйствующий субъект, так и для смежного рынка.

Из позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации⁵ следует, что при квалификации деяния со сходными фактическими обстоятельствами важно:

⁵ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11.12.2012 № 3660/12.



- а) установить наличие отрицательных последствий, предусмотренных статьей 10 Закона о защите конкуренции, как на оптовом рынке, так и на розничном;
- б) при квалификации действий хозяйствующего субъекта в качестве злоупотребления необходимо установить его доминирующее положение на том рынке, находясь и пользуясь рыночной властью на котором, в том числе в совокупности с иными обстоятельствами, он мог оказывать и оказывал негативное влияние как на рынок доминирования, так и на иной рынок (в данном случае смежный).

Возможны ситуации, когда *доминирующий хозяйствующий субъект оказывает влияние на смежные товарные рынки, на которых он не присутствует.*

Квалифицирующий признак в виде ограничения конкуренции может быть установлен на смежном рынке, где хозяйствующий субъект самостоятельно не действует. К таким делам подлежит применению более высокий стандарт доказывания. При определении условий квалификации такого злоупотребления может использоваться доктрина *essential facilities* / доктрина «необходимых ресурсов», применяемая в зарубежном праве (США, ЕС). Данная доктрина предполагает обязательное установление в совокупности следующих условий:

- а) наличие доминирующего положения у хозяйствующего субъекта на рынке доминирования;
- б) наличие потребительского спроса на товар на смежном рынке;
- в) наличие у доминирующего хозяйствующего субъекта ресурсов (любых товаров, инфраструктуры, работ или услуг), необходимых для осуществления деятельности на смежном рынке. Данное условие устанавливается отдельно от установления доминирующего положения на рынке доминирования. Оно характеризуется тем, что товары, работы или услуги, поставляемые таким субъектом, не могут быть ничем заменены при осуществлении деятельности на смежном рынке (в том числе путем параллельного создания аналогичной инфраструктуры или выпуска аналогичных товаров субъектом, действующим на смежном рынке). Такая ситуация характерна при полностью монополизированных рынках, когда в разумной перспективе не ожидается возникновение конкуренции на них;
- г) действия (бездействие) доминирующего хозяйствующего субъекта по отказу в предоставлении ресурсов приведет к устранению (именно устранению, а не любому ограничению конкуренции) конкуренции на смежном товарном рынке, либо к невозможности эффективно конкурировать на смежном рынке в долгосрочном периоде. При этом также устанавливается степень влияния действия (бездействия) доминирующего хозяйствующего субъекта на смежный рынок;
- д) возможность (технологическая, экономическая и иная) доминирующего хозяйствующего субъекта предоставить доступ к ресурсам и отсутствие обстоятельств, предусмотренных статьей 13 Закона о защите конкуренции, обосновывающих допустимость действий доминирующего хозяйствующего субъекта.

3. Особенности определения последствий злоупотребления доминирующим положением, выразившихся в ущемлении интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности и неопределенного круга потребителей

Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в статью 10 Закона о защите конкуренции внесен ряд изменений. В частности, конкретизированы положения относительно злоупотребления доминирующим положением в форме ущемления интересов других лиц.

Рассматриваемая форма злоупотребления доминирующим положением ограничена и разделена на два самостоятельных состава:

- а) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности;
- б) ущемление интересов неопределенного круга потребителей.

Применительно к ущемлению интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности.

Исходя из рассматриваемой формулировки ущемляемые интересы должны непосредственно затрагивать именно предпринимательскую деятельность хозяйствующего субъекта.

В соответствии с пунктом 5 статьи 4 Закона 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.

Согласно абзацу 3 части 1 статьи 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Вместе с тем следует отметить, что предпринимательская деятельность не тождественна деятельности, приносящей доход, — второе по своему содержанию шире первого.

Антимонопольным органом должно быть установлено в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства при доказывании такого последствия как нарушение прав хозяйствующего субъекта и отражено в решении по делу, что интересы хозяйствующего субъекта, которые ущемлены/могут быть ущемлены в результате злоупотребления доминирующим положением, относятся к сфере предпринимательской деятельности. При этом об отношении интереса к предпринимательской деятельности будет свидетельствовать его непосредственная взаимосвязь с производством и реализацией хозяйствующим субъектом товаров, выполнением работ, оказанием услуг.



Примером описываемой ситуации может являться дело № А06-4111/2015. В рассматриваемом случае действия общества повлекли ущемление интересов хозяйствующего субъекта ООО ПКФ «Консалтинг Проф», являющегося посредником между энергоснабжающей организацией и гражданами потребителями. Судом установлено, что при таких обстоятельствах допущенное ПАО «МРСК Юга» нарушение правомерно квалифицировано антимонопольным органом как нарушение части 1 статьи 10 Закона о конкуренции.

Вместе с тем не будет являться злоупотреблением ущемление интересов, связанных с общехозяйственными нуждами организации (данный вывод косвенно, в том числе, подтверждается определением Верховного Суда Российской Федерации от 04.07.2016 № 301-КГ16-1511 по делу № А82-777/2015), при условии, что ущемление не будет затрагивать неопределенный круг потребителей.

Следует заметить, что в случае, если действия (бездействие) доминирующего субъекта ущемляют интересы хозяйствующего субъекта — предпринимателя, выступающего в качестве приобретателя, и в то же время интересы неопределенного круга иных лиц — приобретателей (в том числе потенциальных приобретателей), то данные действия (бездействие) образуют состав злоупотребления доминирующим положением в форме ущемления интересов неопределенного круга потребителей.

Применительно к ущемлению интересов неопределенного круга потребителей.

Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ статья 4 Закона о защите конкуренции дополнена пунктом 23, в соответствии с которым потребитель — юридическое лицо или физическое лицо, приобретающие товар.

Определение понятия «потребитель» в Законе о защите конкуренции существенным образом отличается от определения аналогичного понятия в Законе Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», которое в рамках антимонопольного законодательства не применимо.

Антимонопольное законодательство рассматривает в качестве потребителя любое лицо, вступающее (потенциально могущее вступить) в правоотношения, опосредующие переход к данному лицу прав на такие объекты гражданских прав, как товары, результаты работ, оказание услуг независимо от целей приобретения. Так, например, потребителями являются: физическое лицо, приобретающее товар для личного потребления (конечный потребитель); завод-изготовитель, приобретающий сырье или полуфабрикаты в производственных целях; дилер, приобретающий товар с целью последующей перепродажи.

Понятие неопределенного круга лиц наиболее активно используется в правоприменительной и судебной практике в рамках Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и Закона Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей»⁶.

Анализ данной практики показывает, что основным квалифицирующим признаком неопределенного круга лиц является невозможность индивидуализиро-

⁶ Письмо ФАС России от 05.04.2007 № АЦ/4624 ; разъяснения ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения ст. 18 Федерального закона “О рекламе”»; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за 1 квартал 2004 года.

вать (определить) лиц, чьи права и интересы затронуты или могут быть затронуты рассматриваемыми действиями в определенный момент.

При этом невозможность индивидуализации лиц характеризуется отсутствием общих для данных лиц критериев, позволяющих ограничить (определить) закрытость круга лиц, и вероятностью изменения состава данных лиц во времени и пространстве.

Таким образом, злоупотребление доминирующим положением выражается в ущемлении интересов неопределенного круга потребителей в случае нарушения прав и интересов круга таких юридических или физических лиц, которых невозможно индивидуализировать/ограничить, в том числе по причине вероятности изменения во времени и пространстве состава круга лиц, затронутых действиями доминирующего субъекта.

4. Предупреждение о прекращении злоупотребления доминирующим положением

Кроме ранее существовавших оснований выдачи предупреждения хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, в случае выявления признаков нарушения пунктов 3 (навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него и не относящихся к предмету договора) и 5 (экономически или технологически необоснованный отказ либо уклонение от заключения договора) части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, в настоящее время⁷ предусмотрена выдача предупреждений в случае выявления признаков нарушения доминирующим субъектом также:

- а) пункта 6 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен);
- б) пункта 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (создание дискриминационных условий).

Принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении запретов, предусмотренных пунктами 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

Необходимо отметить, что в случае, если антимонопольный орган усматривает в действиях хозяйствующего субъекта конкретные виды злоупотребления доминирующим положением, по которым выдача предупреждения является обязательной, то следует выдавать предупреждение. Возбуждать дело по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в таком случае недопустимо.

В том случае, когда доминирующим хозяйствующим субъектом совершены действия, которые содержат признаки нарушения одновременно пунктов 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, требующих выдачи предупреждения, и иных запретов, предусмотренных частью 1 статьи 10 Закона о за-

⁷ Статья 39.1 Закона о защите конкуренции в редакции Федерального закона от 05.10.2015 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».



щите конкуренции, антимонопольному органу следует выдать предупреждение по признакам нарушения пунктов 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, а в отношении действий, подпадающих под иные запреты, рассмотреть вопрос о возбуждении дела.

В соответствии с частью 4 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции предупреждение должно содержать:

- 1) выводы о наличии оснований для его выдачи;
- 2) нормы антимонопольного законодательства, которые нарушены действиями (бездействием) лица, которому выдается предупреждение;
- 3) перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, устранение последствий такого нарушения, а также разумный срок их выполнения.

Приказом ФАС России от 22.01.2016 № 57/16 утвержден Порядок выдачи предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, а также форма такого предупреждения (далее — Порядок № 57/16).

Как следует из норм Закона о защите конкуренции, предупреждение по пунктам 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции выдается только хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение на определенном товарном рынке.

Соответственно, перед выдачей предупреждения по указанным пунктам требуется проведение анализа состояния конкуренции на соответствующем рынке.

Полнота и этапы проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке определены в пункте 1.3 Порядка анализа состояния конкуренции. Данным пунктом также предусмотрено, что по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции субъектом естественной монополии на рынке, функционирующем в условиях естественной монополии, обзор состояния конкурентной среды на товарном рынке должен включать меньшее количество этапов, выполняется в виде обзора состояния конкуренции, а по итогам такого обзора в соответствии с пунктом 11.3 Порядка анализа состояния конкуренции составляется краткое описание полученных результатов (краткий отчет (обзор)).

При проведении анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитных организаций при осуществлении ими банковских операций антимонопольным органам следует учитывать особенности проведения данного анализа, установленные приказом ФАС России от 26.08.2012 № 433.

Предупреждение в период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае выявления признаков нарушения пунктов 3, 5, 6 и 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции может быть выдано также только после установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта по результатам проведения необходимого для этого анализа состояния конкуренции.

При этом необходимо иметь в виду, что если доминирующее положение хозяйствующего субъекта было установлено при возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства (например, дело возбуждено по признакам нарушения статьи 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции), то проведение по-

вторного анализа состояния конкуренции для целей выдачи предупреждения по признакам нарушения пунктов 3, 5, 6 или 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в период рассмотрения дела не требуется.

Если же дело было возбуждено по признакам нарушений, не связанных с доминированием, то при установлении признаков нарушения пунктов 3, 5, 6 или 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции необходимо будет провести анализ состояния конкуренции и установить доминирующее положение хозяйствующего субъекта в соответствии с требованиями Порядка анализа состояния конкуренции.

При принятии решения об отказе в возбуждении дела о нарушении статьи 10 Закона о защите конкуренции ввиду отсутствия признаков нарушения антимонопольного законодательства проводить анализ состояния конкуренции на товарном рынке не требуется, если только отказ в возбуждении дела не связан исключительно с отсутствием доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Так, в соответствии с пунктом 3.16 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией, утвержденного Приказом ФАС России от 25.05.2012 № 345, в случае принятия решения об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства процедура установления доминирующего положения подлежит прекращению.

Поскольку в соответствии с пунктом 1 части 4 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган должен указать в предупреждении выводы о наличии у хозяйствующего субъекта признаков доминирующего положения на товарном рынке, которые содержатся в аналитическом отчете (кратком отчете (обзоре)), составленном по результатам проведения анализа состояния конкуренции, то антимонопольным органом по запросу хозяйствующего субъекта, которому выдано предупреждение, предоставляется для ознакомления этому хозяйствующему субъекту аналитический отчет (краткий отчет (обзор)), послуживший основанием для выдачи предупреждения, с соблюдением требований, предусмотренных законом о государственной и иной охраняемой законом тайне.

Согласно части 5 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции предупреждение подлежит обязательному рассмотрению лицом, которому оно выдано, в срок, указанный в предупреждении. Срок выполнения предупреждения должен составлять не менее чем десять дней.

По мотивированному ходатайству лица, которому выдано предупреждение, и при наличии достаточных оснований полагать, что в установленный срок предупреждение не может быть выполнено, указанный срок может быть продлен антимонопольным органом.

Таким образом, в случае, если антимонопольный орган выдал предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, и лицо, которому выдано такое предупреждение, до истечения срока, установленного в предупреждении, заявило мотивированное ходатайство о продлении срока его выполнения, то антимонопольный



орган, рассмотрев такое ходатайство, может принять решение о продлении срока выполнения предупреждения.

Учитывая, что специальная форма для решения о продлении срока выполнения предупреждения положениями Закона о защите конкуренции и Порядка № 57/16 не предусмотрена, такое решение может быть оформлено в виде письма антимонопольного органа с указанием на удовлетворение или частичное удовлетворение ходатайства лица, обратившегося за продлением срока выполнения предупреждения и с обязательным указанием на вновь установленный срок для выполнения предупреждения. Указанное письмо должно быть подписано руководителем антимонопольного органа. В период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства соответствующее решение о продлении срока исполнения предупреждения должно быть оформлено в виде определения комиссии.

Антимонопольному органу следует учитывать, что ч. 5 ст. 39.1 Закона о защите конкуренции не препятствует повторному обращению хозяйствующего субъекта с ходатайством о продлении срока исполнения предупреждения, в удовлетворении которого не может быть отказано на том лишь основании, что было отказано в удовлетворении первоначального такого ходатайства, если в повторном ходатайстве приводится дополнительное обоснование или приводятся обстоятельства, которые не были приведены в первоначальном ходатайстве.

Для достижения целей выдачи предупреждения антимонопольный орган вправе предоставить по собственной инициативе или по письменному ходатайству хозяйствующего субъекта, которому выдано предупреждение, разъяснения предупреждения, которые не должны выходить за пределы предупреждения и расширять содержащиеся в нем требования.

В случае предоставления разъяснений предупреждения антимонопольному органу срок исполнения предупреждения с учетом характера разъяснений может быть продлен.

При рассмотрении ходатайства о продлении срока исполнения предупреждения и (или) о даче разъяснений вопросов, связанных с исполнением предупреждения, антимонопольный орган оценивает такое ходатайство с точки зрения его разумности, добросовестности, а также на предмет злоупотребления правом со стороны хозяйствующего субъекта, подавшего ходатайство.

Антимонопольный орган должен быть уведомлен о выполнении предупреждения в течение трех дней со дня окончания срока, установленного для его выполнения. При условии выполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не возбуждается и лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в связи с его устранением (части 6 и 7 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции).

Закон о защите конкуренции не предусматривает обязанности хозяйствующего субъекта представлять доказательства выполнения предупреждения. Однако лицо, которому выдано предупреждение, может самостоятельно представить доказательства о выполнении предупреждения либо антимонопольный орган, в случае наличия сомнений в выполнении предупреждения, может запросить у хозяйствующего субъекта такие доказательства или иные дополнительные доказательства.

Антимонопольный орган при выдаче предупреждения обязан обеспечить его направление тому хозяйствующему субъекту, которому оно адресовано. В случае поступления информации о неполучении этим хозяйствующим субъектом предупреждения либо получении предупреждения иным хозяйствующим субъектом, которому предупреждение не было адресовано, антимонопольному органу следует направить предупреждение надлежащему хозяйствующему субъекту.

Неполучение хозяйствующим субъектом предупреждения по не зависящим от него обстоятельствам и, как следствие, его неисполнение в указанный в предупреждении срок, означает невозможность принятия антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в связи с неисполнением предупреждения.

При этом необходимо учитывать положения пункта 3 статьи 54 ГК РФ, в соответствии с которой юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

Исходя из этого, в условиях наличия у антимонопольного органа информации о получении хозяйствующим субъектом предупреждения по его юридическому адресу (в том числе, если такая информация получена с использованием соответствующего интернет-сервиса ФГУП «Почта России»), а также неисполнения хозяйствующим субъектом такого предупреждения в установленный им срок, у антимонопольного органа существуют основания для возбуждения в отношении этого хозяйствующего субъекта дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании части 8 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с частью 8 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции в случае невыполнения предупреждения в установленный срок при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган обязан принять решение о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в срок, не превышающий десяти рабочих дней со дня истечения срока, установленного для выполнения предупреждения.

Следует отметить, что выдача предупреждения в период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства осуществляется комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, если при рассмотрении такого дела установлены признаки нарушения пунктов и (или) статей, указанных в статье 39.1 Закона о защите конкуренции, которые не были известны на момент возбуждения такого дела (часть 3 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции).

В таком случае, возбужденное дело о нарушении антимонопольного законодательства подлежит отложению в соответствии с пунктом 1 части 1.1 статьи 47 Закона о защите конкуренции. Кроме того, в случае выявления признаков нарушения пунктов и (или) статей, указанных в статье 39.1 Закона о защите конкуренции,



ции, которые не были известны на момент возбуждения такого дела, антимонопольный орган вправе выделить дело в отдельное производство.

Антимонопольному органу следует учитывать, что исполнение предупреждения полностью исключает возможность возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства по тем действиям (бездействию) хозяйствующего субъекта, обнаружение признаков нарушений антимонопольного законодательства в которых послужило основанием для выдачи исполненного предупреждения, даже если после исполнения предупреждения хозяйствующим субъектом в антимонопольный орган поступили новые сообщения об этих действиях хозяйствующего субъекта, совершенных в период, предшествующий дате выполнения предупреждения.

В то же время, если новые сообщения содержат в себе сведения об иных действиях хозяйствующего субъекта, содержащих в себе признаки нарушений антимонопольного законодательства, предусмотренных пунктами 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, это может служить основанием для выдачи нового предупреждения.

В случае установления после возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства (в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства или в ходе рассмотрения судебного дела, в котором обжалуется предупреждение) факта своевременного исполнения предупреждения производство по этому делу подлежит прекращению на основании части 7 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции.

Необходимо отметить, что законодательством установлен ряд требований к предупреждению.

Обоснованность выдачи предупреждения предполагает, что антимонопольному органу следует выдавать предупреждения только при наличии действительно явных признаков нарушения антимонопольного законодательства и не допускать случаи выдачи предупреждений в отсутствие достаточных оснований полагать, что такие признаки имеются.

Исполнимость и определенность предупреждения предполагает предъявление хозяйствующему субъекту требований о совершении конкретных, то есть ясно сформулированных, недвусмысленных и заведомо исполнимых требований.

Антимонопольный орган не должен выдавать заведомо неисполнимые предупреждения, в том числе не ясно изложенные, допускающие неоднозначное толкование и/или содержащие неопределенные требования, поскольку это, в силу пункта 3 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере (утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016), является самостоятельным основанием для признания предупреждения незаконным.

Разумность срока выполнения предупреждения предполагает предоставление хозяйствующему субъекту времени для исполнения предупреждения, соразмерного указанным в предупреждении действиям, которые хозяйствующий субъект должен совершить для исполнения предупреждения, но не менее 10 дней. При определении срока для исполнения предупреждения необходимо учитывать,

насколько выполнимы указываемые в предупреждении действия исходя из их количества, объема действий, которые требуется совершить хозяйствующему субъекту, и иных обстоятельств, которые напрямую влияют на исполнимость предупреждения. Следует учитывать недопустимость как неоправданного сокращения срока для выполнения таких действий, так и неоправданного увеличения этих сроков.

Необходимо отметить ряд важных факторов, касающихся предупреждений в целом.

I. Важность соблюдения формальных требований:

- форма предупреждений обязательно должна соответствовать форме, утвержденной Порядком № 57/16;
- название акта должно быть единообразным — «предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства»;
- необходимо четко раскрывать в тексте предупреждения суть нарушения, не ограничиваться поверхностными формулировками;
- предупреждения должны содержать квалификацию в соответствии с Законом о защите конкуренции, следует не допускать замены одного пункта другим (нарушение выражается в установлении разных цен на оказываемые услуги, а предупреждение вынесено по пункту 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);
- предупреждения подлежат направлению в адрес лиц, совершивших то или иное нарушение антимонопольного законодательства, Законом о защите конкуренции не предусмотрено, что предупреждение необходимо направлять в адрес других лиц (например, для сведения);
- лицам, заявления которых послужили основанием для направления хозяйствующему субъекту предупреждения, данное предупреждение не направляется, вместе с тем таким лицам направляется информация о том, что указанному хозяйствующему субъекту антимонопольным органом выдано предупреждение;
- в предупреждениях обязательно должен быть указан срок их исполнения;
- предупреждения должны быть подписаны уполномоченным на это должностным лицом (руководителем ФАС/УФАС либо временно исполняющим обязанности руководителя ФАС/УФАС), в случае выдачи предупреждения комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, предупреждение подписывается председателем и всеми членами комиссии;
- предупреждения размещаются в едином разделе ненормативных правовых актов ФАС России (на сайте ФАС России в сети Интернет) в соответствии с Положением об информационной политике Федеральной антимонопольной службы и ее территориальных органов, утвержденным приказом ФАС России от 10.11.2015 № 1069/15.

II. Важность соблюдения содержательных требований:

- предупреждение должно обязательно включать в себя перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого



нарушения, устранение последствий такого нарушения (не допускается неопределенность формулировок без указания конкретных действий, которые необходимо совершить или прекратить в определенный срок, в том числе такие формулировки, как: «путем совершения иных действий», «и др.», «впредь не допускать нарушение антимонопольного законодательства»; также недопустимо указывать на принятие мер организационного характера: «ознакомить сотрудников», «провести разъяснительные работы»);

— предупреждения должны быть исполнимыми.

Необходимо отметить ряд особенностей, связанных с обжалованием предупреждения в судебном порядке.

Хозяйствующий субъект вправе обжаловать предупреждение в арбитражный суд. Предупреждение отвечает признакам ненормативного правового акта, установленным в части 1 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) и его оспаривание допускается в порядке главы 24 АПК РФ, поскольку принято уполномоченным государственным органом на основании статей 22 и 39.1 Закона о защите конкуренции в отношении конкретного хозяйствующего субъекта и содержит властное предписание, возлагающее на общество обязанность, и влияющее тем самым на права хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской деятельности⁸.

При этом поскольку предупреждение выносится при обнаружении лишь признаков правонарушения, а не его факта (часть 2 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции), то судебной проверке подлежит факт наличия таких признаков по поступившим в антимонопольный орган информации и документам, как основаниям вынесения предупреждения⁹.

Антимонопольному органу следует иметь в виду, что судебный акт, подтверждающий законность предупреждения, не предрешает наличие в действиях (бездействии) хозяйствующего субъекта нарушения антимонопольного законодательства, поскольку суд при проверке законности предупреждения не устанавливает обстоятельства, подтверждающие факт совершения правонарушения, а лишь ограничен проверкой наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства, указанных в предупреждении.

В связи с этим указанный судебный акт не является доказательством законности решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства при его обжаловании в судебном порядке, и наличие такого судебного акта не освобождает антимонопольный орган от обязанности доказывать законность решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Обжалование предупреждения в судебном порядке не является препятствием для возбуждения антимонопольным органом дела о нарушении антимоно-

⁸ Аналогичные выводы содержатся в Обзоре по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016.

⁹ Пункт 3 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации.

польного законодательства. Напротив, возбуждение такого дела является обязательным для антимонопольного органа в случае невыполнения предупреждения в установленные сроки и при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства в силу норм части 8 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции. В то же время антимонопольный орган на основании части 3 статьи 47 Закона о защите конкуренции вправе приостановить рассмотрение возбужденного дела о нарушении антимонопольного законодательства до принятия арбитражным судом итогового судебного акта по делу об обжаловании предупреждения или вступления этого акта в законную силу.

Авторы-составители
раздела:

**Юрий Григорьевич
ШПАКОВСКИЙ**,
главный редактор журнала
«Вестник Университета
имени О.Е. Кутафина»,
доктор юридических наук,
профессор
yurii-rags@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва,
Садовая-Кудринская ул., д. 9

**Ирина Викторовна
ПОТАПЧУК**,
преподаватель ф-та
журналистики МГУ
им. М.В. Ломоносова,
начальник редакционно-
издательского
отдела Федерального
агентства по управлению
государственным
имуществом
i.potapchuk@mail.ru
109012, Россия, г. Москва,
Никольский пер., д. 9

В 1890 г. Конгресс Соединенных Штатов принял законодательный акт против синдикатов. Он явился первым антимонопольным законом для Америки и вторым в современной истории (первый антимонопольный закон был принят в Канаде годом раньше — в 1899 г.).

Антитрестовский закон, составленный сенатором Джоном Шерманом, стал своеобразным актом объявления войны корпорациям. Дело в том, что конец XIX в. оказался для Соединенных Штатов временем скоростной трансформации в страну корпоративного капитализма. Монополии, тресты ограничивали свободу рыночной конкуренции, громадное число предприятий малого и среднего бизнеса разорялись, не выдержав диктата крупных корпораций. О какой-либо конкуренции не могло быть и речи. Так, например, нефтяной трест Standard Oil, основанный в 1870 г. и принадлежавший Джону Рокфеллеру, к началу XX в. контролировал уже 95 % рынка нефтепродуктов США.

Однако этот закон не был направлен против трестов и монополий как таковых, его целью была защита торговли и коммерции от монополии и ограничений. Текст его провозглашал, что препятствование свободной торговле путем создания трестов (монополий), а также вступление с этими целями в сговор есть не что иное, как преступление. Вместе с тем он касался прямых и явных ограничений свободной торговли не только в национальном масштабе (между отдельными штатами), но и в международном.

Названный по имени своего инициатора, закон был одобрен сенатом в апреле 1890 г. (51 голос против одного), палатой представителей (единогласно) и утвержден президентом У. Г. Гаррисоном. В силу закон вступил 2 июля 1890 г. Однако в течение десятилетия Антитрестовский закон Шермана находился в «спящем» режиме, пока к нему не обратился президент США Теодор Рузвельт.

¹ Привод. по: Янжул И. И. Промысловые синдикаты или предпринимательские союзы для регулирования производства преимущественно в Соединенных Штатах Северной Америки. СПб., 1895 (пер. автора).

При подготовке материалов использовались издания из Фонда редких книг и ценных изданий Российской государственной библиотеки; Фонда редких книг Государственной публичной исторической библиотеки; отдела книгохранилища Тульской областной универсальной научной библиотеки; личных библиотек.

Сенатом и домом представителей Соединенных Штатов Америки, собравшихся в Конгрессе, постановляется следующее:

Статья 1. Всякий договор, комбинация в форме ли trust или иначе, или сговор (conspiracy) для ограничения промышленности или торговли, между отдельными штатами или с иностранными государствами, сим объявляются незаконными. Каждое лицо, которое вступит в такой контракт или будет участвовать в такой комбинации или сговоре, должно считаться виновным в проступке и, по удостоверению в том, должно быть наказано штрафом не более 5 000 долларов, или тюремным заключением не свыше 1 года, или подлежит обоим видам наказания, по усмотрению суда.

Статья 2. Каждое лицо, монополизирующее, или пытающееся монополизировать, или соединяющееся с другим лицом или лицами, дабы монополизировать какую-нибудь часть промышленности или торговли между отдельными штатами или с иностранными государствами, должно быть признано виновным в проступке и, по удостоверению в том, наказано штрафом не свыше 5 000 долларов, или тюремным заключением не свыше 1 года, или подлежит обоим видам наказания по усмотрению суда.

Статья 3. Всякий договор, комбинация, в форме ли trust или иначе, или сговор для ограничения промышленности или торговли на протяжении всей территории Соединенных Штатов или округа Колумбия, или для ограничения промышленности или торговли между одной территорией и другой, или между несколькими территориями или отдельными штатами и округом Колумбией, или с иностранными государствами, или между округом Колумбией и каким-либо штатом или штатами или иностранными государствами и проч. объявляется незаконным. Каждое лицо... и проч. (как в ст. 1).

Статья 4. Окружные суды Соединенных Штатов Америки сим уполномочены судебным порядком препятствовать и ограничивать случаи нарушения настоящего акта; а на прокуроров Соединенных Штатов в их участках возлагается обязанность под руководством генерального прокурора вчинять иск против таких правонарушений. Такое дело начинается описанием подлежащего случая и просьбой к суду, чтобы такое нарушение было прекращено или иначе уничтожено. Когда лица, на которых жалуются, будут известны должным образом, то суд, по возможности скоро, переходит к слушанию и рассмотрению дела и до окончательного решения суд может принять такие меры предупреждения, какие признает нужными.

Статья 5. В случае надобности суд может вызвать и других лиц к заседанию, все равно, живут ли данные лица в этом округе, или нет, и за неявку может быть наложен штраф.

Статья 6. Всякого рода собственность, составляющая предмет этого контракта, комбинации или синдиката и перевозимая из одного штата в другой или в иностранное государство, подлежит конфискации правительства и может быть захвачена одинаково как бы она составляла контрабанду.



Джон ШЕРМАН
(1823—1900) —

американский
политик, член палаты
представителей, сенатор
от штата Огайо,
35-й Государственный
секретарь США,
32-й министр
финансов США



Статья 7. Всякое лицо, которое понесло убытки в своем занятии или собственности, благодаря чему-либо запрещаемому в настоящем законе, может представить иск в любой окружной суд Соединенных Штатов, где только живет или находится ответчик, без отношения к размерам иска, и должно быть удовлетворено втрое против суммы убытка, помимо стоимости судебных расходов и вознаграждения адвоката.

Статья 8. Слова — «лицо» и «лица», употребляемые в настоящем акте, должны включать корпорации или ассоциации, существующие и имеющие полномочия по законам Соединенных Штатов, или какой-либо территории, или штата, или иностранного государства».



Известная карикатура Джозефа Кепплера 1889 г., опубликованная в журнале Puck² («Шайба»), изображает роль корпоративных интересов в Конгрессе.

Надпись справа над дверным проемом: «Вход для монополистов».

Подпись под карикатурой: «Хозяева сената».



На обложке журнала Puck 1902 г. президент Рузвельт как борец с трастами старается отмыть теневые финансы.

Подпись под карикатурой: «Ах ты грязный мальчишка!»

² Puck — самый известный американский политический журнал в конце XIX — начале XX в.

Юридическое наследие

НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ¹

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.171-182



Август Исаакович КАМИНКА (1865—1941 (предполож.)) — российский юрист, общественный и политический деятель, публицист, издатель. Окончил в 1888 г. юридический факультет Санкт-Петербургского университета (видный ученик профессора Н. Л. Дювернуа). Был приват-доцентом Петербургского университета по кафедре гражданского и торгового права, читал общий курс торгового права (1905—1912). Одновременно преподавал право

на Высших женских (Бестужевских) курсах (с 1909).

В 1918 г. эмигрировал в Финляндию, с 1920 г. жил в Берлине. Соучредитель издательства «Слово», председатель Русской академической группы в Берлине.

В последние годы жил в Риге. После захвата Риги немецкими войсками в июле 1941 г. началось массовое истребление евреев. Скорее всего, А. И. Каминка погиб в результате уничтожения населения Рижского гетто осенью 1941 г.

Быть может, лучшим доказательством того огромного практического значения, которое в настоящее время представляет борьба с недобросовестной конкуренцией, может служить то обстоятельство, что в Германии, где еще только в 1896 г. был выработан специальный закон для борьбы с ней, 1 июня 1909 опубликован новый закон, направленный на эту же борьбу. Закон этот является, по существу, новым, значительно исправленным и во многом допол-

¹ Каминка А. И. Недобросовестная конкуренция // Каминка А. И. Очерки торгового права. Изд. 2. СПб., 1912.

«Первое издание “Очерков” разошлось значительно быстрее, нежели предполагал автор, — писал Август Исаакович Каминка в предисловии к 2-му изданию своего труда. — Поэтому ко второму изданию оказалось необходимым приступить без той переработки, которая была желательна, и пришлось ограничиться небольшими добавлениями, вызванными по преимуществу появлением новых трудов по вопросам, которым посвящены настоящие очерки. Больше всего таких добавлений, конечно, в главе о предпринимательских союзах, что обусловливается как новизной этого явления, находящегося в процессе образования, так и обширностью новейшей литературы, занятой его изучением».



ненным изданием закона 1897 г. И то внимание, с которым разные слои общества относились к проекту этого закона, свидетельствует о том, что оно в полной мере сознает все практическое значение усовершенствования способов борьбы с недобросовестностью в сфере делового оборота.

Но не только для Германии вопрос этот представляет серьезный практический интерес. Наша торгово-промышленная жизнь идет в общем теми же путями, хотя и представляет ряд своеобразных особенностей, частью связанных с тем, что мы постоянно отстаем и испытываем прямое влияние Запада, избавляющее нас от необходимости и частью лишаящее нас возможности собственным опытом доходить до тех же результатов, которые на Западе являются результатом аналогичных причин. Поэтому совершенно естественно, что и у нас проявились все те формы недобросовестной конкуренции, с которыми борется западноевропейский законодатель. Изучение этой борьбы представляет поэтому для нас не один академический интерес. Это — зло современной жизни как на Западе, так и у нас.

Достаточно сравнить современные словари, посвященные вопросам правовой и хозяйственной жизни, со словарями, выходившими в прошлом столетии, для того, чтобы убедиться, в какой мере мы тут имеем дело с явлением новым. В то время, как в словарях Савари, Мак-Куллоха мы ничего не находим по этому вопросу, в словаре Конрада ему посвящена, и притом совершенно основательно, большая статья.

Было бы, однако, несправедливо рассматривать эту новизну как доказательство большей порчи нравов, падения добросовестности среди торгового класса. Мы полагаем, что, наоборот, добросовестность в торговле не уменьшается, но, в виде общего правила, увеличивается. Недобросовестные приемы, стремление надуть проявлялось в торговле во все времена и притом в доброе старое время в формах, несравненно более бесцеремонных, нежели проявляется теперь. Оставляем в стороне античную торговлю, которая представляет нам картины самой бесцеремонной эксплуатации. Но и в течение Средних веков мы отнюдь не наблюдаем в области торговли особой щепетильности, особой добросовестности, которую мы могли бы поставить в пример современному купцу. Зло, по существу, не новое, новы только формы его проявления. Понятно, широкое применение приемов недобросовестной конкуренции стало возможным только тогда, когда конкуренция вообще приняла широкие размеры.

Средневековая организация торговли стремилась не столько к тому, чтобы урегулировать, сколько к тому, чтобы исключить всякую конкуренцию. Мы находим здесь мероприятия, направленные к гарантии против таковой вообще; таковы меры, обеспечивающие участие всем возможным конкурентам в покупке необходимых материалов, ограничение размеров производства, далеко идущая специализация в разрешенной каждому деятельности и устранении таким образом возможности новых конкурентов, запрещение взятия на себя окончания работы, начатой другим, и т.д. В какой мере склонность к обманам в области торгового, да и вообще делового, оборота была, однако, явлением повседневным, видно хотя бы из того, что цеховые организации считали себя вынужденными принимать целый ряд мер к тому, чтобы защищать публику против обмера, обвеса, дурного качества товара и т.д. Крайне идеализируя цеховую организацию Средних веков, Гирке в своем капитальном исследовании (*Rechtsgeschichte der*

deutschen Genossenschaft) подробно описывает ту сложную сеть мероприятий, которая имела единственной целью защитить публику против недобросовестных приемов со стороны продавцов и упорядочить саму торговлю, устранив недобросовестную рекламу, и т.п.



Отто Фридрих фон ГИРКЕ (1841—1921) — *германский юрист, профессор истории права и гражданского права. Принадлежал к так называемым германистам — последователям реакционной исторической школы права. В частности, усматривал самобытное начало германского права в общности людей, в общественных союзах, проникнутых «социальным духом».*

Было бы поэтому более справедливо не ставить в пассив современному обществу те многочисленные формы недобросовестной конкуренции, в изобретении которых несомненно проявились значительные таланты, но, наоборот, внести ему в актив ту энергичную борьбу, которую законодательство, поддерживаемое и поощряемое общественным мнением, ведет с этими формами. Французская судебная практика проявила огромную энергию в этой борьбе, не имея на своей стороне, строго говоря, поддержки законодателя. Немецкий суд обнаружил в этом вопросе большую сдержанность. Но, считаясь с этим, германский законодатель счел себя вынужденным взять в свои руки эту борьбу.

Какая из этих двух систем более целесообразная?

Ставя этот вопрос, мы понимаем его не в том смысле, что его решение может быть одинаковым для всех стран и времен. Бывают эпохи, совершенно неспособные к законодательному творчеству, бывают суды, бывают судебные организации, совершенно неприспособленные к тому, чтобы вести борьбу со злом без помощи законодательной указки. Вопрос только в том, какой из этих двух путей является более радикальным средством борьбы.

Путь судебной борьбы представляется менее совершенным. Прежде всего трудности ее обуславливаются тем, что часто недобросовестность проявляется в пользовании тем, что, казалось бы, составляет право данного лица.

Возьмем пример из последней практики Министерства торговли по вопросам фирменного права. Некий А. И. Абрикосов устроил в Туле конфетную фабрику под фирмой «А. И. Абрикосов и сыновья». Не будем останавливаться на подробностях этого дела, здесь для нас интересен самый факт пользования своим подлинным именем для несомненно недобросовестной конкуренции с фирмой, которой продолжительной деятельностью удалось стяжать известную репутацию в глазах большой публики. И, конечно, суду весьма трудно бороться с такого рода злоупотреблением своим правом.

Далее, неудобства этого пути заключаются в том, что он ставит борьбу в полную зависимость от частной инициативы. Между тем очень часто недобросовестный прием торговли, нанося самый существенный вред интересам публики, не поражает прав отдельного лица, которое могло бы взять на себя инициативу процесса. В очерке, посвященном вопросу о фирмах, мы уже обращали внимание на эти трудности судебной борьбы. Купец недобросовестно пользуется фирмой лица, уже умершего. Очевидно, даже и правопреемники



этого последнего не имеют никакого интереса в том, чтобы воспретить такое, хотя бы и неправомерное, пользование этой фирмой, если они не продолжают торгового дела под этой фирмой. Правда, каждый из публики, введенный этим в заблуждение и понесший вследствие этого убытки, может предъявить иск. Однако иск этот может быть направлен лишь на отыскание убытков, истцу нанесенных. Таким образом, самая важная с точки зрения общественного интереса задача — прекращение возможности дальнейших обманов — этим, во всяком случае, не может быть достигнута. Далее, и доказать размеры понесенных при этом убытков по большей части окажется совершенно невозможным, часто и убытков этих может не быть. В предприятии, под недобросовестной фирмой действующему, товары могут, однако, продаваться по ценам, обычным для такого рода товаров. Покупатель, приобретая у этой фирмы товары, очевидно, никаких убытков не несет. Но тем не менее положение это не должно быть законодателем терпимо.

Но, сказав, что центр тяжести в этой борьбе необходимо перенести на законодателя, мы отнюдь еще не исчерпали всех трудностей вопроса. Как должен законодатель вести эту борьбу? Перечислить ли в законе все формы недобросовестной конкуренции или же дать в законе общее определение, предоставляя суду его применение в каждом отдельном случае? В настоящее время мы имеем в этом отношении чрезвычайно поучительный опыт германского законодателя. В 1896 г., впервые вступая на путь законодательного нормирования этого вопроса, он ограничился перечислением тех видов конкуренции, которые как недобросовестные он считал запрещенными и влекущими за собой ряд невыгодных последствий. Законодатель исходил при этом из убеждения, что нельзя дать общего определения недобросовестной конкуренции. К тому же против недобросовестной деятельности, противоречащей господствующим в обороте представлениям о добрых нравах, казалось, достаточную гарантию представлял § 826 BGB, возлагающий обязанность возмещения убытков, причиненных умышленно способом, противным добрым нравам. Однако на практике постановление этого параграфа оказалось недостаточно эластичным для того, чтобы дать возможность бороться с разными приемами недобросовестной конкуренции, нетерпимыми в благоустроенном торговом обороте и тем не менее не подпадающими под реквизиты § 826 как ввиду отсутствия умышленности в нанесении вреда, так и ввиду отсутствия или невозможности доказать этот вред. А между тем виды недобросовестности все более и более размножались, принимая, именно ввиду исчерпывающего характера перечислений в законе 1896 г., такие формы, которые в нем не были предусмотрены. И вот, после некоторых колебаний, германский законодатель в новом законе стал на иной путь. Он дает общее понятие недобросовестной конкуренции, отличной от неправомерных деяний, предусмотренных § 826. Но в то же время рядом с этим общим определением, при применении которого свободе судейского усмотрения предоставлен значительный простор, закон сохраняет (несколько лишь модифицируя) перечисление тех форм конкурентной деятельности, которые как явно недобросовестные он считает абсолютно недопустимыми.

Эта новая постановка вопроса в германском законе представляется чрезвычайно любопытной. Она свидетельствует о том, что путем опыта Германия

пришла к тому выводу, что без общего определения невозможно обойтись, что каждое перечисление, как бы заботливо оно ни было сделано, оказывается, если и не в момент составления закона, то, во всяком случае, в ближайшем будущем, явно недостаточным. А вместе с тем законодатель, при всем своем стремлении к общему определению, не видит возможности выработать такое определение, которое было бы достаточно для того, чтобы дать судье точные указания для каждого отдельного случая.

И действительно, если мы обратимся к вопросу, что же такое эта недобросовестная конкуренция, требующая столь энергичной против себя борьбы со стороны законодателя, то мы убедимся в том, что это и до настоящего времени вопрос, остающийся весьма спорным и в теории. И, однако, если законодатель счел себя вынужденным не ограничиться перечислением, но рядом с ним дать и общее определение, то это является лучшим доказательством того, что настало уже время, когда теория должна пролить несколько больше света на этот вопрос.

Недобросовестная конкуренция — это вид конкуренции вообще. Борясь с этим ее видом, мы в то же время и до настоящего времени признаем конкуренцию главным движущим нервом современного не только торгового, но и делового оборота. Недаром новый германский закон, говоря о конкуренции недобросовестной, признает ее не только в сфере торговой, но и во всем деловом обороте (*geschäftlichen Verkehre*). Правда, исчезла в настоящее время наивная вера во всепоспешительную силу конкуренции как источник и гарантии полной гармонии интересов. Государство признает себя обязанным приходить на помощь слабым в их экономической борьбе с сильным, сдерживать его любострастительные инстинкты. Мало того, в течение последних десятилетий даже и частная инициатива потеряла веру в спасительную силу этой конкуренции и, как мы укажем в очерке, посвященном картелям и синдикатам, пытается именно путем устранения конкуренции в области предпринимательской деятельности достигнуть действительной гармонии интересов. Однако эти новые пути хозяйственной деятельности в настоящее время только намечаются. И если в общем и в настоящее время признание конкуренции как необходимого элемента хозяйственной деятельности может считаться бесспорным, то в такой же мере бесспорно, что недобросовестная конкуренция является злом, которое не должно быть терпимо. Где же, однако, граница, отделяющая полезную конкуренцию от вредной?



Отто МАЙЕР (1846—1924) — немецкий юрист, профессор публичного права в Страсбурге, потом в Лейпциге. В обоих университетах был ректором.

Наиболее соблазнительной казалась попытка найти объективный критерий для различения. Удача такой попытки донельзя облегчала бы дальнейшую борьбу со злом. Такой критерий, притом философски обоснованный, хотели найти в понятии пользования при конкурентной деятельности своими или чужими силами, — критерий, который, кажется, впервые выдвинул Отто Майер. Его последовательно



защищал Шулер, и он нашел себе убежденного защитника и в русской литературе. Согласно этому взгляду, когда человек в борьбе за клиентуру, в борьбе за успех пользуется только своими силами, он конкурирует добросовестно, когда же он прибегает к силам другого, конкуренция становится недобросовестной. Нам представляется, однако, что этот критерий и теоретически неправилен и практически не может служить сколько-нибудь надежным средством различения. Как ни заманчив с первого взгляда принцип, что можно добросовестно конкурировать, прибегая в жизненной борьбе лишь к собственным силам, его отнюдь нельзя последовательно проводить. Не подлежит ни малейшему сомнению, что предприниматель в коммерческой борьбе старается использовать не только и даже не столько собственные силы, сколько благоприятную для него конъюнктуру, складывающуюся в значительной степени из условий, в которых эти силы предпринимателя не играют никакой роли. Предприниматель может даже прибегать при этом к разного рода неблагоприятным приемам, и все же мы не будем иметь понятия недобросовестной конкуренции. Так, например, если предприниматель, хотя бы путем некорректных действий, узнаёт, что в известном направлении проводится железная дорога и, пользуясь этими сведениями, устраивает промышленное предприятие, которое именно благодаря своему положению привлекает к себе всю местную клиентуру, то победа в конкуренции окажется одержанной отнюдь не собственными силами предпринимателя, и все же, с точки зрения понятия недобросовестной конкуренции, едва ли будет возможно потребовать закрытия этого предприятия.

В это требование вводят засим некоторое ограничение; говорят, что запрещение привлекать чужие силы относится именно к силам конкурентов. Но это значительно видоизменяет самое обоснование понятия недобросовестной конкуренции. Если мы говорим: надо пользоваться только собственными своими силами, то в этом есть известное нравственное начало, быть может, практически и неосуществимое, но, во всяком случае, совершенно понятное. Но когда засим делается дальнейшее добавление, что это относится только к силам конкурента, то нравственное значение этого положения значительно уменьшается в своем объеме. Тут, очевидно, центр тяжести уже не в пользовании только собственными силами, а в требовании известного поведения по отношению к конкуренту. И, таким образом, основное понятие недобросовестной конкуренции остается необоснованным.

Если, однако, оговорка эта сама по себе не может служить достаточным коррективом к теории недобросовестной конкуренции как пользованию не своими силами, то она все же заслуживает внимания в том отношении, что указывает на необходимость особой заботы со стороны законодателя об отношениях конкурирующих между собой предпринимателей. Быть может, именно то обстоятельство, что эти отношения обыкновенно не выделяются особо при рассмотрении вопроса о недобросовестной конкуренции, до известной степени мешает выяснить вопрос.

По отношению к публике опасность со стороны конкурирующих предприятий заключается в возможности введения публики в заблуждение как относительно свойств товаров, так и относительно достоинства торговых фирм. Поскольку же речь идет о неправильностях во взаимных отношениях конкурентов, действи-

тельно, дело не в введении в заблуждение, сообщении неверных сведений и т.п. действиях. Тут налицо соблазн воспользоваться чужим трудом за пределами допустимого с точки зрения правильно поставленной конкуренции. Но прежде, нежели обратиться к рассмотрению этой специальной борьбы с недобросовестностью в области конкуренции, рассмотрим основной случай, когда недобросовестность направлена против широкой публики. Для того, чтобы бороться с этой недобросовестностью, едва ли возможно выдвигать в настоящее время такие еще недостижимые идеалы, как требование в жизненной борьбе пользоваться только собственными силами. К решению вопроса необходимо подойти с другой, более практической стороны. Наиболее простым решением могло бы казаться простое распространение и на борьбу с недобросовестной конкуренцией постановлений § 826 BGB. Именно, согласно этой статье, «кто умышленно причинит вред другому способом, противным добрым нравам, тот обязан возместить ему этот вред». Как известно, статья эта появилась в BGB лишь после весьма продолжительной борьбы с иными тенденциями, не усматривавшими основания для ответственности за действия, совершенные в пределах субъективного права лица. Скоро, однако, выяснилось, что и этот шаг, *казавшийся* слишком смелым, оказался недостаточным для действительной борьбы с теми формами конкуренции, которые не соответствовали более нашим представлениям о допустимом в упорядоченном торговом обороте. И это несмотря даже и на то, что закон 1896 г. о недобросовестной конкуренции заключал в себе целый репертуар наиболее распространенных способов конкуренции, которые признавались недобросовестными и помимо § 826. Нам думается, именно сопоставление текста этого параграфа со специальной статьей 1 закона 1909 г. о недобросовестной конкуренции должно дать нам ключ к выяснению особенностей понятия недобросовестной конкуренции, как оно складывается в современном правосознании.

Отличия этого специального закона заключаются в том, что, во-первых, не требуется умышленности при совершении действий, противных добрым нравам, во-вторых, нет надобности, чтобы действия эти, предпринятые в сфере делового оборота в целях конкуренции, причинили другому вред, для того чтобы их следовало признать действиями неправомерными и потому подлежащими требованию прекращения. Нам думается, что именно в этих особенностях и ключ к объяснению современного понятия недобросовестной конкуренции. Граница, отделяющая конкуренцию добросовестную от недобросовестной, должна проходить там, где кончаются приемы, полезные с точки зрения правильно поставленного торгового оборота, построенного на принципах добросовестного отношения предпринимателя к своей клиентуре. Задача законной конкуренции заключается в привлечении возможно большей клиентуры. Но привлечение это не должно преследовать задачи вовлечения публики в невыгодные или нежелательные для нее сделки. Наоборот, приемы эти должны публике помогать разбираться в сравнительных достоинствах фирм и предлагаемых ими публике товарах и услугах.

Понятно, все приемы, которые ведут к целям противоположным, должны быть вместе с тем признаны приемами недобросовестной конкуренции. Но так как приемы эти остаются в одинаковой мере нетерпимыми, безразлично, будут ли они предприняты с умыслом причинить другому вред или без такового замысла, то



закон 1909 г., в отличие от § 826 BGB, исключает этот признак умышленности при квалификации действий как противных добрым нравам. Пусть предприниматель сознательно вовсе и не стремился к обману, но в результате того или другого приема он таковой допустил, и действие это не должно быть терпимо, хотя бы оно даже и не нанесло материального ущерба третьему лицу. Так, купец продает хлопок, рекламируя его в качестве хлопка египетского. В действительности это хлопок среднеазиатский, менее ценный и более дешевый, нежели хлопок египетский. Однако этот хлопок продается рекламистом по ценам не египетского, но действительно азиатского хлопка. Таким образом, купец не только не причиняет покупателю никакого вреда, но вовсе и не имеет в виду таковой вред ему причинить, сообщая неверные сведения о происхождении товара. Тем не менее сообщение таковых сведений не должно быть терпимо. В результате этих действий, если покупатель и не несет прямого ущерба, то косвенный наносится всему торговому обороту, т.к. все же некоторые преимущества в торговле лицо приобретает только потому, что оно решается сообщать публике заведомо неверные сведения: часть покупателей азиатского хлопка если бы и не могла за эти цены приобрести хлопок египетский, то, во всяком случае, приобрела бы этот азиатский хлопок у других торговцев, и, таким образом, эти другие, более добросовестные купцы пострадали только потому, что они не пожелали сообщить заведомо неверных сведений. К тому же часть покупателей азиатского хлопка под видом хлопка египетского предпочла бы, быть может, заплатить дороже за египетский, если бы убедилась в том, что таковой дешевле приобрести невозможно. Вот те соображения, в силу которых деловой оборот должен к конкурентной деятельности предъявлять повышенные требования. Элемент умысла безразличен, достаточно наличности действий, противоречащих добрым нравам. И это противоречие добрым нравам в области конкуренции мы будем иметь во всех тех случаях, когда извращается та задача, ради которой вообще конкуренция допускается: ознакомление публики с разного рода товарами, с разного рода фирмами, т.е. когда, конкурируя, предприниматели прибегают к распространению ложных фактов. И если мы обратимся к рассмотрению закона 1909 г., то убедимся, что главное его содержание заключается именно в борьбе со злоупотреблениями, направленными на то, чтобы сообщить публике неверные сведения относительно таких особенностей товаров, которые могут их побудить таковые приобрести. Конечно, общественную опасность представляют при этом только те сведения, которые сообщаются не отдельному лицу при ведении с ним переговоров о заключении единичной сделки, — тут покупателя охраняют общие законы об обмане и ошибке, — но те, которые обращаются публично, к неопределенному кругу лиц, — обращения, известные под названием рекламы в широком смысле этого слова.

Конечно, по самому существу рекламы предприниматель, прибегая к ней, имеет в виду не интересы публики, но свои личные. Однако до тех пор, пока она держится в границах истинности, она, несомненно, служит и интересам этой последней. Только потому, что она удобна, выгодна и для публики, она и пользуется таким значительным, ежедневно увеличивающимся успехом. Профессор Вернер Зомбарт, в наделавшей в свое время много шума статье о рекламе, старается

дать более точное определение этого явления. Он рекламой считает всяческое восхваление своих товаров, направленное на то, чтобы заставить публику приобрести определенные товары, купить их у определенной фирмы. Дело, однако, в том, что трудно провести сколько-нибудь определенную границу, отделяющую эту рекламу от простых оповещений публики. И если существо рекламы правильно характеризуется этими словами Зомбарта, то вместе с тем эта невозможность проведения сколько-нибудь определенной границы между простым оповещением публики и восхвалением товаров, хотя бы и чрезвычайно крикливым, служит лучшим доказательством необходимости в интересах делового оборота, в интересах самой публики допущения широкой рекламы вообще, не исключая и рекламы крикливой.



Вернер ЗОМБАРТ (1863—1941) — немецкий экономист, социолог и историк, философ культуры.

Эстетическая точка зрения, на которую становится Зомбарт, выступая против широкого распространения рекламы, в особенности среди красивых деревенских ландшафтов, свидетельствует о художественных вкусах автора, но едва ли может иметь серьезное значение в сфере делового оборота. Но именно потому, что реклама является лучшим и наиболее распространенным способом привлечения клиентуры, следовательно, лучшим способом конкурирования, она является и ареной наибольшего количества злоупотреблений, наибольшего количества проявлений недобросовестной конкуренции. Поэтому ей посвящены первые статьи закона 1909 года. § 3, воспрещая ложную рекламу, не ограничивается, однако, указанием на запретность ложных сведений, но считает необходимым более подробно указать, в чем эта недопустимая лживость сведений может проявиться. И самый этот примерный репертуар способов недобросовестной конкуренции путем рекламы является лучшим доказательством того распространения, которое получила недобросовестность в этой сфере.

§ 3 воспрещает сообщение сведений о деловых отношениях, в особенности касающихся свойств происхождения (*Beschaffenheit*), способа производства или определения цены товаров или промысловых услуг, о способе и месте получения товаров, о размерах запасов, о полученных наградах, о причинах и целях продажи, если сведения эти способны вызвать представление об особой выгоде предлагаемого предложения. С точки зрения законодательной техники следует сказать, что статья эта отличается неуместным плеоназмом. К чему это длинное перечисление, когда можно было бы ограничиться кратким установлением запретности сообщения в рекламах ложных сведений, способных в глазах публики создать представление об особой выгоде приобретения товаров? Полагаем, однако, что достаточным оправданием для германского законодателя является новизна законодательной борьбы с этим злом, которое сегодня воспрещается, а вчера еще терпелось и законодателем, и обществом, и съездом. Законодатель поэтому как бы не доверяет самому себе и, воспретив в общей форме проявле-



ние лживости в рекламах, считает засим необходимым перечислить и известные ему виды этой лживой рекламы.

Недопустимость такой лживой рекламы устанавливается законодателем совершенно независимо от вопросов доброй воли или злого умысла. Это ясно из сопоставления § 3 с § 4, который карает тюрьмой до одного года и денежным штрафом до 5 000 марок или одним из этих двух наказаний, в случае если действия, не допускаемые § 3, совершены с намерением ввести в заблуждение сознательно неверными данными.

Но закон не ограничивается запрещением сообщений ложных сведений в целях привлечения клиентуры. Для того, чтобы упорядочить условия конкурентной деятельности, надо пойти несколько дальше. Дело в том, что бывают случаи, когда нет надобности в сообщении фактов, прямо ложных, когда вся обстановка такова, что если не принять специальных мер к тому, чтобы разъяснить публике действительный смысл происходящего, она имеет все шансы впасть в заблуждение. Эти случаи не попадут под действие § 3 и 4 закона 1909 года. Можно ли их будет подвести под понятие действий, противоречащих добрым нравам, представляется в отдельных случаях весьма сомнительным. А потому единственно действительный способ борьбы с этим злом — это прямое урегулирование в законе этих случаев, установление таких требований, при соблюдении которых был бы устранен риск введения публики в заблуждение. Таковы распродажи. Объявляя о распродаже, торговый дом может и не указать никаких оснований производства таковой. Тут, следовательно, совершенно не будет сообщения ложных сведений. И тем не менее публика, естественно, будет склонна в каждой распродаже усматривать для себя случай особенно выгодной покупки товаров, ибо распродажа как таковая свидетельствует о продаже форсированной и, следовательно, совершаемой по более дешевым ценам. Ведь только в этих видах и производятся распродажи. Поэтому закон требует, чтобы в публикациях о распродажах была указана причина таковой и чтобы указание это соответствовало действительности.

При этом для применения этой статьи не требуется непременно упоминания в объявлениях слова «распродажа». Достаточно любого указания в объявлении о продаже товаров вследствие прекращения торговли, прекращения торговли каким-либо видом товаров, сдачи части помещения и т. п. причин, свидетельствующих о распродаже. Точно так же закон принимает особые меры к тому, чтобы не было злоупотреблений с указанием на продажу товаров конкурсной массы.

Далее, весьма легко вводить публику в заблуждение, вовсе не прибегая к прямым обманам, когда ввиду особых свойств товаров публика лишена возможности критического отношения к определению количества или качества приобретаемого товара. Так, например, при покупке белого хлеба, продаваемого не с весу, при покупке в гостиницах и ресторанах крепких напитков стаканами или кружками. Далее, бывают предметы, которые особенно ценятся в зависимости от места своего происхождения (токайское вино, мюнхенское пиво и т.п.). Между тем большая публика далеко не всегда в состоянии определить без ошибок, действительно ли ей продается товар соответствующего происхождения. И фактически обман может быть налицо не только в тех случаях, когда публику прямо

заверяют в том, что она имеет дело с подлинным товаром, с таким-то его количеством, но и тогда, когда по обстановке продажи она могла заключить о том, что таковой ей продается. Поэтому закон предоставляет союзному совету издание постановлений, в силу которых те или другие виды товаров в розничной продаже могут продаваться в определенном только количестве веса, меры или числа или обязательно с указанием на самом товаре или его упаковке количества, числа, меры товара, или места его происхождения.

Но одной защиты против сообщения публике ложных сведений относительно товаров недостаточно. В современном обороте большая публика при выборе предметов для приобретения вынуждена руководствоваться не только и даже не столько сознательным критическим отношением к товарам, сколько доверием к той фирме, к тому торговому предприятию, в котором товары эти приобретаются. В очерке, посвященном торговым фирмам, мы уже указали огромное значение именно этого обстоятельства в торговом обороте, которое и должно быть законодателями в полной мере принято во внимание. Мы указали, что именно по этим соображениям законодатель должен заботливо относиться к вопросу о торговых фирмах. Но мы там же указали, что как бы далеко ни шла эта защита, она не может гарантировать от таких форм злоупотреблений, которые, не нарушая прав конкурента, тем не менее наносят ему ущерб и, что еще важнее, наносят ущерб широкой публике, которая легко становится жертвой смешения разных способов обозначения торговых предприятий. Поэтому § 16 общим образом воспрещает такое употребление в деловом обороте имени, фирмы, особого обозначения предприятия или печатного произведения, которое способно вызвать смешение с именем, фирмой или особым обозначением, которым другой правомерно пользуется. Этот параграф имелся и в законе 1896 г., но редакция закона 1909 г. представляет несравненно дальше идущие требования по отношению к степени добросовестности в деловом обороте. По закону 1896 г. требовалась преднамеренность действий, направленных на введение в заблуждение. По закону 1909 г. достаточно того, что действия суть такого рода, что могут ввести в заблуждение. Еще и в другом отношении закон 1909 г. сделал шаг вперед по пути воспрещения всякого рода недобросовестных приемов, рассчитанных на введение публики в заблуждение. Именно не только обозначение торгового предприятия поставлено под защиту закона; защита эта распространена на всякого рода приспособления, вывески, выставки, украшения, злоупотребления которыми способны ввести в заблуждение публику, создавая в ней представление, что она имеет дело с одним предприятием, вступая, в действительности, в сделку с другим.

Конкурентная деятельность может выразиться, однако, не только в восхвалении собственных товаров или стремлении эти товары продать под видом чужих товаров. Деятельность эта может принять и открыто враждебный по отношению к конкурентам характер, позволяя себе критику их деятельности или их товаров. В этом вопросе чрезвычайно любопытна разница во взглядах французской судебной практики и германского закона. Первая принципиально отвергает право на таковую критику конкурентов. Это — так широко развитое французскими съездами понятие *denigrement*. Все равно, правдивы ли утверждения конкурентов или нет, они воспрещаются под страхом ответственности за нанесенные



убытки. В такой постановке вопроса много целесообразного. Критика, конечно, вещь чрезвычайно полезная, но когда эта критика исходит от конкурента, то это чрезвычайно подозрительная вещь. Таким образом, в этом вопросе французская теория несколько видоизменяет самое понятие недобросовестной конкуренции. Мы не рассматриваем в этом достаточно оснований для того, чтобы, вслед за французской практикой, видоизменить и само понятие недобросовестной конкуренции. Казалось бы, более правильно ограничиться констатированием того, что по отношению к конкурентам практика идет еще дальше в своей требовательности, нежели по отношению к публике. Запрещается не только то, что лживо, но и то, что имеет все шансы быть лживым. Однако германский закон не пошел так далеко. Кто, говорит § 14, в целях конкуренции утверждает или распространяет о чужом предприятии о собственнике или руководителе дела, о товарах или промысловой деятельности другого факты, которые могут повредить оборотам или кредиту собственника, обязан возместить пострадавшему ущерб, поскольку он не докажет, что факты правдивы. Таким образом, этот параграф закона, устанавливая презумпцию лживости фактов, компрометирующих конкурента и сообщенных в целях конкуренции, но допуская доказательства правдивости этих фактов, по существу остается на почве того же понятия недобросовестной конкуренции как конкуренции, стремящейся к расширению клиентуры с помощью действий, имеющих целью ввести публику в заблуждение.

С. Рундштейн

УЧЕНИЕ О СИНДИКАТАХ (фрагменты)



*Перевод со второго немецкого издания книги **Сергея Рундштейна «Синдикатное право. Учение о картелях»** оказался в России явлением неслучайным. Оно имело как теоретическое, так и прикладное значение. Период конца XIX — начала XX в. ознаменовался изучением проблематики антимонопольного регулирования. Именно в это время стали закладываться основы новой системы антимонопольного права, которая способна была бы найти компромисс между частными и публичными интересами.*

Немецким юристом-теоретиком раскрываются сложнейшие теоретические вопросы новой отрасли права, дается определение понятия картели (ранее слово «картель» было женского рода), ее юридической структуры. Говорится о гражданско-правовом признании картельных договоров и организаций, об административном регулировании, гражданской и уголовной борьбе с отдельными картельными нарушениями и злоупотреблениями.

В этом выпуске «Вестника» читатель может познакомиться с фрагментами книги, изданной в 1905 г. в Санкт-Петербурге.

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.183-194

Определение понятия картели

Стремление к организации народного хозяйства является характерным признаком современного строя. Если мы, отбросив явления, выходящие за пределы настоящего исследования, обратимся к промышленности, мы не можем не заметить факта, что принцип свободной, неограниченной конкуренции теперь не играет решающей роли, что он уже отошел на задний план. Многочисленные предпринимательские союзы, встречающиеся почти во всякой области хозяйства, делают конкуренцию невозможной в картелированных отраслях промышленности; иногда такая невозможность является ограниченной, но иногда она способствует образованию фактической монополии. В этих случаях соревнование может существовать лишь между теми отраслями промышленности, которые находятся в отношениях зависимости, и потому, например, отношения поставщиков сырья и их покупателей, а также производителей полуфабрикатов и готовых изделий становятся ареной самой необузданной конкуренции; при этом борющиеся стороны выступают в виде организованных единиц; чаще представляются случаи, когда против предпринимательских союзов, в большей или меньшей степени



господствующих над известной стадией производства, выступают отдельные предприниматели, в качестве покупателей или поставщиков; это также способствует картелированию еще неорганизованных предпринимателей. И наконец (что представляет собой высшую из ступеней развития), и этот способ конкуренции может быть почти совершенно уничтожен тогда именно, когда соединяются не только одинаковые предприятия, но и различные степени производства, начиная с выделки сырья и кончая изготовлением пригодного для потребления конечного продукта.

Способ, которым устраняют или регулируют конкуренцию, не представляется единым; он проявляется в многочисленных и разнообразных формах; эти формы в известной степени, а иногда и коренным образом отличаются друг от друга не только по своей обрисовке, но и по своему действию и интенсивности. Избирая из их массы картели, мы должны предпослать исследованию их юридической структуры и правового положения определение самого понятия картели и указать те признаки, которыми она отличается от других родственных ей форм организации.

Под картелью мы понимаем состоявшееся путем свободного соглашения соединение самостоятельных предпринимателей, имеющих общие интересы в целях воздействия на отношения производства и сбыта посредством ограничения или устранения свободной конкуренции.

Это определение, заимствованное с некоторыми изменениями из работы Grunzel'я о картелях, соответствует фактической стороне дела и охватывает в одной общей формуле многочисленные отклонения, встречающиеся в хозяйственной деятельности.

Картель, как мы сказали, есть соединение, состоявшееся путем свободного соглашения. С юридической точки зрения организация устанавливается добровольно, но в действительности сила обстоятельств принуждает предпринимателя вступить в организацию или же ввиду безотрадного состояния данной отрасли промышленности ему приходится держаться солидарного образа действий; картель является иногда единственным средством спасения. Но с правовой точки зрения принуждения нет; современный правовой порядок не знает никаких обязательных картелей. Даже там, где допускается принудительная организация (например, в принудительных цехах), картелирование, произведенное в рамках такой организации, признается недействительным.

Картель есть соединение. Menzel совершенно прав, употребляя «бесцветный» термин «соединение», «так как соглашения предпринимателей могут, — как он выражается, — принимать самые разнообразные юридические формы». Картели возникают в форме простых, иногда даже словесных договоров; они могут быть поставлены под защиту договорной неустойки, хотя это и не составляет необходимой составной части сделки. Организованные картели образуют правильные, хотя иногда и отклоняющиеся от своего прообраза цивилизно-правового товарищества, отношения Societatis; наконец, они поднимаются до форм корпораций и иных сходных с корпорациями образований. Нельзя (как это пробовали некоторые писатели) обозначать картели в целом термином «союз», в отличие от «общества» и «товарищества». С экономической точки зрения допущение такого различия может играть известную роль; с юридической — оно лишено всякого значения и не может быть допускаемо.

Картель есть соединение самостоятельных предпринимателей. Хотя бы эта самостоятельность с экономической точки зрения и представлялась довольно сомнительной, хотя бы отдельный участник — предприниматель и совершенно потерял свою хозяйственную независимость, все-таки для него (хотя бы только теоретически) существует возможность выхода из союза. Формальная самостоятельность и автономия предприятия всегда налицо: картель не есть слияние; это только «федеративная организация», в отличие от треста, который устраняет раз навсегда всякие следы, даже самые незначительные, какой-либо самостоятельности участников. Этим объясняется, почему картель всегда ограничена договорным сроком отказа: если бы участники рейнско-вестфальского угольного синдиката, владельцы рудников, пожелали расторгнуть свою картель — то общая контора для продажи, хотя она и организована в «объективной форме» акционерного общества, подлежала бы ликвидации.

Этим картель отличается от треста, равно как от монопольного слияния. По меткому определению Tschierschky, картель рассчитана всегда на «субъективное окончание», тогда как существование треста должно быть вечным, практически ограниченным лишь случайным крахом капиталистов-купцов или принудительным закрытием (объективное окончание). При картелях техническое заведование делом остается в руках отдельных предпринимателей — цель организации направлена исключительно на «регулирование коммерческих данных оборотов», при трестах же и техническая сторона дела, благодаря слиянию отдельных предприятий, переходит в заведывание центральной корпорации.

Для юридического определения картели момент самостоятельности участников представляется основным; даже если бы этот признак с экономической точки зрения и представлялся абсолютно безразличным и хотя бы последствия картелей и трестов в хозяйственной жизни и были тождественны (чего на самом деле, как известно, не бывает), вышеуказанное отличие сохраняет свою силу для юридического воззрения. Мы еще вернемся к нему при изложении вопросов *de lege ferenda*.

Предприниматели приступают к картелированию в тех случаях, когда есть налицо «общность интересов». Условия и причины возникновения картелей достаточно известны, и нам незачем останавливаться на них подробнее, хотя некоторые контрверзы (о кризисах как причине возникновения картелей, о значении охранительных пошлин для возникновения и существования картелей — мы ограничиваемся этими наиболее яркими примерами) и не получили еще окончательного разъяснения. Немного говорящий термин «общность интересов» указывает лишь на то, что круг предпринимателей, в смысле принадлежности их к той или другой отрасли промышленности, представляется довольно неограниченным. Дело в том, что во многих определениях картелей указывается на то, что при картельных соединениях речь идет о предпринимателях «одной и той же отрасли производства». В действительности картели родственных отраслей довольно часто соединяются между собою и образуют одну стоящую над ними и охватывающую их картель.

Этот организационный принцип последовательно проведен при так называемом «вертикальном тресте». При картелях эта стадия развития еще не достигла общего распространения, хотя и в настоящее время союзы производителей сырья вступают в соглашения с обществами производителей полуфабрикатов.



Мы думаем также, что выражение «общность равных интересов» допускает неясность толкования: оно возбуждает ложное представление о том, что интересы участников картели фактически *равны*, что равенство является основой соединения. Является мысль, что участники (независимо от тождества данной отрасли, что во всяком случае не имеет решающего значения) вступают в союз в качестве равноправных субъектов хозяйства, как будто между ними нет никакого различия.

В действительности, однако, дело обстоит не так, потому что при картельной организации положение более слабых участников, по сравнению с главенствующими предприятиями с более сильным капиталом, определяется началами настоящей субординации; возможны и столкновения интересов, ярким доказательством чего служат часто встречающиеся случаи разрыва картелей.

Возможны также и такие случаи, когда кто-либо вступает в картельный союз по той причине, что в противном случае ему грозит полное экономическое уничтожение; ему приходится тогда беспрекословно подчиниться условиям организации. Таким образом, если определить картель как организацию предпринимателей, имеющих одинаковые общие интересы, то этим вызывается представление о том, что образующие картель элементы представляют из себя равные хозяйственные единицы, чего, как известно, на самом деле не бывает.

По этой и по приведенной выше причине мы видим в картелях соединение предпринимателей с общими интересами, не предreshая вопроса о том, может ли картелирование охватить только одинаковые отрасли промышленности и должно ли оно всегда соответствовать экономическому равенству образующих картель элементов.

Изложенным можно было бы ограничиться для формальной характеристики картелей; но такая характеристика недостаточна, пока в определение понятия не введен признак конечной цели организации; существуют состоявшиеся путем свободного соглашения соединения самостоятельных предпринимателей, имеющих общие интересы, каковые соединения, однако, не картели: союз товарищей по ремеслу не картельная организация; точно так же производительное товарищество, равно как товарищество для закупок, образованные самостоятельными предпринимателями, несмотря на наличность формальных признаков, не покрываются понятием картели. Должна быть указана еще конечная цель, это — воздействие на отношения производства и сбыта посредством ограничения или устранения свободной конкуренции.

Соединение оказывает воздействие на отношения рынка. Это есть воздействие особого рода; оно вызывается не слиянием предприятий, не концентрацией капиталов, но существует благодаря «своеобразному общему регулированию этих предприятий». «Установление общих правил для ведения дела в принадлежащих к картели отдельных и соединенных хозяйствах» оказывает влияние на свободную конкуренцию. Мы умышленно избегаем выражения «регулирование отношений производства и сбыта», т.к. иногда случается, что самая совершенная картельная организация возбуждает самую необузданную конкуренцию; возможно, что урегулирование является отдаленным идеалом, но насколько оно достижимо — это другой вопрос. Если картель осуществилась, это еще не значит, что указанные отношения являются урегулированными: простая картель цен или ограничение производства может на них только воздействовать, причем ин-

тенсивность такого воздействия может быть различной. Конечно, если имеется картель высшего порядка с общей нормировкой отпуска, то благодаря строгой организации участников (если притом не участвующие в картели предприниматели немногочисленны и экономически слабы) может получиться и организация отношений производства и сбыта в смысле регулирования конкуренции. Однако мы не считаем эти случаи имеющими решающее значение, т.к. регулирование возможно лишь тогда, когда отсутствует всякая конкуренция — как наличная, так и потенциальная. Фактическая же постоянная монополия может быть создана картелью лишь в довольно редких случаях.

Если целью картельных организаций является воздействие на отношения производства, цен или сбыта, то средствами к тому служат ограничение или устранение конкуренции. Путь, которым идут картели для достижения этого ограничения или устранения, различен: так называемые «методы картелирования» могут касаться нормировки цен и производства и отношений по продаже, равно как разделения мест сбыта и уравнивания прибылей.

Здесь мы не можем дать описания этих методов, но поскольку они имеют значение с юридической стороны, поскольку они оказывают влияние на организационные формы картели (простые и организованные картели, договорные формы и формы по образцу корпорации), они найдут надлежащее освещение в дальнейшем изложении. Хотя картели и ограничивают конкуренцию, а иногда и даже устраняют ее, все-таки правильная фактическая монополия ими создается лишь в редких случаях. И без монополии картели могут представлять известную опасность для общего блага: беспощадная политика цен и «эксплуатация» потребителя возможны и в условиях ограниченной конкуренции. Возможно, что в некоторых картелях достижение монополии является целью, основным мотивом, но утверждение о том, что существенным условием картельного образования должно быть оказание влияния на рынок по возможности вплоть до достижения фактической монополии, не соответствует фактам. Когда отдельные предприниматели соединяются для ограничения производства или для совместного участия в правительственных торгах или, наконец, когда они обслуживают сбыт посредством общей конторы для продажи, то разве этим устанавливается монополия? Даже образование треста не ведет necessarily к монополии. Уже сами названия «partial monopoly», «temporary monopoly» указывают на то, что, кроме случаев естественной монополии, вызываемой редкостью продукта или особым стечением обстоятельств, о монополии трестов, не ограничиваемой даже и скрытой конкуренцией, не может быть и речи. Даже и в методологических целях этот признак не может быть принят в качестве *differentia specifica*, т.к. большие отдельные предприятия могут всецело господствовать над рынком, хотя бы они и не были образованы путем соединения или хотя бы они ни в какой форме не обнаруживали этого соединения (при форме слияния). А с другой стороны, некоторые колоссальные тресты представляются только консолидированной формой, хотя и образовавшейся путем соединения предпринимателей, но при которой самостоятельность последних в момент соединения уже уничтожается (чего нет при картелях).



Обрисовка картельного законодательства

Гражданско-правовое признание картельных договоров и организаций

Первой и самой главной задачей будущего картельного законодательства является признание за картельными договорами и картельными организациями их принципиальной обязательности; запрещения как уголовного, так и гражданского характера должны быть окончательно уничтожены.

Принципиальное признание картельных договоров и картельных организаций ни в каком случае не должно, однако, повлечь за собой неограниченной свободы для предпринимательских союзов; этим последним должна быть предоставлена возможность спокойного и независимого от колебаний «юридической конъюнктуры» существования; система ограниченного признания для этого недостаточна; но отсюда вовсе не следует, чтобы картельный договор, направленный на ростовщическую эксплуатацию или беспощадную монопольную политику, мог бы считаться действительным. Если в настоящее время судебная практика может объявить ничтожными самые невинные картельные договоры в качестве договоров, нарушающих добрые нравы, то на будущее время такое отношение к картельным договорам не должно быть допускаемо, и признание ничтожности должно следовать лишь в тех случаях, где такое нарушение добрых нравов *действительно* имеет место. В этом отношении картельные договоры должны быть поставлены в одинаковые условия со всеми другими договорами; лишь если имеются особые основания, если договор в своей обрисовке, содержании и конечной цели нарушает добрые нравы, может быть допущено признание его ничтожным. Таким образом картельные договоры были бы уравнены с другими обязательственными отношениями.

Но если картель является в форме организации, она должна подлежать действию корпорационного права. Признавая такой вывод правильным, Menzel находит возможным оставить неорганизованные картельные формы безо всякого определения.

Я не могу согласиться с этим взглядом: если Menzel требует публичности для всех картелей, то не следует делать никакого различия относительно их обязательности. Признание неорганизованных картелей необязательными не следовало бы устанавливать и по гражданско-политическим соображениям, т.к. такое признание повлекло бы за собой всё же последствия, как и система относительных запретов.

Подчинение организованных картелей действию корпорационного права не будет означать предоставления им полной, неограниченной свободы; следует установить, чтобы признанная законом картельная организация могла быть закрыта в порядке специального производства, если она угрожает общественным интересам. Я пока не касаюсь вопроса о том, следует ли создать в корпорационном праве особый тип для картельных организаций (разумеется, здесь можно было бы говорить о специальном типе торгового товарищества) и нужно ли в соответствующих нормативных предписаниях дать особую обрисовку условиям прекращения производства и т.д. Я хочу лишь указать на то, что и по действующему праву имеется возможность закрыть вредные или опасные корпорации; поскольку картели выступают в качестве акционерных обществ, товариществ

с ограниченной ответственностью и т.д., должны применяться правила о закрытии их, относящиеся к этим формам. Но если будет создан в праве особый нормальный тип картельных товариществ, то следует выработать специальные предписания о закрытии картелей, приспособленные к потребностям картельного дела; такие предписания не должны быть составлены слишком узко, как это имеет место в настоящее время, т.к. особая опасность возникает при картелях не только тогда, когда их образ действий противоречит праву; законные условия прекращения должны идти дальше, должны, быть может, предусматривать и те случаи, когда картели преследуют *общевредные* цели. И вот здесь обнаруживается внутренняя связь будущего картельного законодательства с реформой хозяйственных корпораций вообще (Menzel): если другие товарищеские формы не будут соответственно изменены относительно условий их прекращения, то для картелей будет повод отступать от нормального типа и приспособляться к другим, более удобным для них организационным формам; это будет, быть может, благоприятствовать и процессу слияния вообще. Таким образом, создание нормального типа, без одновременного пересмотра корпорационного права, не достигнет своей цели. Независимо от этого, при всеобщем и принципиальном признании картельных организаций должна быть обозначена возможность их закрыть и объявить недействительными в случае наступления особо сложившихся обстоятельств.

В литературе высказывалось мнение, что подведение организованных картелей под действие корпорационного права бесцельно, если от этого действия будут изъяты простые соглашения, которые, быть может, опаснее тесно сплоченных организованных предпринимательских союзов. Само собой разумеется, простые конвенции, которые к тому же часто заключаются словесно, не могут быть подведены под действия корпорационного права; но из этого еще не следует, чтобы этим «подавлялся переход в прочно организованные картели, и картельное движение задерживалось на той ступени, на которой существует наибольшая возможность вредного его влияния»: принцип публичности и подчинение надзору предполагается распространить на все простые соглашения, и если Menzel утверждает (с чем мы, однако, не согласны), что простые картельные договоры не должны признаваться обязательными, то непонятно, каким образом это должно содействовать образованию еще *более низших* простых форм.

Но и признание картельных договоров обязательными не дает еще никакого основания предполагать, что благоприятное развитие картелей будет подавлено при условии, если те же определения о выходе, отказе, сроке и третейских судах, которые установлены для организованных картелей, будут распространены и на простые конвенции. Должна быть только соблюдена известная осторожность при выработке нормативных предписаний, т.к. иначе могут получить преобладание, во вред благоприятному развитию, простые картельные формы.

Гражданско-правовое признание картелей как таковых необходимо влечет за собой подчинение их корпоративному праву в тех случаях, когда мы имеем дело с тесно сплоченной организацией; и, если придерживаться политики косвенного вмешательства, такое подчинение не может вызвать никаких вредных последствий. Опасность возвращения к низшим, простым картельным формам существовала бы лишь в том случае, если бы указанное подчинение являлось для



картельных соучастников бременем; но этого случиться не может, т.к. мы понимаем задачи картельного законодательства не в смысле прямого, ограничивающего картели, вмешательства. И даже допустив, что публичность и система нормативных предписаний могут оказаться для некоторых картелей тягостными, нельзя отсюда заключать, что этими средствами может быть задержан организационный процесс. Напротив, скорее можно опасаться, что применение к организованным картелям норм корпорационного права будет содействовать процессу слияния; но возникающая опасность могла бы быть до известной степени смягчена одно-временным пересмотром корпорационного права в целом.

Здесь мы подходим к труднейшему из вопросов будущего картельного законодательства. Раз мы допускаем гражданское признание картелей (договорных и организационных форм), мы должны поставить себе вопрос, должны ли быть созданы для картелей нормативные определения, какие имеются для известных торговому уложению товарищеских форм? И какие составные части этих нормативных определений должны быть признаны обязательным законом?

На этот вопрос можно прежде всего ответить, что нет никакой надобности в издании нормативных определений, т.к. картели в их настоящей форме при-мыкают к формам акционерного общества, товарищества с ограниченной ответственностью и т. д. Но с таким взглядом согласиться нельзя, т.к. сама картель не является в форме акционерного общества или товарищества с ограниченной ответственностью; наряду с организованной в формах торгового права общей конторой для продажи стоит *собственно картель*: это — или товарищество гражданского права, или неправопособное общество. Нормативные определения товарищеского права, имеющие значение для картелей, отнюдь не могут считаться достаточными. В тех же случаях, когда, наряду с конторой для продажи, нет никакой самостоятельной организации, когда имеется система сепаратных договоров поставки, картель, в собственном смысле слова, базируется не на контору для продажи, стоящую одиноко и самостоятельно, но на договоры, заключенные соучастниками с ней.

Соответственно этому картели не могут «получить законные формы, одинаковые с акционерными обществами, промышленными товариществами и т.д.». Здесь есть известные особенности, которые делают невозможным приурочение картельных организаций к известным типам акционерного общества и т.д.

Но против нормативных определений можно возражать *принципиально*, указав на то, что они невозможны, т.к. картели являются в столь многих формах, настолько обнаруживают свойства Протея, что поставить какие-нибудь границы этому стремлению «к образованию форм», этому стремлению «к организаторскому творчеству» невозможно. Такое возражение справедливо, если под созданием нормативных определений мы будем иметь в виду исчерпывающее до последних деталей регулирование картелей. Справедливо, что слишком подробные и чересчур суживающие нормативные определения будут лишь благоприятствовать *действиям in fraudem legis*. Этим был бы создан могущественный стимул к «трестированию», и если регулирование картельного дела состоится без одновременной полной реформы права хозяйственных корпораций, то мы должны будем ожидать, что картели приурочатся к существующим торгово-правовым организационным формам и что область применения нормативных

определений окажется незначительной. Такая связь картельного вопроса с реформой права хозяйственных корпораций делает несвоевременным создание нормативных определений.

У нас нет также достаточного материала для выработки нормативных определений. Нужно исследовать достаточное количество картельных уставов и договоров, чтобы установить, где именно требуется вмешательство, где будет уместна принудительная норма. То, что нам в настоящее время известно об организации картелей, весьма недостаточно и не может служить прочным основанием для нормативных определений.

Выработка системы детальных нормативных определений была бы в настоящее время по меньшей мере несвоевременной. Возможно единственно, по установлении главных пунктов, фиксировать те определения, которые могут иметь значение для состава и деятельности картелей. Такие определения имели бы значение не только для организованных картелей; они подлежали бы применению и к конвенциям, поскольку соответствовали бы природе простого соглашения.

Нормативные определения, касающиеся организованных картелей, относятся, само собой разумеется, к товариществу гражданского права или к неспособному обществу, не затрагивая организации общей конторы для продажи; если же в устав последней будут включены определения, противоречащие специальным предписаниям, относящимся к картелям, то такие предписания должны считаться недействительными, т.к. иначе не будет достигнута цель нормативного регулирования. Здесь могут возникнуть затруднения, т.к. возможен обход закона; если, например, нормативные определения воспрещают третейское производство, то соответствующее определение может быть, однако, включено в устав конторы для продажи, организованной в виде акционерного общества или товарищества с ограниченной ответственностью.

Итак, одновременно должна быть проведена и реформа корпорационного права. То же затруднение встречается и при системе сепаратных договоров поставок, т.к. здесь нет организованной картели в собственном смысле слова: нормативные определения могли бы быть приурочены лишь к договорам, общая же контора будет иметь возможность уйти из-под их действия.

Нормативные определения должны бы были прежде всего охранительными предписаниями; они должны бы были принять форму принудительного закона. Но там, где дело идет о простом регулировании отношений соучастников, о методе картелирования, об обязанностях картели как таковой по отношению к общей конторе, там нормативные определения могли бы принять диспозитивную форму, т.к. подобные случаи не могут быть введены в раз навсегда установленные пределы; лишь в тех случаях, где дело идет о праве выхода, об отказе, исключении, о третейских судах, договорных неустойках и т.п., где защищаются права участников и где власти картели должны быть поставлены определенные границы, лишь там нормативные определения должны быть принудительными нормами. Установить здесь границы, конечно, нелегко: где надлежит будущему законодателю прибегать к содействию принудительного закона, — это вопрос факта.

Мы не можем поставить себе задачей полную разработку системы нормативных определений; как мы уже говорили, мы ограничимся указанием отдельных пунктов, имеющих более важное значение.



1. Возможно установить нормальный тип картели так, чтобы (при признании правоспособности картелей) организация общих контор в виде акционерных обществ, товариществ с ограниченной ответственностью и т. д. была воспрещена; сообразно с этим общая контора имела бы значение простого органа картели, и этим можно было бы избежать искусственного соединения путем сепаратных договоров поставки. Ближайшим и важнейшим последствием явилось бы упрощение картельных организаций. Обход закона сделался бы невозможным. Может явиться, однако, опасение, что такие ограничения будут содействовать процессу слияния.
2. Во всяком случае образование картелей должно быть свободно; принудительные картели не соответствуют потребностям экономической жизни.
3. Продолжительность картельного договора, равно как картельной организации, должна быть предоставлена доброй воле участников. В литературе высказывалось мнение, что закон должен установить принудительное определение для срока существования картели. Так, Marghierì предложил, чтобы заключение картелей разрешалось лишь под условием ограниченного срока, т.к. в противном случае является опасность, что картель сойдет с прямого пути и превратится в агрессивную организацию. Но одновременно Marghierì допускает дальнейшее существование картели, если по истечении законного срока участники решат продолжить картель. Еще недавно за это высказался и Liefmann: если право должно признать картели действительными, то не следует допускать слишком долгую связанность участников. Продолжительность картельного договора должна быть ограничена примерно одним годом, для того чтобы отдельные лица не были долгое время стеснены в праве выхода. «Такое положение будет содействовать также развитию организации в тесно организованные картели, т.к. общий орган, контора для продажи, может быть учреждена, конечно, и на более долгий срок — она организуется большей частью в виде акционерного общества или товарищества с ограниченной ответственностью — только договоры конторы с картельными участниками должны быть каждый год возобновляемы».

За такое ограничение в сроке высказалась и мюнхенская Handelskammer. Докладчик основывал свое предложение следующим образом: «Всякая картель подлежит довольно тесному ограничению в сроке. По истечении самое большое двух лет каждый соучастник получает, без предварительного объявления об отказе, полную свободу выхода. Всякое связывание соучастников на более долгий срок, равно как всякое соглашение, делающее вышеприведенное положение в каком-либо отношении призрачным, считается юридически недействительным. Лишь за полгода до окончания законом установленного срока участники могут связать себя на дальнейшие два года новым договором, который должен быть совершен в письменной форме и вновь предъявлен присутствующему месту».

Я не думаю, чтобы такой проект имел какую-нибудь практическую цену; если картель по истечении определенного времени может быть возобновлена, то прекращение ее не имеет никакого значения, становится простой формальностью, обременительной и бесцельной. Те результаты, к которым стремятся Marghierì и Liefmann, могут быть достигнуты другим, более удобным путем; достаточно лишь определить условия выхода или заявления об отказе от участия в картели

так, чтобы свобода соучастников не была чересчур ограничена. Определение срока существования картели можно всецело предоставить участникам, лишь бы только была дана для известных случаев возможность выхода из картели или прекращения союза. К этому вопросу мы еще вернемся.

4. Исчерпывающее нормативное регулирование прав и обязанностей отдельных картельных участников представляется в настоящее время, быть может, преждевременным; и здесь можно указать на отдельные моменты. Так, например, следовало бы установить нормативные определения (как принудительную норму) для *защиты меньшинства*, предписать единогласие или квалифицированное большинство для известного рода решений, которые надлежало бы указать в законе. Более или менее срочная организация может, конечно, оказывать влияние на судьбы процесса картелирования, и если правомочия меньшинства идут слишком далеко, то и прочность картели может оказаться сомнительной; это нужно иметь в виду при каждом нормативном регулировании картелей. Той или другой форме организации, в связи с правомочиями общего собрания, нельзя отказать в известном значении для жизни и деятельности картелей.

Для того, чтобы картельная организация не вторгалась слишком глубоко в права отдельных лиц, должны быть точно установлены правомочия картельных органов по отношению к отдельным сочленам. Я хотел бы здесь обратить внимание на два пункта: 1) на весьма высокие договорные неустойки, которые не подлежат уменьшению судом и 2) на возможность исключения члена картели общим собранием или правлением. Следовало бы распространить принадлежащее суду право уменьшения неустойки и на этот вид договорных неустоек и связать исключение соучастника с известными условиями принудительного характера; вопроса о том, не следует ли допустить исключение соучастника лишь судебным порядком, мы здесь касаться не будем.

При нормативном регулировании следует обратить внимание и на возможность выхода и на право заявления об отказе. Мы уже указывали раньше, что *возможно свободное право выхода* (ср. Kohler) является необходимым условием гражданской политики. Картельные уставы связывают участников на долгие годы, не предоставляя им права выхода даже и в тех случаях, когда последнее является основательным; право на заявление отказа также в большинстве случаев ограничивается.

При изложении действующего права мы уже отметили возникающие при этом вопросы. Следует установить нормативным путем (в качестве принудительной нормы), что право выхода по уважительным основаниям может быть осуществлено во всякое время и без соблюдения срока на заявление об отказе. *Уважительные основания* должны быть в виде примера приведены в законе, не связывая, разумеется, этим суды.

Без указания уважительных оснований выход должен быть допущен с соблюдением точно установленного законом срока на заявление об отказе. Как продолжителен должен быть этот срок — вопрос факта; во всяком случае должен быть установлен *maximum*.

Нормативные определения этого рода могут быть легко обойдены, если возникающие из них споры будут разбираться третейскими судами. Эту опасность можно устранить лишь в том случае, если третейское разбирательство по всем



возникающим из картельных отношений спорам будет объявлено ничтожным и третейскому решению будет отказано в признании; государственные суды в этих случаях не должны постановлять решения об исполнении. Само собой разумеется, эта мера не поможет, если соучастники добровольно подчинятся решению третейского суда.

5. Наконец, известные нормативные определения должны быть выработаны и относительно ликвидации картели. Здесь главным образом идет речь о приведении к окончанию текущих дел, что при современном правовом положении может возбудить некоторые затруднения. До окончания этих дел картель должна рассматриваться существующей; здесь могут быть прямо применены общие предписания товарищеского права.

Но когда картель должна быть закрыта? Независимо от добровольного решения членов, от выхода главных участников и т.д., прекращение картели может иметь место и в общих интересах. Мы уже коснулись этого вопроса и указали, что прекращение картели должно наступать тогда, когда ее образ действий становится вредным для общего блага. В этих случаях надлежит установить *особый* порядок производства. Впрочем, практическое значение такого нормативного определения не особенно велико: установить вред для общего блага весьма трудно, а если при установленном в законе порядке производства будет допущен порядок инстанций, то решение будет постановляться не скоро и картелям будет оставлена возможность добиться в это время достижения своих целей. Установление правила о закрытии картели в том случае, если она приносит вред общему благу, имело бы скорее предостерегающее значение.

Уже из этого беглого, далеко не полного изложения возможных нормативных определений видно, как трудно построить конструкцию нормального типа картельного договора или картельной организации. Вряд ли можно допустить, чтобы *lex ferenda* взяла на себя выработку нормативных определений, обнимающих собой все стороны картельного вопроса. Речь может идти лишь об установлении и регулировании важнейших пунктов, и лишь впоследствии может появиться исчерпывающее законодательство.

Из периодики прошлого

БОРЬБА С НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИЕЙ В ГЕРМАНИИ

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.195-199



В то время, как во Франции судебное творчество сумело из одного положения гражданского кодекса создать целую систему гражданско-правовой борьбы с недобросовестной конкуренцией, в Германии для борьбы с темными приемами в торговом обороте потребовался специальный закон. Закон этот был введен в действие 1 июля 1906 года и оказал на деловую мораль чрезвычайно благотворное влияние. Ошибка его была лишь в том, что с гидрой недобросовестной конкуренции он боролся чисто казуистически; вследствие этого он и оказался недостаточным. Совершенно справедливо говорит Аллар: законодатель не может кодифицировать материю, элементы которой представляют чрезвычайное разнообразие при отсутствии какого-нибудь общего звена... ибо недобросовестная конкуренция чрезвычайно богата приемами. Введение В. Г. В. устранило в известной степени этот пробел благодаря ст. 826, объявившей всякое умышленное и противоречащее добрым нравам причинение вреда недозволенным деянием. Высший имперский суд в целом ряде решений высказался не только в том смысле, что в этой статье содержится достаточная защита от недобросовестных деяний, заполняющая пробелы гражданских законов и в особенности законов о недобросовестной конкуренции, но установил и то, что на основании этой статьи у потерпевшего, наряду и независимо от представляемого ему им права на возмещение убытков,



имеется и право требовать запрещения неправомерных деяний на будущее время.

Несмотря на все это, пришлось думать о дополнении закона 1896 года. Встречавшиеся при его применении и указанные выше трудности послужили основанием к включению в новый закон 7 июня 1909 года общего, охватывающего всю область недобросовестной конкуренции постановления, которое должно было охватить все случаи, не предусмотренные специальным законом. Согласно с этим ко всякому лицу, которое в целях деловой конкуренции предпримет действия, несогласные с добрыми нравами, может быть предъявлено требование о дальнейшем их прекращении и о возмещении причиненных ими убытков, причем такое требование может быть заявлено не только всяким, кто производит или продает такие же товары или совершает схожие торговые действия, но и союзами, охраняющими торговые интересы. Дальнейшую преграду для недобросовестной конкуренции закон воздвигнул в том, что он объявил безнравственным как обещание, так и принятие взяток. Тюрем на срок до 1 года и штраф до 5 000 марок или одно из этих наказаний грозит тому, кто в целях конкуренции обещает или предоставит служащему или уполномоченному торгово-промышленного предприятия подарки или иные выгоды (например, подарки жене) с целью получения для себя или другого выгоды от недобросовестного поведения служащего или уполномоченного при приеме товара или иных торговых действиях. То же наказание грозит служащему или уполномоченному торгового предприятия, требующему или принимающему такие подарки или выгоды для предоставления своим недобросовестным поведением каких-либо преимуществ другому лицу. Если такой подкуп служащих повлечет за собой уголовное наказание, то суд в приговоре должен постановить, что незаконно полученное должно быть обращено в пользу казны. Законодатель, включая в состав этого нового проступка – подкупа служащих – момент недобросовестного поведения служащего, желал выразить, что не всякий подарок, делаемый поставщиком служащему его контрагента, является взяткой и что, наоборот, невинные подарки, которые должны служить к облегчению товарного оборота, не должны почитаться за наказуемый подкуп. И в гражданском порядке дача взяток является основанием для требования, а именно для иска о прекращении таковых действий и для иска о возмещении убытков, но только в случае умышленного и неосторожного образа действий. Ответчиком по первому иску может быть и хозяин служащего, нарушивший запрещение давать взятки.

Следующее и весьма замечательное нововведение закона 7 июня 1909 года заключается в усилении охраны против недобросовестной рекламы. Новый закон запрещает теперь и ложные указания о количестве готовых к продаже запасов, причем всякое вообще неверное указание о положении

дела, могущее вызвать в покупателе представление о каких-то особенных выгодах, является основанием для иска о прекращении такой рекламы. Эта формулировка закона отличается от прежних положений в том отношении, что означенные указания более не должны носить «фактический характер». Благодаря опущению этих двух слов, под действие карательного закона подпадает целый ряд ложных реклам, до сих пор остававшихся безнаказанными. Равным образом усилены и наказания, направленные против недобросовестной рекламы. Требование о прекращении незаконных действий может быть обращено и к хозяину торгово-промышленного заведения, если его служащий окажется повинным в деянии, которое может быть подведено под недобросовестную рекламу; если же он применял ее с ведома его, то он подлежит наказанию наравне с ним и вместе с ним.

Нормальный и добросовестный торговый оборот, как известно, немало страдал от ложных представлений, создаваемых у публики объявлениями о мнимых распродажах или ликвидациях. Законодатель обращается и против них, предписывая, что из означенных объявлений должно совершенно точно явствовать, находятся ли предлагаемые товары в составе конкурсной массы или они уже перешли в другие руки. Запрещается указание на происхождение товара из конкурсной массы, если эти товары более не находятся в распоряжении конкурса, причем нарушение этого запрета наказуемо; закон предусматривает иск о возмещении убытков и о запрещении дальнейших объявлений, каковой иск возможен и против хозяина, служащие коего помещали подобные объявления. Закон придерживается той точки зрения, что распродажа сама по себе вполне допустимый коммерческий прием, т.к. она имеет целью, если допустить физиологическое сравнение, скорейшее и безвредное устранение болезненных, не могущих быть удаленными при нормальном процессе накоплений в деловом организме, закон поэтому хочет устранить лишь спекулятивное злоупотребление распродажами. Он предписывает, чтобы при каждом объявлении о распродаже указывалась ее причина. Следует заметить, что закон считает несущественным то выражение, которым обозначается распродажа в объявлении, если только оно касается распродажи товара вследствие прекращения торговли – прекращения торговли каким-либо отдельным товаром или остатком определенных запасов. Благодаря этому равнозначными признаются термины, как то: «общая распродажа», «продажа для очищения запасов», «быстрая и скорая продажа», «особые цены», «только не долгое время». Высшие административные учреждения вправе предписать для отдельных видов распродаж, согласно заключению соответствующих официальных представителей торгово-промышленных кругов, чтобы до начала распродажи в указанном ею месте были заявлены основания ее и время ее начала, равно как



и список имеющих поступить в распродажу товаров; нарушения этого правила влекут за собой штраф до 500 марок или арест. Более высокие наказания угрожают тому (тюрьма до года и штраф до 5 000 марок или одно из этих наказаний), кто при распродаже будет продавать товар, специально для целей распродажи приобретенный. Этим категорически запрещаются искусственные и фиктивные распродажи, причем и здесь нарушения этого правила являются основанием к иску как об убытках, так и о прекращении запрещенных действий. Ответчиком по последнему иску может явиться и хозяин, служащие которого окажутся повинными в вышеуказанных проступках. В особое положение ставятся законом так называемые сезонные распродажи, или распродажа инвентаря, обычная в торговом быту, если они таковыми и обозначены в объявлении; они не имеют в виду вышеуказанными постановлениями закона, но могут, однако, подлежать административной регламентации в отношении количества, времени и продолжительности.

Излюбленным приемом недобросовестной конкуренции является пользование именем фирмы или специальным названием какого-либо предприятия или издания таким образом, чтобы затруднить распознавание их от действительных владельцев их. Закон предоставляет право иска о прекращении подобного пользования против всякого, кто делает возможным такое смешение, а не только, как раньше, в случае наличия умысла ввести в заблуждение; в последнем случае потерпевший может также искать убытки. Круг охраняемых законом признаков торгового-промышленного предприятия расширен в том отношении, что все знаки или приспособления, которыми предприятие пользуется, чтобы отличить себя от других, и которые в данных торговых кругах признаются его приматами, пользуются одинаково охраной закона. Сюда относятся ливреи и иные особые предметы одевания служащих, внешняя отделка экипажей, эмблемы, картины и иные украшения торговых помещений, особая отделка преysкурантов, циркуляров и других деловых бумаг. Развиты далее и постановления для борьбы с распространяемыми в целях конкуренции утверждениями, подрывающими интересы торгового предприятия или кредита его владельца. Если распространитель таких утверждений не сможет их доказать, то он обязан к возмещению созданных им для потерпевшего убытков, причем последний может также требовать прекращения распространения на будущее время. Однако в интересах охраны справок о коммерческой кредитоспособности закон предусмотрел, что если речь идет о конфиденциальных сведениях, в которых заинтересованы только участвующие в получении и представлении справок лица, то требование прекращения распространять данные сведения имеется в том только случае, если лицо, о коем эти сведения даются, докажет, что они противны истине. При этом он

только тогда может искать и убытки, если ложность этих данных была или должна была быть известной сообщавшему их. Владельцы же бюро справок за действия своих служащих могут быть привлечены к уголовной ответственности только в том случае, если эти служащие действовали с их ведома.

В областях кружевной промышленности и торговли вышивками часто раздавались жалобы на злоупотребление образцами, предоставленными фабрикантами предпринимателям, которые пользуются ими, чтобы за свой счет производить по ним товар. Жалобы эти послужили поводом для включения в закон нового постановления, направленного против таких злоупотреблений. Согласно ему тюремное заключение на срок до года и штраф до 5 000 марок или одно из этих наказаний ожидает каждого, кто в целях конкуренции применит для производства или сообщит другим вверенные ему в порядке деловых сношений образцы, технические приемы, рисунки, модели, шаблоны и т.п. Борьба с недобросовестной конкуренцией лишена, однако, практически всякого значения, пока она не располагает средствами для немедленного подавления всяких недобросовестных махинаций. В этих целях закон предусмотрел во всех случаях, где потерпевшему принадлежит право требовать прекращения определенных действий, возможность добиться такого прекращения путем судебного приказа в порядке обеспечения, каковой приказ дается и тогда, если по общим правилам Устава гражданского судопроизводства это недопустимо.

Этими замечаниями мы, собственно говоря, исчерпали содержание нового закона 7 июня 1909 года в его главнейших чертах. По целому ряду его постановлений, так, например, по вопросу о распродажах, можно быть разных мнений, но нельзя не признать, что благодаря ему мы теперь в Германии имеем возможность энергично бороться со всеми видами недобросовестной конкуренции, тем более что наша судебная практика по толкованию ст. 826 показала несправедливость общего упрека, брошаемого немецким судьям, будто их решения страдают излишним формализмом и доктринерством.

Dr. Ludwig Wertheimer,
Frankfurt a/M.



**Николай Валерианович
МУРАВЬЕВ**
(1850—1908),
действительный тайный
советник (1901), министр
юстиции и генерал-
прокурор (1894—1905),
затем до конца жизни
посол в Италии

ОБВИНИТЕЛЬНАЯ РЕЧЬ ТОВАРИЩА ПРОКУРОРА Н. В. МУРАВЬЕВА ПО ДЕЛУ О «КЛУБЕ ЧЕРВОННЫХ ВАЛЕТОВ»¹

DOI: 10.17803/2311-5998.2017.37.9.200-233

Мы продолжаем публиковать речи известных русских ораторов, произнесенные в судебных процессах в разные периоды отечественной истории. В этом выпуске приводится обвинительная речь Николая Валериановича Муравьева — действительного тайного советника, министра юстиции, генерал-прокурора, которую он произнес в Московском окружном суде по делу о «Клубе червонных валетов».

В своей книге «За полвека» Е. И. Козлинина, которая присутствовала на суде и слушала речь прокурора, писала: «Почти два дня длилась эта замечательная речь. Сильная и эффектная, она до такой степени захватывала внимание слушателя, что, когда он яркими красками набрасывал какую-нибудь картину, так и казалось, что воочию видишь ее». К слову сказать, в описываемый период Муравьеву шел 27-й год.

Дело о «Клубе червонных валетов» явилось поистине апофеозом второго десятилетия жизни реформированного суда. Оно объединяло 30 дел, связанных с убийством, подделкой государственных билетов, грабежом, шулерской игрой — словом, от убийства до неуплаты извозчику 40 копеек. А над всеми привлеченными к этому делу лицами — а их было 48 — висело страшное обвинение в составлении «шайки» с целью совершения всевозможных преступлений, а выражаясь современным языком — в организации мафиозной структуры.

Заседание Московского окружного суда с участием присяжных заседателей, 8 февраля — 5 марта 1877 года

Господа присяжные заседатели! Многотрудная и многосложная задача выпала на вашу долю. Вам суждено было быть тем составом суда присяжных, последнее слово которого должно завершить дело, гигантское по своим размерам, чрезвычайное по крайней сложности и бесконечному разнообразию своих обстоятельств. Три недели неустанной тяжелой работы и напряженного внимания посвятили мы все, здесь присутствующие, на рассмотрение и поверку

¹ Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах XIX века. Тула : Автограф, 1997.

обширного материала, собранного следствием. Три недели, вырванные из вашей частной, личной жизни, недели, отданные вами на бескорыстное служение высокому гражданскому долгу, — вот та, громче и красноречивее всяких речей говорящая внешняя форма вашего священного труда, перед которой не может не преклониться с благоговением само общество, вас избравшее. И трудились вы не напрасно; не бесплодны, смею думать, были те усилия рассудка и чувства, которые приходилось вам делать в эти долгие дни, проведенные здесь для того, чтобы усвоить себе и оценить по достоинству бесчисленные подробности происходившего перед вами судебного следствия. Загадочное стало понятно, сомнения рассеялись, неясное и сбивчивое разъяснилось, лучи света проникли в тьму и осветили самые мрачные закоулки человеческой совести, самые печальные факты человеческого падения. На ваш правый суд отдано 48 ваших сограждан, людей всех возрастов и всех состояний. Они сошлись перед вами на одной скамье подсудимых, потому что их всех, хотя не в равной мере, опутывает одна и та же неразрывная и крепкая, в течение 9 лет сплетенная сеть многочисленных преступлений. Эти особенности, характеризующие внешнюю, так сказать, количественную сторону процесса, особенности, по поводу которых не бесполезно будет упомянуть и о 300 с лишком свидетелях, вами заслушанных, и о колоссальной груде прочитанных на суде документов и писем, о бесчисленных представленных вам вещественных доказательствах, — все это сразу определяет размер материала, данного судебным следствием, и вашу задачу на этом материале основать свои решения. Огромная масса фактов, имен действующих лиц, цифр, показаний, оговоров, сознаний и полусознаний, недомолвок; полные, спутанные и переплетающиеся нити, иногда поразительные своею странностью личных счетов и взаимных отношений между подсудимыми и некоторыми свидетелями; царство подробностей и мелочей, которые то вносятся в дело, бог весть откуда, для того, чтобы его запутать и заслонить собою его горькую сущность, то по необходимости должны служить почвой для сложных выводов и соображений.

Множество самых неожиданных и новых эпизодов, перипетий и случайностей судебного следствия, неожиданно другим светом освещающих данные следствия предварительного, бесчисленные оттенки и новые сведения, добытые перекрестным допросом свидетелей и пространными рассказами подсудимых, и рядом самое дивное сочетание на каждом шагу истины с ложью и полновластное господство последней там, на скамье подсудимых. Таковы те крупные и резкие черты, которыми обрисовывается состав всего, на суде перед вами обнаруженного. Настало время разобраться в этой массе, подвести итоги данным, ее наполняющим, из сырого материала фактов вывести точный смысл или оценку перед общественной совестью. На мне лежит обязанность сделать это, развивая перед вами выводы обвинения и предъявляя надлежащие вашему рассмотрению требования справедливости и поруганного закона.

Я считаю не лишним заметить, что в отношении объема ваша и моя дорога совершенно совпадают. Между тем как защита раздробляется по личностям подсудимых и падающим на долю каждого из них обвинениям, между тем как каждый из моих многочисленных противников по необходимости имеет в виду своего подсудимого с его личными и частными, отдельными интересами, —



и вам, и мне предстоит обозреть и воскресить в уме и сознании личности всех подсудимых, все преступления, все обстоятельства в их общем взаимном и совместном значении.

Такое совпадение пределов вашей и моей задачи налагает на меня нравственную обязанность, помня о громадности и сложности дела, преследовать одновременно две цели, стремящиеся к двум результатам: во-первых, выяснить и доказать перед вами виновность подсудимых и необходимость соответствующего ей приговора, и во-вторых, облегчить вам вашу задачу таким изложением обвинения, в котором по возможности возобновились бы в вашей памяти все данные судебного следствия, чтобы перед вами предстала полная и ясная картина преступлений и преступников.

Поставив себе условием не вдаваться в излишние подробности и мелкие частности, легко затемняющие главные предметы, и в то же время не упустить из виду ничего, сколько-нибудь существенного и бросающего на дело хотя бы самый слабый свет истины, я прошу у вас вашего благосклонного внимания и терпения на время, быть может, довольно продолжительное. Продолжительна и громадна, разностороння и разнохарактерна была многообразная преступная деятельность. Пусть же не посетуют на меня судьи общественной совести, если разоблачение перед ними этой деятельности волей-неволей не всегда будет односложно и кратко. О времени и труде мне думать не приходится, когда от этого времени и труда разом зависит и решение участи многих десятков лиц, и ограждение общества от множества рук, поднятых против него. Приступая к развитию обвинения, я имею к вам еще одно предварительное заявление; я решился пригласить вас уверенно и смело идти за мною по тому пути, который я буду иметь честь проложить перед вами; я решился на это потому, что вы не ждете ни односторонности, ни преувеличения, а в конце его не встретите ничего, кроме истины. Всею своею тяжестью падет беспощадное обвинение на действительно преступных, но, призванная требовать им справедливой кары, обвинительная власть первая укажет вам на оправдавшихся и несчастных; непременно такие есть. И отмечая их беспристрастной и спокойной рукою, она сама скажет вам: отделите их от других; к этим другим будьте суровы и строги, но к ним будьте милостивы — и вы будете справедливы. Не жертвы нужны обвинению; оно требует только того, чтобы каждый получил по заслугам, и пусть осмелится кто-либо указать обвинению, что такие требования его лишены основания. Вооруженное страшным оружием правды и очевидности и глубоко убежденное в чистоте и правоте своего дела, обвинение уверенно и твердо возвышает перед вами свой голос: оно знает, что против него — преступления, а за него — закон, справедливость, нравственность, совесть и честь.

Значение уголовного дела и отношение к нему всех, приходящих с ним в какое-либо соприкосновение, всегда до некоторой степени определяется тем общественным интересом, который с ним связан. Такова сила всемогущей гласности, преимущество и вашего, милостивые государи, первенствующего участия в разрешении важнейших уголовных дел. Это в особенности применимо к так называемым крупным, из ряда вон выходящим делам, т.е. к тем, с которыми связаны крупные, из ряда вон выходящие общественные интересы. Замечательные страницы в истории русского судопроизводства — дело

Мясникова, дело Митрофании, Коммерческого ссудного банка — лучшие тому доказательства. С каждым из них крепко и неразрывно соединяется самое живое и свежее представление с целым рядом явлений и взглядов огромного общественного значения. При одном имени каждого из дел разом всплывают своеобразные, драгоценные своею жизненностью яркие типы зла, поднятые ими из мутной воды современного общества. Я вряд ли ошибусь, если скажу, что то же самое свойственно отчасти и настоящему делу. Но рассматривая его с этой стороны, я не могу не остановиться на одной, сюда же относящейся резкой и оригинальной его особенности. Я имею в виду то причудливое и романтическое название, под которым настоящее дело известно в обществе. Допросы некоторых свидетелей огласили перед вами тот факт, что настоящее дело слывет в публике под именем дела о «червонных валетах» или, точнее, о «клубе червонных валетов».

Таким образом, если название это принять за нечто серьезное и основательное, пришлось бы признать, что перед вами на скамье подсудимых не просто подсудимые, а господа «червонные валеты», составляющие даже свой особый клуб. На суде уже достаточно обнаружилось случайность и неосновательность этого названия, и в качестве судей, оценивающих только то, что они видели и слышали, вы не должны придавать ему никакого значения и с пользой можете выбросить его из собранного перед вами материала. Пусть общество называет подсудимых как ему угодно, вам до этого не может быть дела. Названия, каково бы ни было их происхождение, могут иметь значение общественное, но не должны иметь значения судебного.

С общественной точки зрения, в представлениях публики, для толпы подвижной и впечатлительной, быть может, уже давно под именем «червонного валета» сложился своеобразный и характерный тип нравственной порчи, зла и преступления. Об этом темном типе речь еще впереди — его черты весьма схожи с чертами того типа, который в течение долгого судебного следствия шаг за шагом медленно, но верно обрисовывался перед вами. Оставим обществу называть этот тип каким ему угодно именем. Есть люди и есть прозвища, которые так сживаются, срastaются друг с другом, что разлучить их не властны никакие силы. Но в дни суда забудьте, милостивые государи, об этом не имеющем в деле основания, случайном и фантастическом названии. Убийцу, фальсификатора, похитителя, обманщика как ни называйте, червонным ли валетом или другим из тысячи случайных в публике имен того же разбора, он всегда будет только тем, чем сделало его преступление и что одно только важно для его судьбы.

Наряду с собирательным названием, которое публика приписывает подсудимым, стоит еще другое особенное свойство настоящего процесса, возбуждающее в подсудимых неоднократно заявляемое ими негодование. Свойство это — совместное и одновременное предание всех подсудимых вашему суду, совместное и одновременное рассмотрение их виновности одним составом присяжных заседателей. На этот раз в числе протестующих и негодующих оказывается уже не одна только главная группа подсудимых, стоящих в центре дела и имеющих полное основание считать себя безнадежными, — так много за ними преступлений и так мало у них в распоряжении сколько-нибудь приличных оправданий.



Это уже не только гг. Давидовский, Шпейер, Протопопов, Массари, Верещагин, Долгоруков, Голумбиевский, Дмитриев-Мамонов и проч., и проч. Нет, ряды вызывающей к вашей справедливости против несправедливости обвинительной власти обставлены богаче. Нотариус Подковщиков, почетный гражданин Мазурин, купец Чистяков, купец Смирнов, обер-офицерский сын Брюхатов, поручики Дружинин и Засецкий, Петр Калустов, а за ними и многие другие, глубоко огорченные своим местом на одной общей скамье подсудимых наряду с людьми, которым давно уже терять нечего, с горькой укоризной указывают на свое отдельное, как бы случайное в деле положение, полнейшее отсутствие солидарности между собою и своими настоящими товарищами. Я понимаю это недовольство, это торопливое и лихорадочное отречение от тех, которые вправду или в шутку, все равно, любили называть себя «червонными валетами». Между тем как в Мазурине, как мне кажется, неудержимо говорит искреннее сокрушение о том, что несчастно сложившиеся обстоятельства и собственная его неосторожность вовлекли его в несвойственную ему среду, другим действительно тяжело, и обидно, и опасно сидеть на общей скамье подсудимых перед одними присяжными в роковой связи с кружком, составляющим собою ядро процесса. Им весьма хотелось бы, если суд неизбежен, судиться каждому отдельно, порознь, без этой подавляющей массы фактов, проделок и приемов, не имеющих содержания и смысла, без этой смрадной атмосферы, так густо пропитанной преступлением, без этого грязного сообщества, которое и на них бросает так трудно смываемые пятна. Итак, я не отдам им несправедливости — они только видят свои выгоды. Так, г. Подковщиков, судимый отдельно, сам по себе, кто он такой? Почетный нотариус Московского окружного суда, обладатель известной весьма конторы и большой практики. Ему ли не понимать, что и под обвинением не стыдно и не опасно стоять в таком положении перед судом присяжных? Но г. Подковщиков как деятель Ефремовского дела, судимый в тесной дружбе с гг. Давыдовским, Шпейером, Ануфриевым и проч., г. Подковщиков, являющийся в деле любимым нотариусом почти всех подсудимых, г. Подковщиков, облекающий в законную форму всякие их сделки, — это другое дело... Так, купцы Смирнов и Чистяков сами по себе только довольно крупные торговцы каждый в своей сфере; один содержатель гостиницы на бойком месте, другой богатый закладчик, уважаемый своими кредиторами. Каково же г. Смирнову выступать в положении искусного главы маленькой домашней шайки для мошенничеств, щедрым содержателем гг. Дмитриева-Мамонова, еврея Мейровича, Левина в дни их невзгод и нищенства, а г. Чистякову фигурировать в качестве укрывателя г. Бобка-Голумбиевского, только что обокравшего своего хозяина. Так, Дружинину и Засецкому, в их звании отставных офицеров, с обширным знакомством, неприятно на скамье подсудимых занять видные места с изобличающимися чуть не в карманных кражах компаниями устроителей искусного подлога и не менее искусной и успешной кражи с подобранным ключом. Так я долго не кончил бы, если б стал перечислять все те контрасты, представляемые общественным положением подсудимых по сравнению с их поступками. Я предпочитаю только, чтобы покончить с объяснением их уже указанного недовольства, напомнить им одну старую ходячую истину, как истина, она «проста и неотразима». Скажи мне, с кем ты знаком, гласит она, и я скажу тебе, кто ты таков. Нимало ее

не изменяя, я позволю себе только ее перефразировать по отношению к подсудимым. Скажите нам, с кем вы совершали преступления, и мы скажем вам, какие вы преступники, случайные или умышленные, ничтожные или глубокие, достойные жалости или отвержения. Вот такого решения и боятся они, стоя там, в шайке бойцов, давно потерявших самое сознание совести. Что делать? Пусть на себя и пеняют. Не обвинительная власть, а их общая деятельность, общие чувства и взгляды, общие вкусы, их дружба, связи, словом, вся оборотная, во тьме прятавшаяся сторона уготовила им в дни суда общее место. Нить общественных интересов и если не всегда общего образа жизни, то нить по крайней мере знакомства и близости тянется от одного подсудимого к другому с самой безотрадной для них привязчивостью. Разбиваясь на отдельные кружки, они неразрывно соединяют их в лице некоторых сотоварищей, принадлежащих к тем или другим кружкам.

Не прихоть, не случай, не желание преувеличить виновность руководили обвинительной властью при совместном и одновременном представлении всех подсудимых вашему суду. Она повиновалась прежде всего прямым и безусловным требованиям закона, которые выражаются в двух неприятных для подсудимых понятиях — соучастии виновных и совокупности преступлений. Эти-то два требования со стороны формальной и склонили подсудимых в ту густую тьму, из которой им так страстно хочется и так трудно вырваться. Я согласен с тем, что положение подсудимых было бы выгоднее и приятнее, если бы не было таких предписаний закона, какие есть. Вот они, эти предписания. Все соучастники преступления судятся в одном суде, и именно в том, коему подсудимы главные виновные или в ведомстве коего находится большее число обвиняемых. Но если один из соучастников в преступлении подсуден высшему, а другие низшему суду, то дело подлежит решению высшего суда. И дальше: в случае обвинения кого-либо в вышепоименованных преступлениях, из коих одни подлежат рассмотрению высшего, а другие низшего суда, дело решается тем судом, которому подсудно важнейшее из сих преступлений. Глубокий смысл скрывается в сих словах закона и основывается на том твердом, коренном судебном обычае, чтобы всех подсудимых, связанных между собою какими бы то ни было видами и случаями соучастия, за все совершенные каждым из них преступления судить по возможности вместе, в одном заседании, в одно время, одним составом суда и присяжных заседателей. Только этим путем судьи вполне знакомятся с преступлением и виновниками, со всею обстановкой первых и жизнью последних, а не с обрывками фактов, вырвавшимися из общей связи с их причинами, условиями и последствиями. Только при такой постановке уголовного дела оно разворачивается перед судьями в полном своем объеме и они получают возможность верно постигнуть, с кем и с чем именно они имеют дело, и, следовательно, могут действительно стать на высоте своего призвания. Изречение о том, что соединение создает силу, вполне применимо и к миру преступности, и уголовный судья только тогда может сломать преступную силу, когда видит ее всю со всеми ее составными частями и деталями. Итак, все слышанные вами жалобы подсудимых на их совместную одновременную судимость лишены всякого и законного, и разумного основания. Если же кому-либо из них, г. Подковщикову, например, или г. Поливанову, или г. Смирнову и проч., обидно и стыдно сидеть на



одной скамье с гг. Шпейером, Давидовским, Дмитриевым-Мамоновым, Пеговым, Мейеровичем и другими, то я могу им теперь рекомендовать только одно: горько пожалеть о том, что тогда, давно, в те далекие дни преступлений, им было не стыдно, не оскорбительно рука об руку с теми же господами Шпейером, Давидовским, Дмитриевым-Мамоновым, Пеговым, Мейеровичем и др. в их смелом походе против чужой собственности.

Кроме требований закона и особенности свойств настоящего дела, есть еще одно соображение, которое обвинительная власть имеет в виду, — соединение всех подсудимых в одну общую массу одним обвинительным актом, подлежащим его рассмотрению.

Да будет позволено мне несколько коснуться и этого соображения, которое, я полагаю, всего менее может служить основанием к упрекам обвинительной власти. Ей казалось, что настоящее дело тянется слишком долго, что 6 лет следствия слишком тягостят и над подсудимыми, и над обществом, в котором они до последнего времени не переставали вращаться. Ей думалось, что все это пора кончить, кончить разом, и чем скорее, тем лучше. Вот почему обвинительная власть в тесном единении с властью судебною решилась приготовить представителей общественной совести в вашем лице, не пожалеть ваших сил и труда и одним могучим подъемом всех умственных и физических сил сослужить обществу службу тяжелую и великую — рассмотреть и разрешить настоящее дело в полном его составе. Сопоставление всех этих соображений побудило обвинительную власть не терять времени представлением дела на вашем суде. Она решилась пожертвовать некоторыми второстепенными пунктами дела, требовавшими, быть может, дополнительного рассмотрения, она решилась даже умышленно и, конечно, временно оставить без последствий некоторые повторившиеся и на судебном следствии упущения по виновности лиц, еще к суду не привлеченных. Придет и их черед; но будучи обращено к доследованию для разработки встречающихся в нем не вполне еще разъясненных пунктов и упущений, дело неминуемо повлекло бы за собою такое продолжительное производство, такое замедление, перед которыми останавливается обвинительная власть. Может быть, ее упрекнули и за эту добросовестную решимость, но она смело встретит эти упреки, потому что знает, что только таким путем и удалось приблизить судный день для многих томившихся в ожиданиях и неизвестности.

Довольствуясь теми и без того обширными материалами, которые перед вами обнаружены, и утверждая, что из него не было утрачено ничего главного, ничего сколько-нибудь существенного и важного, я прежде чем перейти к изложению и группировке прошу у вас позволения сделать еще несколько замечаний, необходимых для правильной его оценки. Мне обвинение подсудимых, вам ваше суждение о их виновности предстоит строить на одной и той же почве. Бросим же общий и беглый взгляд на форму изложения этих доказательств, на их типические и резкие особенности, с которыми они явились на судебное следствие.

Некоторые общие, как бы родные, черты и выводы, которые легко будет при этом отметить, очень важны для нас именно в силу общего своего характера, ввиду того, что им свойственны некоторые особенности настоящего дела и что, относясь к целым разрядам его фактов, они не укладываются в рамки отдельных обвинений, а все окрашиваются своеобразным цветом. По сложности и громадно-

сти дела весьма естественно, что при его расследовании и рассмотрении дело это склеилось в одной посильной и дружной работе; все виды доказательств известны уже суду. Действительно, показания подсудимых, их сознание, их заперательство и ложь, их недомолвки и молчание, показания потерпевших и простых свидетелей под присягой и без присяги, и протоколы обысков и осмотров, и экспертизы, и вещественные доказательства самых разнообразнейших разрядов и значений — всё безграничной вереницей проходило перед вами на судебном следствии.

Таковы доказательства, такова твердая почва, на которой стоит обвинение. Обратимся же к обозрению возведенного на этой почве колоссального здания преступлений. От фундамента до вершины, от деталей до целого, камень за камнем должны мы рассмотреть его. Только тогда будем мы в силах разрушить его, только тогда, обращенные в прах, скоро изгладятся самые следы его темного существования. Если всю огромную массу судебного следствия окинуть на мгновение одним общим взглядом, невольно придется остановиться на одной выдающейся внешней черте ее — по отношению этой массы ко времени. Она обнимает собою 9 долгих лет — целую эпоху в жизни человека. С 1867 года, по приблизительному исчислению, и по 1875 год тянется непрерывная цепь преступлений, отдельные звенья которой поочередно отламываются подсудимыми. Раскрыв и изучив эти звенья одно за другим, следствие насчитало около 60 преступных деяний, которые должны были предстать на ваш суд. Но я глубоко убежден, что это количество чисто случайное, что оно не только не исчерпывает всего открывшегося перед вами преступного мира, но составляет, быть может, даже самую незначительную часть. Было бы самоуверенно думать, что правосудию удалось наложить руку на все, что в течение не только всей жизни своей, но в этот 9-летний период подсудимые совершили преступного и наказуемого. Средства суда, как и все исходящее из рук человеческих, ограничены, порою слабы, слишком часто несовершенны. Следствие сделало, что было возможно, оно обнаружило много, но еще больше, я смело говорю это перед лицом подсудимых, — таится во тьме закупленное, потушенное, заглухнувшее, глубоко зарытое. Многочисленные указания и намеки на это, то в лице говорившего подсудимого, то в виде недосказанного эпизода, часто проскальзывавшего во время судебного следствия, — вот мимолетные просветы скрытой темной шайки. Я не думаю, что эти хорошо опущенные в воду концы когда-нибудь выплывут на свет божий. Да и не нужно — с лишком довольно того, что мы видим перед собою. Если эти 56 преступлений только образцы того, что было содеяно, но по разным причинам осталось необнаруженным, то мы можем довольствоваться и такими образчиками, по ним можем судить, ценить и безошибочно оценить содеятелей по достоинству. Неоткрытые преступления подсудимых, разоблачение в тех, которые открыты, нам остается только, говоря словами старого уголовного судопроизводства, предать воле божией. Для удобнейшего обозрения того 9-летнего периода, в который укладываются отдельные обвинения, для обозрения его в том хронологическом последовательном порядке, который кажется мне наиболее правильным и пригодным, отметим в пределах этого периода несколько переходных и выдающихся точек, вокруг коих легко и свободно сами собою группируются обвинения.

Вот в каком общем внешнем виде мне представляются все предъявленные мною против подсудимых обвинения, взятые все вместе, в своем последова-



тельном развитии и постепенности. Резкою гранью, важною эпохою в жизни, преступной деятельности подсудимых является вторая половина 1871 года, время с начала лета по декабрь этого года. То было время образования первых кружков и первой шайки, время процветания, время самого разгара воровской работы. Весь предыдущий период, все время с 1866 года по весну 1871 года занято лишь отдельными, не имеющими между собою связи преступлениями. Это прелюдия к той грандиозной и сложной мелодии, которая скоро должна разыграться. Это интересные отдельные страницы из отдельной личной жизни и быта каждого из главных деятелей, будущих крупных и дружных подвигов на общем пути. В таком первоначальном фазисе, который я могу назвать подготовительным, перед вами выступает темное и грязное прошедшее, прежняя судимость, подозрительная обстановка и отдельные преступления, совершенные главнейшими из подсудимых за свой собственный еще пока, а не на общий счет. Личности гг. Давидовского, Шпейера, Долгорукова, Андреева, Башкировой, Массари, Верещагина, Голумбиевского, Плеханова, Неофитова, Щукиных, Пегова, Зильбермана, Понасевича одна за другою появляются на обширном поприще добычания денег из чужих карманов и обрисовываются так ярко, что неизбежность всего последующего становится понятна. Тут же встречаем мы и гг. Топоркова, Эрганьянца и Адамчевского в качестве случайных, но не столь важных соучастников отдельных преступлений. Наступает лето 1871 года; подготовительный период, прелюдия кончена; скоро, обгоняя одна другую, превосходя друг друга в дерзости и тонкости, темною чередою возникают обширные и глубоко задуманные преступные аферы. С разных концов России: из Петербурга, из Тулы, из Иркутска, из Харькова, из Нижнего, как хищные птицы, почуявшие добычу, мало-помалу собираются в Москву, скучиваются, соединяются в кружки, связанные друг с другом, копошащиеся между меблированными комнатами дома Любимова и меблированными комнатами дома Андреева, на Тверской, между гостиницей Шеврие в Газетном переулке и дачею Попова в Петровском парке. Оживленная, таинственная деятельность темного мира развернулась внизу и вверху по Тверской улице и примыкающей к ней местности городского центра в д. Андреева, Любимова, Галяшкина, Кайсарова, в номерах и трактирах, в конторах нотариусов и квартирах ростовщиков. Заключаются знакомства, сводится дружба, обдумываются планы, происходят совещания, сводятся счета, пишутся разнообразнейшие документы, и все это вьется в безобразном вихре вокруг одного всемогущего идола — денег во что бы то ни стало; денег на разгулы, на чувственные наслаждения — денег и этих наслаждений, хотя бы преступлением, хотя бы кровью. Так с лета по декабрь 1871 года неустанно работает одна из главных групп подсудимых, группа, если можно так выразиться, основная. Она работает — и подлог векселя Серебрякова, обман Еремеева, обман Батракова, обман Попова, убийство Славышенского быстро сменяются одно другим.

К этой первой, главной группе подсудимых и преступлений примыкают две второстепенные, одна к началу, другая к концу. Второстепенные только по качеству замысла и исполнения, но никак не по преступности и напряжению злой воли. С марта по осень 1871 года непрерывным рядом тянутся многосторонние похождения г. Пегова. Масса подложных векселей по небывалой доверенности отца, а в конце мая дикий ночной грабёж, совершенный над бывшим поваром

своего отца, — вот чем отмечен восьмимесячный путь этого спешившего жить юноши. Продукт того же омота, тех же стремлений, Василий Пегов связан с главной группой и знакомствами, и связями, и соучастниками. В лице г. Массари, одного из деятелей этой группы, в лице гг. Жардецкого и Поливанова, старшины и служителя ее компании, деяния Пегова даже формальным образом связаны с деяниями гг. Давидовского, Шпейера и проч.

Другая второстепенная группа, примыкающая к главной, по своей деятельности относится к ее концу, а именно к декабрю 1871 г. и январю 1872 г. Она впервые вносит в дело новый элемент, которому суждено быстро развиваться и окрепнуть и долго, до конца, играть большую роль. Это элемент осторожный, арестантский, атмосфера и привычки старой тюрьмы, людей, давно закоренелых в преступлении. Место работы переносится за высокие стены Московского губернского тюремного замка, а работниками являются старые знакомые, друзья и товарищи прошедших подвигов — гг. Верещагин и Плеханов, за старые грехи лишенные свободы, г. Голумбиевский, еще свободой наслаждающийся и удачно пользующийся ею для того, чтобы с помощью г-жи Змиевой испробовать сбыть подложные векселя от имени Пятово, — с этого времени полное и тесное общение устанавливается между острогом и его еще свободными приятелями; богатый клад дает это общение. Здесь около нового 1871 года мы можем отметить предел первого фазиса общей преступной деятельности. Ее настигает неожиданный удар, — свершается событие, преграждающее ей мирное течение. Возбуждается энергетическое следствие, преступления обнаруживаются и разоблачаются почти по мере совершения, смелые деятели приглашены расстаться и за крепкими запорами обдумывать свои деяния — словом, судебная власть налагает руку свою на подсудимых. Но, увы, дела слишком сложны, следствие скоро окончиться не может, и большей части подсудимым из соображения (может быть, немного преувеличенного) человеколюбия и мягкости дается свобода. Моментально забыты все невзгоды, весь позор разоблаченных преступлений, забыта грозная перспектива вашего, милостивые государи, строгого суда. В мыслях у всех только одно — по-прежнему добывать деньги и по-прежнему на эти деньги по-своему наслаждаться жизнью. На свой карман давно уже нет надежды, но что за дело — на то существует карман чужой. И вот старые группы смешиваются, перепутываются и переплетаются в новом походе против закона чужой собственности; старые знакомства скрещиваются, новые заводятся и продолжают старые, вырастают новые кружки, в которые входят частью прежние, — и среди всего этого свято сохраняются и передаются друг другу еще свежие предания о совершенных преступлениях. Деятельность старых групп находит себе продолжение в деятельности новых. Ни одного месяца не проходит без новых преступлений. Меньше приходится их на 1872 год, непосредственно следующий за первым судебным разгромом всей компании; лето 1873 года не уступает 1871 году. В том 1872 году Дмитриев-Мамонов, соучастник Шпейера и Давидовского в подлоге векселя Серебрякова, в сообществе с Николаем Калустовым, близким приятелем того же Шпейера, совершает при помощи Засецкого и Соколовой отвратительную по подробностям кражу у Артемьева. В октябре того же года Пегов, только что старательно направленный своими доброжелателями на истинный путь, похищает запертую сумку с 50 тысячами рублей денег и тем



показывает, как успешны и уместны были их старания. Месяц спустя, в ноябре 1872 года, в стенах Московского тюремного замка возникает обширная переделка и подделка банковых билетов. Дело кипит и спорится в руках все тех же гг. Верещагина, Плеханова и новых соучастников, в лице тех же гг. Щукина, Зильбермана и Сидорова, принимавших участие еще в подготовительный период.

В замке переделывают; вне замка — принимают и сбывают, а в качестве приемщиков и сбытчиков являются новые лица: г-жа Щукина, Огонь-Догановский. 1873 год застал толпу в Москве. Банковское дело в полном ходу, — целые месяцы, несмотря на следствие и изобличения, тянется подделка, и только к августу этого года относятся ее последние обнаруженные действия. Но не остаются праздными и рассеявшиеся представители других групп. Между тем как в том же августе гг. Протопопов и Массари искусно составляют подложный вексель от имени Ивашкиной, Дмитриев-Мамонов, только что освобожденный из-под стражи по делу Артемьева, не смущаясь и не колеблясь, присваивает себе деньги, которые ему его лишенный свободы соучастник и сотоварищ Н. Калустов передал для вознаграждения потерпевшего. Между тем как товарищи Голумбиевского в замке безраздельно погружены в переделку банковых билетов, он сам не теряет времени и, пользуясь удобным случаем, под именем лакея Бобка, вооруженный подложными документами, спешит навести на дом хозяина своего Яфа другого похитителя, с которым вместе и совершают кражу, находя в г. Чистякове себе снисходительного укрывателя похищенных серебряных вещей. Не на одного Голумбиевского так возбuditельно и ободрительно действует снова сгустившийся воздух Московского острога, воздух преступлений. Одной рукой г. Огонь-Догановский принимает из замка переделанный шестидесятитысячный банковый билет, а другую подает снова появившемуся участнику первой группы экс-князю Долгорукову на сотрудничество и союз. Обширное мошенническое предприятие знакомого уже характера ловко и быстро пущено в ход с января по март 1873 года путем мифического общества коннозаводства; успешно дочиста очищены многочисленные карманы бедняков.

1873 год приходит к концу; январь, февраль и март нового 1874 года представляет или случайный перерыв в общей работе подсудимых, или пробел предварительного следствия. Но наступает апрель месяц, и вместе с весенним пробуждением природы пробуждаются к энергии и новой жизни и те, кто в былые годы любили называть себя «червонными валетами». Нужно жить по-прежнему, нужно наслаждаться жизнью, нужны деньги; а денег нет. Где же взять их, как не по старой памяти — подлогом и мошенничеством. Апрель, май, июнь, июль, август и сентябрь 1874 года — полгода сплошь наполнены новыми преступлениями. Старые знакомые, но в новых сочетаниях работают над ними. Они — ядро, вокруг которого быстро нарастают и новые обвинения и соучастники. Дмитриев-Мамонов, выбитый из колеи, не знающий, где приклонить голову вне преступных замыслов, находит себе укромное пристанище в гостинице Смирнова, который быстро постигает, какую пользу можно извлечь из такого деятеля, — опытного, бывалого и вместе покладистого и мягкого, как воск. Под руководством и под ведомством старшины выросшие как будто из земли евреи: Гейне, Левин и Мейерович, усердно трудятся над устройством вокруг не потерявшей еще мужества личности Мамонова роскошной мошеннической обстановки. Один доверчивый

субъект попадает в сети, а издали недопущенные к участию Плеханов, Массари, Протопопов наблюдают за поучительным зрелищем. И у них те же потребности, тот же избыток силы, то же презрение ко всему, что не добыча, и вот — подлог Каулинских векселей при участии прежнего Андреева и нового Никитина, подлог других документов, оригинальный по плану и по исполнению. Мошенническая отправка из Нижнего Новгорода застрахованных сундуков, подлог векселя и бланка князя Голицына, получение посредством этого векселя 10 тысяч рублей из конторы Волковых, несчастное участие в этом деле злополучной г-жи Шпейер, наконец, ярмарочный обман Наджарова, — такой бесконечной вереницей тянутся последние подвиги подсудимых. Переполняется мера терпения следственной и обвинительной власти; главнейшие из подсудимых вновь заключаются под стражу и с осени 1874 года следствие быстро и решительно подвигается к концу. Но Шпейер, Николай Калустов, Долгоруков еще на свободе, еще продолжают свой прежний образ жизни к истинному удивлению и соблазну порядочных людей. Скоро и этому должен быть поставлен предел. Не далее первых месяцев 1875 года гг. Шпейер и Николай Калустов красноречиво убеждают всех, что и до суда они не достойны пользоваться свободой. Шпейер же с непонятною дерзостью становится во главе компании, на все готовой для скандала, и 9 лет деяний, противных нравственности и закону, блистательно завершаются самою гнусною комедией — кощунственным подражанием обряду погребения над живым г. Брюхатовым. В последний раз стены тюрьмы раскрываются перед гг. Шпейером, Долгоруковым и Калустовым, и это делается последним актом следствия. Таков внешний общий вид того громадного здания, которое теперь нам предстоит разбирать по частям, и таков тот последовательный порядок, в котором я хотел бы совершить этот труд.

Летом 1871 года начинает мало-помалу собираться вся компания. Старые знакомства возобновляются, новые заводятся, всем живется весело и беззаботно. Но веселых и грубых оргий мало, хочется роскоши, кутежей и проч., нужно добывать деньги, и все быстро догадываются, что вместе это делать гораздо легче. И вот начинается дружная общая работа, в которую каждый вносит свою лепту по мере сил и умения. Кто что умеет, тот то и делает. Неистощимое богатое воображение, неисчерпаемая изобретательность доставляют планы, в которых не знаем, чему удивляться больше, смелости ли замысла или отчетливости исполнения. Дело не обходится и без раздоров по дележу добычи, но милые бранятся — только тешатся: сладкое примирение следует за ссорой. А кто опасен, вреден или уже совсем не нужен, выжаты силы, — того совсем отбрасывают прочь, принцип солидарности и совместности служит только остальным, грянул гром — и все враспылную, верные девизу: «Спасайся, кто чем и как может». И тут оговорить товарища, запутать его, забежать вперед и подать жалобу, а самому остаться в стороне, в тени — ничего не значит. Напротив — это ловкость, правила, внушаемые чем-то вроде мошеннической стратегии. Только на совершение преступлений давали друг другу руку подсудимые, а вовсе не на расплату за них, — тогда каждый как знает.

Центр, сборный пункт, главная квартира или притон — в номерах д. Андреева и в особенности у Фохта, в доме Любимова. Перечислим всех участников: 1) Иван Давидовский, 2) умерший уже Петр Давидовский, 3) Шпейер, 4) Либерман,

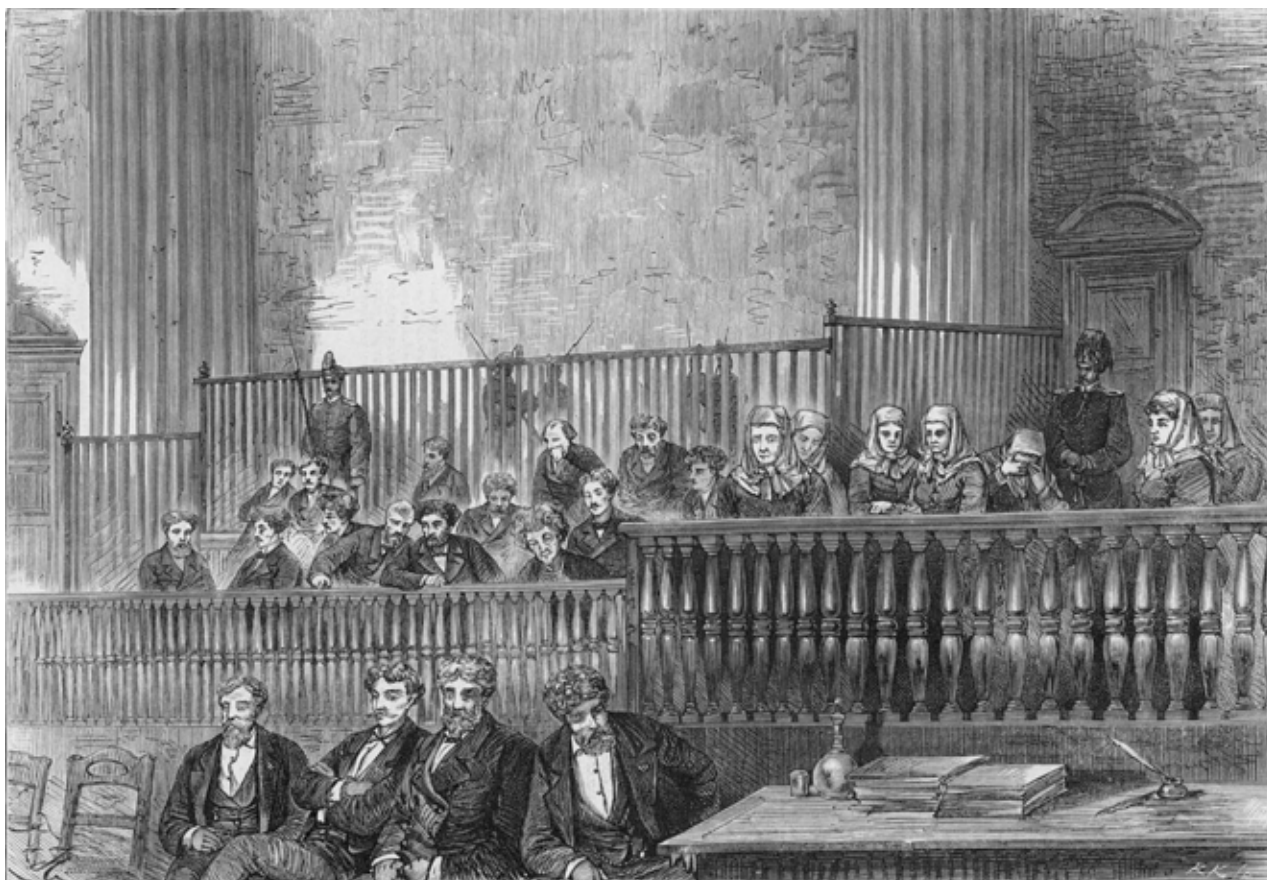


5) Ануфриева, 6) Массари, 7) Протопопов, 8) Долгоруков — у них есть свои дома, 9) Марья Петрова и 10) Башкирова. Десять человек, готовых на все, с решимостью, энергией, умом, ловкостью, с блестящей внешностью, с доступом еще ко многим порядочным людям; и денег нет ни у кого, а жажда у всех большая. Не удивительно и не странно, что они в каких-нибудь 5 месяцев успели и легко совершили 7 преступлений.

Я говорил уже, что между отдельными преступлениями первого периода невозможно установить никакой связи. Они совершены ими задолго до образования общего кружка и тесного знакомства между подсудимыми или почти накануне, но во всяком случае, прежде того и другого. Представляя собою отдельные и самостоятельные и притом далеко не маловажные обвинения, они важны еще и постольку, поскольку яркими красками рисуют прошедшее многих подсудимых, к которым относятся. Они доказывают, как глубоки причины зла, в них коренящиеся. Как рано выступили эти господа на преступное поприще, как мало оснований они имеют впоследствии колебаться и краснеть перед новыми подвигами; среди разнообразных приключений сомнительного свойства создавши пир, как будто мимоходом каждый из них вкушает от запрещенного плода. С давних пор у них сложилось убеждение, что только те деньги сладки, которые достались даром, путем мошенничества и подлога. Так, затем, в этом подготовительном периоде можно проследить, как развивалась и расширялась деятельность этих профессиональных похитителей. Как постепенно готовилось и совершалось их личное нравственное падение. В разных местах: и в самой Москве, и вне ее, и в Петербурге, и в провинции, и в глуши, и в деревне затаились будущие друзья и соучастники; еще далеко не все между собою знакомые, еще не спевшиеся, они уже были невидимо друг с другом связаны одним общим своим положением, безденежьем, с одной стороны, разгульными эпикурейскими вкусами, с другой. Люди такого сомнительного достоинства, как Андреев, люди разорившиеся, почерпнувшие все свойства старой помещичьей среды, как Давидовский, Массари, люди, давно уже удивлявшие порядочных людей своею наглостью и скандальным образом жизни, как Шпейер и Верещагин; люди, вышедшие бог весть из какой тьмы, как Башкирова, Андреев и Топорков, — все, каждый на своей дорожке, когда не доставало денег, смело обратились к преступлениям. Г-ну Массари, если не ошибаюсь, принадлежит первый по времени почин; с его-то сложной операции я начну свою длинную и скорбную повесть.

Она будет прежде всего касаться Массари и Эрганьянца. Вспомните стоявшую пред Вами несчастную опиравшуюся на костыли старушку, которая благодаря сыну сидела в долговом отделении и потом состояла под конкурсом, масса которого доходила до 300 тысяч рублей; припомните, когда ее спрашивали по делу, она говорила: «Спросите сына, я ему все доверила; какие у меня долги? Разве рублей сто?» Впечатление, которое произвела эта старуха, врезалось в нашей памяти: то была мать, опечаленная положением сына, но мать, этим сыном обобранная, дошедшая до нищеты; то была мать, не сказавшая слова в укор сыну, и рядом с ней мы видели двух людей. Первый из них — Массари, с вечно бродящей на чертах хитрой и тонкой улыбкой; он говорил перед нами долго и много, его как-то трудно было понять и никакого конечного вывода из

его показаний сделать было нельзя, у него все как будто скользит, как будто он везде оставляет себе выходы и лазейки. Вы видели также другого старого человека; я говорю об Эрганьянце. Г-жа Массари, вы помните, к началу 60-х годов имела хорошее состояние. Имение ее в Горбатовском уезде было оценено в 38 тысяч; на нем лежал только один долг в 15 тысяч Приказу общественного призрения; имением этим заведовал сын Массари и вскоре обременил его запрещениями, появились взыскания в 26 тысяч по векселям сына, по которым поручилась мать. В 1866 году Массари взял от матери доверенность на управление всеми ее имениями с неограниченным правом кредита; каким образом он пользовался этим правом, доказывает скоро выросшая конкурсная сумма в 300 тысяч. Когда на имение был наложен секвестр и оно было взято под опеку, тогда, вооруженный доверенностью матери, Массари оставил Горбатовский уезд — и тут-то началось добывание денег, которое в конце концов и привело его на скамью подсудимых.



Дело червонных валетов, скамья подсудимых, 1877 год. С рисунка Ф. Гаанена гравировал К. Крыжановский (Всемирная иллюстрация : журнал. 1877. Т. 17. № 429. С. 245).

Указав на разорение старушки г-жи Массари, г. обвинитель в дальнейшем изложении доказывал невероятность того факта, чтобы Массари мог верить фантастическому рассказу Эрганьянца, действовал с ним сознательно заодно².

Вторым же изложено в обвинительной речи дело Давидовского о выдаче им векселей от имени своей матери и сестер по несуществующей доверенности. На это дело обвинитель указывал как на имеющее значение для определения прошлого в жизни подсудимого Давидовского. В заключение обвинитель просил присяжных обратить особенное внимание на то, что с этих пор Давидовский начинает заниматься комиссионерством. Этой профессии в настоящем деле принадлежит громадная роль. «Подсудимый Давидовский сознался на суде в составлении подложных векселей от имени своей матери и сестры и своим высокомерным сознанием хотел как бы купить право на оправдание. Он доказывал и настаивал, что это сознание было вполне добровольное и искреннее. Но если бы даже это и была правда, то что же из этого следует? Разве вследствие сознания преступления перестает быть преступлением и обращается в действие похвальное? Но мне не верится, чтобы сознание Давидовского вытекало из благородных побуждений. Мне сдается, что не свойственно характеру Давидовского, насколько этот характер выяснился на суде, чистосердечное сознание и раскаяние. Мотивом для сознания послужила ненависть его к Ольденбургу, ненависть, которая ясно сквозила через все объяснения подсудимого, ненависть, быть может, за те высокие проценты, которые брал ростовщик Ольденбург с Давидовского. Давидовский имел в виду отомстить Ольденбургу и посадить его на скамью подсудимых».

Покончив с делом Ольденбурга, г. товарищ прокурора перешел к другим обвинениям, располагая их в хронологическом порядке совершения преступлений, и перешел к делам о Долгорукове. Прежде чем приступить к изложению обвинений по этим делам, обвинитель представил характеристику личности подсудимого Долгорукова. «Не будем преувеличивать, — сказал он, — излишества всегда вредны. Я не буду говорить вам, что перед вами стоит закостенелый преступник, опытный во всевозможных проделках, я этого не скажу, потому что это было бы неверно. Немного нам рассказывал подсудимый о своей прошлой жизни, и в деле вообще имеется мало сведений, из которых можно было вывести полную характеристику личности подсудимого. Подсудимый говорил нам о своем происхождении, титуле, о том, что фамилия Долгорукова запоминается легче, нежели Иванова, Петрова и пр., говорил также о своих родственниках. О княжеском титуле здесь не время и не место говорить, в особенности после тех перемен, которые произошли в судьбе Долгорукова. В представленном вчера защитником Долгорукова письме писателя Немирова довольно верно обрисована личность подсудимого. В Долгорукове особенно резко бросается в глаза одна черта: легкость характера, необыкновенное легкомыслие. Получив довольно поверхностное образование, послужив юнкером во флоте, Долгоруков вышел в отставку. Неимение средств заставило его подумывать о приискании каких-нибудь занятий. Природная талантливость и отсутствие серьезного образования определили свойство занятий Долгорукова: он посвятил себя в конце шестидесятих годов мелкому литературному труду. В письме Долгорукова, прочтенном вчера, встречается одна замечательная фраза, рисующая нам

² В связи с отсутствием полного текста речи некоторые ее части даются в изложении.

обстановку, среди которой он жил в то время, и нравственное состояние, в котором он находился. Фраза эта дает ключ для понимания всех последующих поступков Долгорукова и происшедших в нем перемен. “Чувствую, — пишет он, — как все более и более окружающая среда начинает давить меня, чувствую, как все более и более слабеют мои лучшие помыслы”. Да, мечты юности исчезли, лучшие помыслы улетучились, и на месте их стали вырастать другие мысли, другие цели и стремления. Это перерождение не подлежит сомнению: работа над ним шла медленно, но верно. Долгоруков сначала робко, нерешительно, затем все смелее и хладнокровнее совершает несколько обманов и мошенничеств. Сначала обман Аренсона, за ним следует Белкин, Дриссен и целая серия обманутых, нанимавшихся в конторе Огонь-Догановского. Два условия способствовали приготовлению почвы для восприятия дурного влияния. Княжеский титул Долгорукова, привычки и вкусы, развитые в нем прежнюю жизнью, требовали от него необыкновенных усилий, чтобы честным трудом добыть столько средств, сколько нужно было для жизни, соответственной носимому им княжескому достоинству. Такого запаса трудолюбия в Долгорукове не оказалось, у него не хватило и силы воли ограничить свои потребности до тех размеров, на которые хватило бы его средств, и явилась необходимость искать их где-нибудь в другом месте, в такой области, с которой честная натура Долгорукова ничего общего не имела. Нравственное бессилие, неспособность сопротивляться искушениям сильным и действующим упорно, — таковы черты, характеризующие подсудимого Долгорукова».

Затем обвинитель коснулся в нескольких словах жизни Долгорукова в Петербурге, переезда его в Москву и дурного влияния, оказанного на него обществом Давидовского и др., и перешел к отдельным обвинениям. Изложив обстоятельства, при которых был обманут Батраков, г. товарищ прокурора продолжал: «Долгоруков говорил, что он не называл себя племянником генерал-губернатора, и в этом объяснении есть значительная доля вероятия. Конечно, Долгорукову, хорошо знакомому с условиями великосветской жизни, неловко было самому лично отрекомендоваться посетителям племянником генерал-губернатора. Но он причастен обману уже тем, что позволял, чтоб Андреев распускал подобные слухи. Андреев еще вчера весьма энергично доказывал происхождение Долгорукова от великого князя Михаила Черниговского и родство его с московским генерал-губернатором. Эти усилия Андреева убеждают нас, что он действительно распространял слухи об этом родстве.

Здесь не место подробно распространяться об этом, достаточно указать на один документ, прочтенный вчера на суде. Генерал-губернатор благодарит Долгорукова за присланные ему книги и через канцелярию посылает ему 25 рублей. С родственниками, столь близкими, как племянник, не ведут переписку через канцелярию. Главным руководителем при всех обманах был Андреев. Значительный комический талант его, о котором упоминали свидетели, давал ему шансы с успехом разыгрывать разные роли. И вот он является при Долгорукове в ролях наставника-руководителя, управляющего, поверенного, комиссионера и пр.».

Перейдя к обвинению Долгорукова в обмане Попова, г. обвинитель заметил, что «хотя личность самого свидетеля рисуется в крайне неблагоприятном свете, однако это обстоятельство несколько не избавляет подсудимого от ответственности за обман даже такого лица». От следовавшего за тем обвинения Долго-



рукова в обмане г-жи Яцевич товарищ прокурора отказался, так как за неявкой в суд г-жи Яцевич и за невозможностью прочесть ее показание в деле не представляется решительно никаких данных для обвинения Долгорукова. По делу об обмане Аренсона обвинитель поддерживал обвинение всецело. «В объяснениях Долгорукова, — сказал он, — замечается косвенное сознание. Бесцеремонность его не дошла до того, чтобы он сказал, что тетка его поручала ему нанять винокура для нее. Сам подсудимый признает свой поступок с Аренсоном неблагоприятным. А если бы Долгоруков имел такое поручение от тетки, то в поступке его не было бы ничего неблагоприятного». Излагая обстоятельства Белкинского дела, обвинитель остановился на участии в нем подсудимого Адамчевского:

«Адамчевский, — сказал прокурор, — участвует только в настоящем деле и потому понятно, что ему неприятно сидеть на скамье подсудимых с лицами, которые обвиняются в 10—12 преступлениях. Но обвинение против Адамчевского подтвердилось вполне. Белкин и его приказчик признали его за то именно лицо, которое выдавало себя за управляющего князя Долгорукова и явилось к ним в магазин. Подсудимый указывал на то, что он не мог решиться на обман из-за 100—200 рублей, что он в настоящее время имеет порядочное состояние, высокопоставленных клиентов и проч. Все это нисколько не опровергает обвинения: в продолжение десяти лет много утекло воды, и то, что теперь подсудимому кажется ничтожною суммою, могло иметь десять лет тому назад значение сильной приманки. Конечно, десятилетняя честная жизнь имеет право на ваше внимание, но лишь как обстоятельство, уменьшающее вину и дающее подсудимому право на снисхождение... Таково уж свойство настоящего дела, что совершение только одного преступления вызывает снисхождение». Затем обвинитель перешел к делу об обмане Дриссена. «Как провел Долгоруков 1868—69 годы, мы не знаем, но только в то время, когда утверждался приговор С.-Петербургского окружного суда о лишении Долгорукова всех особенных прав состояния, он обманул владельца оружейного магазина Дриссена буквально тем же способом, как и Белкина». Изложив обстоятельства дела, г. обвинитель продолжал: «Оправдания, представленные подсудимым, не заслуживают никакого уважения. Он говорит, что совершал гражданскую сделку, заем, но заем тогда только может иметь силу и значение гражданской сделки, когда он совершается добровольно; займы же Долгорукова были насильственные. Он указывает также и на то, что вся наша молодежь, как имущая, так и неимущая, прибегает к помощи таких же займов. Если это действительно правда, то следует пожалеть нашу молодежь и пожелать, чтобы пример Долгорукова подействовал на нее отрезвляющим образом. Подсудимый говорит еще, что он выдал векселя, но вы знаете, какую цену имеют его векселя; он также ссылается на то, что полиция в 1870 году не возбудила уголовного дела об обмане Дриссена. Это доказывает только то, что полиция не исполнила своей обязанности, но не оправдывает подсудимого».

Покончив с делами Долгорукова, обвинитель перешел к Верещагину и начал с подлога векселя Рахманинова. «Подсудимый, — сказал он, — сознался в преступлении, потому что сознание для него безразлично. На предварительном следствии он оговаривал Султан-Шаха, здесь он снял свой оговор. Оговор свой он объясняет тем, что желал получить от судебного следователя какую-нибудь льготу. По словам Верещагина, судебный следователь устроил настоящую травлю

подсудимых. Но понимает ли Верещагин, какую роль он играл при этой травле? Об этой роли вы посудите сами. Мы опускаем на нее завесу; на эту тему чем меньше говорить, тем лучше».

Господин обвинитель перешел далее к обману Ашворта, совершенному Топорковым, Верещагиным и Андреевым. Определив долю участия Верещагина, который «под влиянием винных паров и дружбы» выдал подложную запродажную запись, и Андреева, «который много говорит, но никогда не договаривает», г. обвинитель несколько дольше остановился на участии в деле Топоркова. «Настоящее дело, — сказал он, — было дебютом для Топоркова. Топорков может служить наглядным и блистательным примером всеильного и неотразимого влияния среды. Топорков хотел сознаться, первые слова его дышали непритворным чистосердечием и прямотоушнем и невольню располагали в его пользу. Но эта решетка, эта среда Верещагиных, Протопоповых, эта одежда и пр., сковали подсудимому уста и не дали вырваться из груди словам правды и раскаяния. В конце своего сознания он указал на то, что он сам был обманут Степановым, у которого он будто бы купил землю на вексель, но купчей крепости не получил. Но кто такой Топорков и откуда у него взялись средства для покупки земли? Он кончил курс в уездном училище, служил писарем у посредника полюбовного размежевания, и, приехав в Москву, не имел ничего, кроме того, что имел на себе. Защитник Топоркова представил суду свидетельство о бедности, а известно, как редко выдается такое свидетельство. Обвинение просило бы у вас снисхождения для Топоркова, но заперательство его отняло у него имевшуюся для этого почву».

В порядке хронологической последовательности обвинитель дошел до обвинений, предъявленных против Башкировой. Коснувшись полной разнообразных приключений жизни Башкировой, обвинитель заметил, что повествование ее слишком часто вращалось около разных мужских имен. «Рассказ подсудимой, — сказал г. обвинитель, — вероятно, послужит защите темой для нарисования потрясающей романтической картины», и в виде контраста с этою картиной обвинитель начал изложение обвинения Башкировой в краже с подобранным ключом из соседнего номера Дубровиной. Разобрав улики, обвинитель пришел к заключению, что виновность Башкировой доказана вполне.

«Летом 1871, — так начал г. обвинитель вторую серию обвинений, — собирается в доме Любимова довольно большой кружок молодых людей. Общю целью, соединившею воедино разнородные элементы этого кружка, было добывание денег, охота за чужим карманом. И вот закипает дружная работа. Задумываются и приводятся в исполнение предприятия, в которых смелость замысла спорит с отчетливостью исполнения. В состав этого круга входили Иван Давидовский, Петр Давидовский, которого смерть избавила от земного суда, душа кружка — Шпейер, Либерман, — отчасти Ануфриев, весьма близко стоявший к кружку, Массари, всеми своими помыслами и деятельностью принадлежавший к кружку, Протопопов, Долгоруков, случайно к ним попавший; из женщин — Марья Петрова и Башкирова. 10 человек, не чуждых блеска, открывавшего доступ в хорошее общество, с неудержимыми страстями и аппетитом, с жаждою денег и удовольствий, но без привычки к продолжительному и серьезному труду, — чего не могли они сделать? И вот мы видим, что в продолжение пяти месяцев совершается семь преступле-



ний». После этого г. обвинитель приступил к разбору преступлений, совершение которых приписывал шайке, и начал с подделки Серебряковских векселей.

Подробно разобрав все обстоятельства дела, как они выяснились на суде, и объяснения обвиняемых Дмитриева-Мамонова и Давидовского, обвинитель находил их совершенно неправдоподобными и несогласными с обстоятельствами. «Говорят, — воскликнул обвинитель, — что по настоящему делу нет потерпевшего лица. Вчерашний рассказ подсудимой Шпейер показал нам, что есть потерпевшая, и она сидит за решеткой. Интересы такой потерпевшей не менее дороги для правосудия, нежели всякой другой».

«Не успели высохнуть чернила на Серебряковском векселе, — продолжал обвинитель, переходя к следующему обвинению, — как началось Еремеевское дело, столь искусно задуманное и смело веденное при содействии “дружественного” нотариуса. При исследовании этого дела невольно поражаешься непроходимой нравственной грязью, грубым цинизмом, безотрадным зрелищем гибели человека, обессиленного, поработанного, доведенного вином до состояния бессловесного животного и преждевременно отнятого у семейства». После нескольких общих замечаний обвинитель приступил к изложению обстоятельств дела со слов Еремеевой, Петрова, умершего Еремеева и др. С особым вниманием остановился он на последнем акте настоящего дела — на подписании векселя в конторе нотариуса Подковщикова. Не утверждая того, что Еремеев находился в совершенно бесчувственном состоянии, г. обвинитель заметил, что если он и не лишен был способности движения, то все же находился в таком состоянии, что не могло быть сомнения в том, что он не может понять смысла и значения совершаемого документа. Это обстоятельство г. обвинитель доказывал заключением экспертов, которые нашли почерк руки Еремеева в реестре нотариуса ненормальным, и рассказом самого Еремеева, а также другими данными. «Обвинение против нотариуса Подковщикова, — сказал г. обвинитель, — я поддерживаю всеми силами. Этого обвинения требует закон и общество. Нотариус поставлен законом на страже интересов граждан, а Подковщиков под сенью своей нотариальной печати участвовал в обмане. Старый закон говорит, что маклеры и нотариусы, служа частным интересам, должны при всей услужливости оказывать во всех случаях честность и совершенное нелицеприятие, предостерегая своего клиента в случае обмана или вреда, и не должны принимать поручения, в котором усматривают умысел к подлогу или обману. Все эти обязанности были нарушены Подковщиковым. Я не сомневаюсь, что вы произнесете против Подковщикова приговор строгий, который послужил бы примером для других».

Переходя к другим обвиняемым по настоящему делу, обвинитель поддерживал обвинение против сожительницы Давидовского Марьи Петровой в попустительстве обмана Еремеева, но просил для нее снисхождения; от обвинения же Либермана и Мазурина обвинитель отказался. «Мазурин, — сказал г. Муравьев, — не на своем месте. В отношении к нему предстоит разрешить вопрос: учитывая вексель Еремеева, знал ли он, каким способом получен вексель? Данные предварительного следствия — первое показание самого Мазурина о том, что у него вовсе нет векселей Еремеева, и указание свидетеля Попова, что он предостерегал Мазурина незадолго до учета им Еремеевского векселя, от всякой сделки с Еремеевым. На суде это показание не подтвердилось; мало того,

обнаружилось, что Мазурин не имел никаких сведений о состоянии Еремеева. Все, что можно сказать против Мазурина, — это то, что он не был достаточно осторожен, осмотрителен, но за излишнее доверие никого не судят. Не находя возможным по совести поддерживать обвинение против Мазурина, я отказываюсь от сего обвинения, о чем имею честь заявить суду».

Затем товарищ прокурора перешел к обвинению Протопопова, которое начал с характеристики личности подсудимого. «До 1866 года у Протопопова было порядочное состояние, но уже с 1868—69 он является человеком без денег и без дела. В 1868 году он получил из Тульского окружного суда аттестат о своей службе, в котором прописаны были на беду все те имена, которыми когда-то владел Протопопов. Этот аттестат послужил орудием многих обманов. В 1871 году Протопопов приехал в Москву и остановился в тех же номерах, в доме Андреева, где жил и Давидовский. Опытный и проницательный, Давидовский сразу же видел, какое удобное и послушное орудие он может приобрести в лице Протопопова для исполнения своих замыслов. Протопопов, легкомысленный молодой человек, только и думал о том, чтобы хорошо одеваться, бывать на гуляньях, иметь хороших лошадей и вообще жить весело. Ради своих удовольствий Протопопов готов был на все действия, которые от него требовались Давидовским и Шпейером. И вот мы видим, что сначала Протопопов играет роль немого безучастного орудия в руках Шпейера и Давидовского, а затем мало-помалу до того втягивается в сферу преступлений, что уже проявляет в них активную деятельность и даже инициативу».

Затем обвинитель продолжал изложение дела Батракова, Попова и Носова в следующих словах: «Батраковское дело было как бы приготовлением к предприятням более трудным, к целой тонкой и сложной сети обманов, которую задумали сплести вокруг личности Протопопова. Он сам и некоторые из соучастников пробовали свои силы. Для денег и малым не брезговали. Но не за малым вообще они гнались — им нужно отдать справедливость. Личность Протопопова должна была доставить им богатый источник и хорошую почву для более крупного предприятня. Оно не замедлило осуществиться в обмане Попова. Странная и замечательная участь постигла их на этом деле. Поставив посреди себя Протопопова, как живую вывеску, они сомкнулись вокруг него тесною толпою и под видом доставления ему денег и разных принадлежностей роскоши отправлялись дружно опустошать чужие карманы. Прежде всего наметили они ростовщиков, людей, желающих нажиться на займах, и у многих из них разною ложью успели вытянуть деньги, воспользовавшись их жадным и чисто слепым доверием к тому, что обещало прибыль и обогащение. Это слепое доверие упростило путь подсудимым.

Им можно было ограничиться одною пустою внешней обстановкою да громкими убеждениями в богатстве Протопопова и не понадобилось подтверждать эти уверения какими-либо особыми фактическими ложными удостоверениями. Так, они удачно обманули и побудили дать займы самых знатных ростовщиков — сосланного уже Пономарева и ныне временно по болезни извавленного от суда вашего подсудимого Султан-Шаха. И обманывая их, по не зависящим от себя причинам остановились, как увидим дальше, на поступках только безнравственных и бесчестных и еще не сделали их поступками преступными и наказуемыми. Что один раз было делом случайности, то не повторилось в другой. Они же,



как только понадобилось, смело прибегнули к преступлениям. С ростовщиками возиться было трудно, долго, хлопотливо и скучно, давали они неохотно и мало, а компании, окружавшей Протопопова, нужно было скоро и много. Бросили они поэтому пронизательные взоры свои в другую сторону, и взоры эти остановились на бывшем их же товарище и приятеле, свидетеле Попова. Решили они обобрать своего, и что особенно характерно, особенно ярко рисует личности подсудимых—решили это потому, что с этим своим “в последнее время” не только расстроились и выжидали, втайне злобствуя на него еще за Еремеевское дело, но и именно потому, что был “свой” человек одного с ними закала, человек сам ловкий, старый, знакомый всем им насквозь. Противник, думали они, будет сильный, достойный, борьба трудная — и победа сладкая. Пылкое самолюбие Давидовского и Шпейера не слабело и в особенности приятно щекотало это своего рода мошенническое молодечество, которое они видели в возможности своего давнишнего приятеля, надоевшего им, провести и вывести. Сказано — сделано. Усердно делали, хлопотали гг. Давидовский, Шпейер, усердно слушался и поддерживал их г. Протопопов, усердно помогали им в чем могли Калинин и покойный Крадовиль, усердно фигурировали гг. Либерман, Массари и М. Петрова в виде молчаливых бутафорских принадлежностей импровизированной мошеннической сцены, ловко одно за другим совершились все действия преступного обмана — и пять тысячных рысаков г. Попова быстро и притом безденежно предоставили себя в распоряжение гг. Шпейера, Давидовского, Протопопова и К^о; но одних рысаков было мало, на них нельзя же было г. Протопопову, богатому помещику трех губерний, кататься верхом, понадобились экипажи, и взоры участников обратились на каретника Носова. Не устоял и каретник Носов, и скоро его экипажи присоединились к рысакам Попова. Наживали Давидовский и Шпейер, затеявши всю операцию, вовсе не в интересах Протопопова, а только под его фирмой, в интересах собственного своего бумажника. Но не суждено было им кататься в даром доставшихся экипажах Носова, на не дороже им стоивших рысакх Попова; не суждено было им также и с лишком 7-тысячную стоимость этих предметов положить в свой карман. Случилось происшествие совсем неожиданное. Коса нашла на камень, и оказалось, что и на людей, много мудрости вносящих в преступление, всегда бывает довольно простоты. Победителем оказался один только из всех соучастников, тот, которого я не могу обвинить, потому что смерть избавила его от людского суда, — Крадовиль. Он удачно воспользовался обобщенной передачей ему Протопоповым экипажей и лошадей, которая по необходимости, для устранения всяких мер со стороны Попова была облечена в письменную и законную форму купли-продажи. Он взял экипажи и лошадей, будто бы ему проданных, на сохранение — взял и не отдал; Шпейеру и Давидовскому он весьма резонно объявил, что Протопопова он не знает и знать не хочет, но что дело он имел с ними; что же до них касается, то с ними он экипажами и лошадьми делиться не станет, так как они оба раза ввели его в крупный убыток по покупке векселя Томановского, первого мужа свидетельницы г-жи Давидовской. За счет этого убытка он причисляет экипажи и лошадей. Таким образом обманувшие оказались обманутыми, и ни лошадьми Попова, ни экипажами Носова никому из компании, если не считать двухдневного летнего катанья, попользоваться не пришлось. Между тем Попов поднял шум, мир не устроился, явилось как бы

легкое предвкушение уголовного преследования, и в неприятной перспективе выступают такие неприятные образы, как следователь, прокурорский надзор, подследственный арест, Окружной суд, присяжные заседатели; тогда стали думать о спасении и первым стал спасаться г. Шпейер, являя собою необычайный пример самого дерзкого и притом самого бессмысленного предательства; он бросился к следователю с жалобой и документами и нашел в себе достаточно духу, чтобы, будучи сам автором и душою обмана, обвинять в этом обмане своего послушного ученика Протопопова, а себя самого выставить его невинною жертвою. Справедливость не дала совершиться такому гнусному и грязному делу, и с первого шага следствия все не замедлило обнаружиться. Подсудимые жестоко поплатились на Поповском деле; судебная власть скоро увидела, с кем имеет дело; внезапно вспыхнуло потухавшее уже было Еремеевское дело; 18 декабря грянул выстрел, направленный в Славышенского; не ослабевая в трудолюбии и энергии, началась деятельность, обширная и всесторонняя, разоблачения совершенных подсудимыми преступлений. Вот в каком общем свете представляется мне это сложное и запутанное дело в обмане Попова и Носова, очерченное мною. Оно поможет вам вникнуть в смысл тех главных фактов и подробностей, которые укладываются между ее чертами. Оно позволяет мне также многие ненужные мелочи обойти молчанием».

Приступив к анализу данных судебного следствия, г. обвинитель сказал, что хотя обвинительная власть обыкновенно и бывает солидарна с потерпевшим лицом, но в деле Попова она не может не отвергнуть такую солидарность. «Если Протопопов и другие обманули своего же человека, — заметил он, — то обман через это не превращается в ненаказуемое деяние». Господин товарищ прокурор затем всецело поддерживал обвинение против Протопопова, Калинина, Марии Петровой и Либермана. Относительно Либермана он указал на близость сношений его с Протопоповым (написание векселей на его имя и пр.).

Затем, ссылаясь на необыкновенную сложность и необычайные размеры настоящего дела, обвинитель дополнил свою обвинительную речь против нотариуса Подковщикова двумя замечаниями. Во-первых, он припомнил присяжным заседателям рассказ Еремеевой о том, как она посещала контору нотариуса и предупреждала не совершать актов от имени ее мужа, и об обещании нотариуса не совершать актов, если Еремеев будет находиться в ненормальном состоянии. Во-вторых, он припомнил присяжным результат экспертизы подписей и сослался на их личный осмотр. Новый осмотр, по мнению г. товарища прокурора, не оставляет никакого сомнения в том, что Еремеев при подписании векселя находился в ненормальном состоянии. Далее г. товарищ прокурор продолжал:

«К декабрю 1871 года положение компании лиц, занимающих теперь места на скамье подсудимых, в достаточной степени выяснилось. На ней уже образовалось немало нравственных пятен, недоставало только кровавого пятна, и 19 декабря была пролита кровь, составляющая то пятно, которое бросает кровавый отблеск на всю скамью подсудимых. Преступление это было совершено спокойно, обдуманно и хладнокровно, точно речь шла о выпитом стакане воды».

Рассказав обстоятельства, при которых стало известно властям событие, совершившееся 19 декабря в номере Башкировой, господин обвинитель перешел к группировке тех данных, обнаруженных судебным следствием, которые должны



привести к заключению, что убийство Славышенского совершено Башкировой не в запальчивости и раздражении, как она старалась представить на суде в своем пространном объяснении, а по обдуманному плану. «То, что застали в номере Башкировой лица, прибежавшие на крик Славышенского, могло быть самоубийством, или убийством случайным, или, наконец, убийством умышленным. Сначала старались выдать это за самоубийство; это остроумная выдумка, ложь очень удачная, показывающая, что она придумана умною головой. Но с таким объяснением не согласовались обстоятельства, при которых произошло убийство; этому противоречит направление и положение раны, нанесенной Славышенскому. Рана, произведенная пулей, оказалась перпендикулярною кости черепа и находящаяся позади левого уха, почти на затылке. Что в номере Башкировой произошло не самоубийство, тому служат неотразимым доказательством слова, которые произносил с криком Славышенский после раздавшегося выстрела. “Меня убивают”, “меня убили”, — вот зов, на который сбежались люди. Да Славышенский и не мог решиться на самоубийство; в этом убеждает нас все, что нам известно об этой личности. Он был человеком трусливым, мелочным и неспособным на тот, хотя бы только моментальный, подъем духовных и физических сил, который требуется для совершения подобного противоестественного деяния. От этого объяснения обстоятельств, при которых приключилась смерть Славышенского, Башкирова отказалась уже при втором допросе у следователя. Последнее показание свое у следователя она с некоторыми изменениями повторила и на суде. Если вспомнить то, что она говорила здесь в продолжение многих часов, то нельзя не обратить внимания на тот характерный признак этого рассказа, что она передает события весьма отдаленные и совсем к делу не идущие с замечательною отчетливостью и самыми мелочными подробностями: точно так же описывает историю своего продолжительного знакомства со Славышенским, помнит все с удивительною ясностью и забывает одни лишь подробности, при которых был сделан ею выстрел в Славышенского. Но эти подробности занесены с ее слов в показание, данное ею на предварительном следствии. Почему она так ведет свой рассказ на суде, понять легко. Она, так сказать, запрашивает у своих судей много, с тем чтобы получить мало, она уже не отрицает убийства, но старается выгородить для себя признание, что она совершила его в запальчивости и раздражении, и рассказывает, что она совершила его случайно. Это стремление совершенно естественно в момент, когда решается ее судьба, но она не заслуживает того снисхождения, которого добивается. Она не говорит о подробностях злодеяния, ею совершенного, но мы знаем их помимо ее рассказа; мы видим их ясно и отчетливо из обстоятельств дела. Она говорит, что в запальчивости ударила Славышенского револьвером, из которого произошел выстрел. Но это неправда. При убийстве в запальчивости к нему не готовятся. А что Башкирова готовилась к убийству, в этом не может быть никакого сомнения. Зачем оказался у нее револьвер? Ведь револьвер не женская игрушка, хотя Давидовский и рекомендовал ей таким образом это огнестрельное оружие. Зачем револьвер оказался заряженным? Отчего он лежал на таком месте, откуда его можно было достать, протянув руку с постели, на которой лежала Башкирова? Нельзя также не придать большого значения тому, что за Славышенским на этот раз было послано. Мало того, 18-го числа, накануне, Башкирова после жесто-

кой ссоры со Славышенским против обыкновения первая отправляется к нему и предлагает мириться. Наконец, Никифоровой, которую она за ним посылает, она велит передать ему, что «если он может не скандалить, то она приглашает “его к себе”», — говорятся такие слова, которых Славышенский не привык слышать и которые должны были на него подействовать самым неприятным образом; он, действительно, ни минуты не медля, является на зов Башкировой. Он не только приходит в подготовленную ему ловушку, но за ним еще запирают дверь, — это ли не приготовления? Если какое-нибудь действие производится человеком в безотчетном состоянии крайнего возбуждения, то за этим действием тотчас следует реакция, ослабление всех сил. Не так было с Башкировой. Убедившись, что рана, нанесенная ею Славышенскому, не сразу привела к желанному концу, она с остервенением бросается на него с подушкой и начинает душить его. В этом нельзя не видеть проявления той кипучей злобы, которая охватывает человека, когда он видит, что обдуманное и опасное предприятие его не хочет осуществиться. Действительно, люди, сбежавшиеся на крик Славышенского, застали Башкирову со зверским выражением и распущенными волосами сидящую на кровати и судорожно вцепившуюся в окровавленную подушку. Не так поступает после преступления человек, совершивший его в исступлении, как поступила Башкирова. Хоронить концы и уничтожать следы преступления может только тот, кто сознательно и умышленно совершил его. Башкирова же вслед за убийством принимает различные меры предосторожности; выковыривает шпилькой пулю, сидящую в печной глазури, и бросает ее в ведро с водой, выбрасывает ящик с патронами и, наконец, учит Никифорову, как ей показать о случившемся. Важно также вспомнить, что за несколько дней до убийства Башкирова пробует стрелять из револьвера в своем номере, и то, что, рассердившись на Никифорову, она говорит ей: “Смотри, чтоб я не пустила тебе пулю в лоб вместо Славышенского”.

Но если Башкировой совершено убийство умышленное, то могла ли она решиться на этот шаг самостоятельно, по собственной инициативе? Против такого вывода, кроме показания самой Башкировой, говорят все известные нам обстоятельства дела; участие третьего лица логически вытекает из них. Башкирова не такого характера человек, чтобы сделать подобный решительный и во всяком случае энергичный шаг. Она женщина с темным прошлым и такого поведения, над которым лучше всего опустить завесу. Отношения ее к Славышенскому стали давно принимать враждебный характер. Они не раз ссорились, бранились и дрались, и ничего решительного из этого не выходило. Причина тому — чувство, которое испытывала к Славышенскому Башкирова. Она вообще не человек сильных и глубоких чувств, под давлением которых можно отважиться на отчаянный шаг. Отношения ее к Славышенскому были отношениями лица, заинтересованного материально, к человеку любящему. Она всегда могла оставить его, и Славышенский это чувствовал. По показанию одного из свидетелей, чтобы привязать ее к себе, он взял с нее вексель, при помощи которого мог постоянно пугать ее долговым отделением, если она его бросит; у всякого человека бывают оригинальные проявления любви. Славышенский был человек вспыльчивый, но не злопамятный, и победительницей в ссорах всегда выходила Башкирова; чего же еще было нужно? Сообразив все это, нельзя не прийти к заключению, что руку Башкировой направляла другая рука — рука сильная, опытная. Так говорит



и Славышенский в своем предсмертном показании; он говорит, что Башкирова была орудием, которым воспользовался другой человек. Обвинение не может не разделять этого мнения и заявляет на основании глубокого убеждения, что этот другой человек был не кто иной, как подсудимый Иван Давидовский. Однако открыть его участие в деле нелегко; к этому встречается множество препятствий, сопутствующих всегда обвинению человека, который не сам совершает преступление, а выбирает для этого орудием другого и сам прячется во тьме, который, действуя чужими руками, тщательно замечает следы своей деятельности и своего участия. Но следуя старому правилу — «ищи, кому было выгодно сделать преступление, и ты нападешь на след самого преступника» — обвинение собрало достаточно данных для того, чтобы убедиться, что в смерти Славышенского нуждался Давидовский (может быть, не для одного себя) и что он подговорил на убийство Башкирову.

Историю отношений Давидовского к Славышенскому надо вести издалека. Материалом для этого может служить их переписка, из которой некоторые письма читаны в суде. Из них видно, что Славышенский был адвокатом, юрисконсультом всей компании, окружавшей Давидовского, Славышенский долго служил в уголовной палате и был таким криминалистом, в каком нуждалась эта компания. Отношения к нему Давидовского в конце шестидесятых годов видны из двух писем его, к Славышенскому и другого, к Либерману и к брату своему Петру. К Славышенскому он обращается со словами: «Дорогой Сергей Федорович», а в письме к своим он называет его дурным человеком, который уже несколько раз их выдавал. Когда было возбуждено Еремеевское дело, то, по показанию самого Давидовского, немедленно потребовался совет Славышенского; за этот совет ему было обещано 100 рублей. Этих денег ему не отдали; кроме того, Славышенского начинала злить эта компания тем, что он замечал, как она привлекала к себе Башкирову. Он по натуре был очень ревнив, а здесь его ревность, может быть, имела основание. Вследствие этого Славышенский стал высказывать угрозы, что он донесет властям о каких-то преступлениях; за это его однажды при Протопопове побил Шпейер. О том, что Славышенский знал о проделках некоторых из подсудимых, свидетельствует Попов, по словам которого Славышенский, встретясь с ним в суде, говорил, что он знает о многих преступлениях Шпейера и Давидовского. На суде было также прочитано письмо Славышенского, найденное у Шпейера, в котором высказывается угроза, что если ему не будет в скором времени уплачен долг, то уже будет поздно. Об Еремеевском деле, как известно присяжным, 2 декабря 1871 года прокурором было представлено в палату заключение о прекращении. Казалось бы, теперь угрозы Славышенского не могли казаться опасными. Но через несколько дней по прошению Попова было возбуждено против тех же лиц новое преследование, и они могли почувствовать новый страх перед Славышенским; как известно, вследствие дела Попова некоторые из подсудимых были взяты под стражу, и Еремеевское дело 31 декабря возвращено к рассмотрению.

Такова побудительная причина, которая могла породить в Давидовском желание смерти Славышенского. Как же он проявил такое свое желание? Об этом убедительно свидетельствует Башкирова в показаниях, данных ею на предварительном следствии и на суде. Последнее показание ее, в котором она,

по-видимому, выгораживает Давидовского, для него еще опаснее. Если б она в своем показании сваливала всю вину на Давидовского, тогда можно было бы подумать, что подробности, касающиеся этого подговора, ею придуманы; но такого подозрения нельзя иметь теперь, когда смысл ее рассказа сводится к тому, что она по собственному побуждению, даже случайно убила Славышенского. Впрочем, передаваемые ею подробности такого рода, каких не могла подумать неразвитая и простая женщина, подобная Башкировой. Она, сама не сознавая этого, рисует нам поразительную и верную картину того, как подговаривал ее Давидовский и как действительно должен был вести свой подговор такой сильный и умный человек, как он. Простой человек совершает и преступления просто; если он подговаривает на преступление, то он делает это прямо: человеку, избранному орудием, он говорит: “Такой-то мне не нравится, убейте его”, и приносит нужное оружие. Не так поступает Давидовский. Он систематически напивает ядом душу человека, назначенного им орудием для достижения своих целей, и подготавливает его к нужному действию так, чтобы тот сам этого не заметил и поступил согласно желанию Давидовского как бы по собственной воле. Башкирова рассказывает о первом своем свидании с Давидовским и говорит, что она до сих пор помнит пронизывающий взгляд, которым он разглядывал ее. Так и чувствуется, что Давидовский с первого же знакомства с Башкировой хотел заглянуть ей в душу и узнать, каков она экземпляр и какое можно сделать из нее употребление. По-видимому, он скоро ее изучил. Приехав однажды к ней после недавней ссоры ее со Славышенским, о чем он мог узнать от Чебоксаровой, он роняет такое замечание: “Эх, вы, женщины, женщины! Вот вы поссорились, а там, смотри, и помиритесь”. Это первый булавочный укол, который он делает самолюбию Башкировой. Когда затем, не без его участия в этом, ссоры и драки между Башкировой и Славышенским становятся чаще, он учащает свои посещения Башкировой. Когда Башкирова жалуется ему, и однажды сказала, что она была бы готова застрелить Славышенского из ружья, он говорит ей, что ружье не дамское оружие, а вот револьвер — это как раз подходящее и для женщины оружие. Таким образом передается Башкировой револьвер, из которого она должна убить Славышенского, и делается это с необыкновенным мастерством. В душе Башкировой, женщины самолюбивой, злопамятной и не особенно мягкой, от всех этих приготовлений след неприязни к Славышенскому делается все глубже и глубже. Почти таким же образом передает ей Давидовский ящик с патронами. Нужна вещь для заклада — Давидовский приносит ей как бы для этой цели названный ящик. Башкирова спрашивает, как стрелять этими патронами, и наводит револьвер на Давидовского. Он говорит ей: “Меня не нужно, вы лучше уколойте Славышенского”. Таким путем он растравляет ее душевную рану и направляет ее на кровавый замысел. При этом Давидовский постоянно старается выразить ей свое расположение, дает ей небольшие деньги и при таком случае однажды говорит ей: “Сердце у меня горячее, да денег мало”. Таким путем следует один булавочный укол за другим. За два дня до убийства Давидовский говорит Башкировой, что Славышенский возбудил против нее уголовное преследование, и при этом уже высказывается откровенно: “Он негодяй, дурной человек. Где ваш револьвер? Отчего вы старого черта не уколошите?” Таков медленный и верный процесс приготовления Давидовским чужой души к преступлению. Труды его



увенчались полным успехом, и желанный результат достигнут». Затем г. обвинитель перешел к критике тех возражений, которые приводил Давидовский против рассказа и оговора Башкировой.

«Сначала он говорил, что был у Башкировой не более двух раз, но в противном уличают его Чебоксарова и половые гостиницы. Протопопов говорил на суде, что он на предварительном следствии давал вынужденное показание против Давидовского. Но ему ни здесь, ни там особенной веры придавать нельзя. Никифорова отчасти изменила свое показание на суде; но это только показывает, что она податливее, нежели Башкирова, так как здесь выяснилось, что Никифорова содержалась в одной части с Давидовским. Г-жа Давидовская явилась на суд как оскорбленная жена, для опровержения улик, собранных против ее мужа. Нельзя же считать доводом то, что она говорила, что если бы Давидовский был таким, каким его представляет себе обвинительная власть, то она не вышла бы за него замуж: условия суда и супружеского союза ничего общего между собою не имеют. Главнее же всего этого признание, сделанное на предварительном следствии самим Давидовским. Как бы он ни объяснил происхождение его, из дела этого невозможно вычеркнуть. Если он дал его для того, чтобы воспользоваться свободой для опровержения улик, собранных против него, то для чего он этого не сделал; ведь он заключен под стражу только осенью прошедшего года.

Что касается сообщничества Никифоровой, то в одном изобличает ее собственное признание, согласное с показанием Башкировой. Мотивы, какие она при этом имела, станут понятны, если обратить внимание на то, что она с Башкировой принадлежат к той сфере, где интересы госпожи и служанки почти совпадают. Данные судебного следствия дают нам возможность очертить довольно рельефно нравственный облик Пегова. Свидетель Леонтьев, которому он отдан был на исправление, отзывался о нем как о человеке, обладающем в высшей степени увлекающейся натурой. Но если Пегов и увлекался, когда был мальчиком, и увлечения его не имели тогда преступного характера, то в настоящее время он представляется юношей глубоко испорченным и безвозвратно погибшим. Вывод этот ужасен, но имеет прочное основание во всей прошлой жизни подсудимого. С самого раннего детства Пегова окружали в родительском доме горячая любовь, нежная заботливость, старания направить его на путь истины и добра. Но мальчику пришлось не по вкусу тихая семейная жизнь в родительском доме, и с первых лет отрочества его манит в загородные рестораны на грубые оргии и скандальные кутежи. Ученье не идет на ум молодому Пегову, несмотря на все старания его отца в этом отношении. Поведение Пегова благодаря его диким выходкам сделалось просто невыносимым для его домашних (появление в гусарском мундире и размахивание саблей). Шалости Пегова стали переходить всякую меру, и любящий отец не остановился пред тем, чтобы силой своей родительской власти отдать его в исправительное заведение. Но это заключение на него не подействовало, и отец, взяв его оттуда, попробовал еще раз приучить к серьезному труду и порядочной жизни. Но Пегов, следуя влечению своей природы, рвался на свободу и нашел ее вне родительского дома, в своей любимой компании».

Вслед за этим господин обвинитель перешел ко второй группе, которую он назвал «Пеговскою», и начал с подложных векселей, выданных Пеговым, предварительно охарактеризовав личность подсудимого Пегова.

Людей, окружавших Пегова, господин обвинитель разделил на две категории: «С одной стороны, жадные ростовщики, ищущие удобного случая пожить на счет ближнего вообще, а от молодых людей в особенности, таковы подсудимые: богатый купец Фирсов и бывший черниговский городничий, горбатовский окружной начальник и отставной штаб-ротмистр Жердецкий. Другая категория — это молодые люди, нуждающиеся в деньгах и не всегда разборчивые в способах для их добывания». Затем господин обвинитель сделал несколько общих замечаний, касающихся всех подсудимых по этому делу, а именно: он остановился на разрешении общего вопроса о том факте, что подсудимые, принимая и пуская в обращение векселя Пегова, знали об их подложности. По мнению обвинителя, не было возможности не знать этого, и вот по каким причинам: Пегов в то время, как выдавал векселя, был несовершеннолетним и очень моложав на вид; изгнание его из родительского дома ясно доказывало разрыв между Пеговым и его отцом; кроме того, известно было, что Пегов-отец не только не выдавал никому доверенности на право кредитоваться его именем, но даже и сам никогда векселей не выдавал».

Изложив улики против Жардецкого, Фирсова и Массари (Пегов сознался в их подлоге), г. обвинитель коснулся в нескольких словах и положения Поливанова в настоящем деле.

«Поливанов, сын достаточных и пользующихся общим уважением родителей, в настоящее время занимает совершенно не соответствующее ему место. Привлечение его по настоящему делу есть результат не совсем осторожного знакомства с людьми, подобному Пегову, о каковом знакомстве, вероятно, немало сожалел в последние годы и сам Поливанов». Отметив сдержанность и скромное поведение Поливанова на суде, а также и простоту, с которою он поддерживал на суде свои объяснения, данные на предварительном следствии, г. обвинитель тем не менее полагал, что сообщество с дурными людьми бросает на Поливанова некоторую тень, и поддержал против него обвинение в том, что он принял и учел за 25 руб. вексель Пегова в 4 тысячи рублей, подписанный им, Пеговым, по доверенности отца, зная, что тот не писал такой доверенности. Ссылаясь на показание Жардецкого и Абрамова, г. товарищ прокурора считал доказанным это заявление, не утверждая, однако, чтобы Поливанов имел какую-нибудь выгоду при учете векселя за 25 рублей.

Рассмотрев затем обвинение против Пегова в ограблении повара Васильева и похищении сумки с 50 тысячами рублей, обвинитель пришел к заключению, что Пегов последним делом завершил свое нравственное падение. «Молод он, — сказал обвинитель, — но старо в нем преступное направление, стара в нем опытность, перед ним теперь только одна дорога!» В обстоятельствах дела обвинитель не усмотрел ни одного мотива не только для оправдания подсудимого, но и для оказания ему снисхождения. «Только ваш строгий приговор, — заключил он, — может что-нибудь сделать для Пегова».

После Пеговских дел обвинение перешло к делам «арестантской группы». «Дела эти, — заметил г. обвинитель, — возникли и развивались в стенах Московского тюремного замка и являются типическим продуктом “старой русской тюрьмы”, давно уже осужденной в законодательных сферах и ждущей со дня на день реформы. Я как представитель обвинительной власти в интересах истины



должен заявить, что за высокими стенами тюремного замка совершается много такого, чего нельзя было бы ожидать. Какие можно придумать преграды, которые бы не пали под давлением сильной воли и неудержимых страстей! В тюрьме существует совершенно особый, своеобразный мир, вполне отделенный от мира общественного. В этом мире, отделенном высокою оградой от всего остального мира, весьма легко и удобно составляются преступные сообщества, о которых так много и так красноречиво рассказывал Щукин». Излагая первое дело из арестантской группы — дело о векселях Пятово — и поддерживая обвинение против Верещагина, Плеханова, Голумбиевского и Змиевой, г. обвинитель между прочим остановился на оговоре первыми двумя в написании текста векселя сосланного в Сибирь Лонцкого; этот оговор он объяснил желанием подсудимых набросить тень на беспристрастие судебного следователя и прокурорского надзора.

Затем господин прокурор приступил к обвинению по так называемому «банковскому» делу. Прежде всего он остановился на «роковой борьбе», происходившей на суде между Неофитовым и Щукиным. Не беря на себя разрешение этого спора, г. обвинитель предоставил его всецело судейскому разумению присяжных заседателей, ограничившись представлением некоторых доводов. Объяснения Неофитова он находил безусловно несправедливыми; что же касается рассказа Щукина, то в нем, по мнению обвинителя, было больше искренности, чем во всех подсудимых, вместе взятых. Не будь показания Муравлева и некоторых других данных, г. товарищ прокурора отказался бы вовсе от обвинения Щукина. Судьбу Щукиной обвинитель также всецело предоставил усмотрению присяжных. Против всех других подсудимых: Неофитова, Огонь-Догановского и Верещагина, г. прокурор поддерживал энергично обвинение в сбыте банковых билетов. Относительно Верещагина он, между прочим, заметил, что если признать справедливыми его объяснения на суде, то все же виновность его представляется доказанною: он сбывал билеты судебному следователю для облегчения своей участи, то есть ради личного интереса, и потому один подлежит ответственности.

После краткого обвинения по делу о краже у Яфа, направленного против Голумбиевского-Бобка и Чистякова, обвиняемого в укрывательстве этой кражи, г. обвинитель перешел к обвинению Огонь-Догановского и Долгорукова в мошенническом обмане 20 лиц, нанятых с залогами. Признавая участие Долгорукова второстепенным, г. обвинитель с особенною силой остановился на обвинении Огонь-Догановского, находя в его действиях признаки высшей преступности и испорченности.

Наконец, господин обвинитель изложил обвинение по Артемьевскому делу (кража и обман) против Николая Калустова, Дмитриева-Мамонова, Соколовой и Засецкого. Обвинитель в особенности отметил бьющее в глаза ухарство, с которым Калустов давал свои объяснения на суде. Сопоставив простые, чистосердечные показания Артемьева с объяснениями подсудимых, обвинитель указал на полную несостоятельность последних. Назвав поступки обвиняемых одним из возмутительных разоблачений человеческой природы, свое обвинение их г. обвинитель заключил так: «Засыпкин в своем объяснении сказал, что знал Дмитриева-Мамонова, когда тот служил в гусарах, именно в то время, когда он имел доступ в лучшее общество. Мамонов, по словам Засыпкина, воспитанный в привычках прежней барской жизни, подобно большинству нашей молодежи,

неспособен был к труду и жил свыше своих средств. Этот отзыв бросает некоторый свет на настоящее дело... Но пало крепостное право, так пусть падут также и порожденные им исчадия!»

Речь господина обвинителя дошла до разбора преступлений, учиненных в 1874 году. Но прежде чем перейти к этим делам, г. обвинитель уделил по нескольку слов на обвинение Протопопова и Массари в подделке векселей от имени Ивашкиной и на дело о растрате Дмитриевым-Мамоновым 125 рублей, принадлежавших Калустову. Относительно первого дела обвинитель обратил особенное внимание присяжных на то, что Ивашкина, от имени которой были подделаны векселя, попечительница детей Протопопова и единственная их опора и защита. Что же касается второго дела, то оно, по словам обвинителя, в настоящем процессе играет роль небольшого вставного эпизода, весьма характерного для личности Дмитриева-Мамонова. Он на суде несколько раз выражал недоумение, что против него возбуждено обвинение в растрате денег Калустова, который не заявляет никакой претензии относительно этих денег и не считает себя потерпевшим лицом. Но напрасно Дмитриев-Мамонов так настойчиво выставляет эту сторону дела: дела о растрате рассматриваются и преследуются помимо частной жалобы. Характерно же то, что деньги эти Калустов дал Мамонову для вознаграждения Артемьева, которого они вместе за несколько времени до того обокрали; казалось бы, что эти 125 рублей должны были жечь руки Мамонову, но на деле ничего подобного не заметно: он, напротив, спешит истратить их на свои собственные развлечения.

Выдающимся из деяний, совершенных в 1874 году, должно считать обман Логинова. Обман этот получил свое осуществление под гостеприимною сенью гостиницы «Россия», что на Маросейке. Обвинитель заявил, что он не может обвинение по этому делу поддерживать в той форме, в какой оно занесено в обвинительный акт. «Как известно, лица, причастные этому обману, по обвинительному акту обвиняются в совершении его составленную для того шайкой. Но на судебном следствии предположение о шайке не подтвердилось, и потому в этом виде обвинение падает. От этого, конечно, не изменяется существо обмана, жертвой коего стал Логинов. Из данных судебного следствия вытекает лишь тот вывод, что окружавшая Дмитриева-Мамонова обстановка и приближенные к нему лица составляли, так сказать, летучую мошенническую компанию. Декорации, которыми располагал номер Дмитриева-Мамонова, не были постоянными украшениями, а пускались в дело в случае надобности, какая почувствовалась, например, для заключения договора с Логиновым о доставке несметного количества винных этикеток для произведений несуществующего винокуренного завода мнимого графа Дмитриева-Мамонова. Дмитриев-Мамонов отрицает, чтоб он принимал активное участие в этой сделке. С ним можно в этом согласиться; он действительно составлял лишь принадлежность мошеннической конторы, но это нимало не избавляет его от ответственности: он знал, для чего его сподвижники употребляли его имя, и принимал в их проделках в таком виде вполне сознательное участие. Неопровержимым доказательством последнего служит представленное в суде Барбеем письмо к нему Дмитриева-Мамонова, в котором говорится тоном богатого и сановного человека о имеющих последовать от него заказах сельскохозяйственных машин. Участие Смирнова в настоящем деле вы-



ясняется показанием пострадавшего Логинова: в богатстве и аккуратности Дмитриева-Мамонова уверял его не кто иной, как сам Смирнов».

Затем господин товарищ прокурора перешел к делу Каулина. «Ввиду сознания подсудимых на предварительном следствии об этом деле нечего было бы много говорить, если бы на суде Верещагин и Плеханов не пытались вынести всю тяжесть этого обвинения на своих многострадальных плечах. Обвиняемый Протопопов и тут не преминул указать на отсутствие потерпевших от преступления лиц, как будто от преступлений должен страдать только карман частных лиц, а интересы общества, нравственности, закона не должны иметь при этом никакого значения. В настоящем деле в числе привлеченных к ответственности фигурирует Андреев, который, по-видимому, чувствует себя гораздо более оскорбленным тем, что в обвинительном акте он назван странствующим антрепренером Аверино, нежели всеми позорными преступлениями, в которых он обвиняется. Дело Каулина дает основание думать, что высказанные Андреевым в найденном у него прошении на имя петербургского прокурора признания в том, что он поставил себе целью испытать не открытые полицией и прокурорским надзором лазей нового порядка судопроизводства, и в том, что он на этом таинственном пути в течение двух лет совершил около 85 преступлений, — что эти признания заключают в себе долю правды. Восьмидесяти пяти преступлений он, вероятно, не совершил, некоторая доля этого количества лежит на его совести».

Сказав несколько слов по делу об отправлении через транспортные конторы пустых сундуков, обвинитель перешел к подложным векселям от имени князя Голицына. «При определении степени виновности многих лиц, привлеченных по этому делу, нельзя не остановиться на том оправдании, которое приводит в свою пользу подсудимый Протопопов. Он говорит, что сама следственная власть заставила его добывать себе незаконными путями средства к жизни. Выпущенный из-под ареста, он должен был проживать по реверсу, выданному ему следователем; а с этим видом на жительство он будто бы нигде не мог найти себе приюта; при этом Протопопов выражал удивление, почему следователь нашел нужным применить к нему самую строгую меру пресечения способа уклоняться от следствия, и почему он не мог довольствоваться для этого полицейским надзором. По этому поводу следует категорически сказать, что полицейский надзор в подобных случаях не имеет никакого значения и фактически сводится к нулю. Что же касается путей и средств, которые оставались еще Протопопову для честной жизни, то лучше было идти на поденную работу, бить камни или чинить мостовую, нежели доставать при помощи подложных векселей 9 тысяч рублей, из коих 900 рублей тут же были употреблены на покупку мягкой мебели». Поддерживая далее обвинение против Дружинина и Никитина, г. товарищ прокурора почти отказался поддерживать обвинение против г-жи Шпейер. «Виновность ее в настоящем деле, по его словам, чисто формальная, но нравственная сторона говорит вполне в ее пользу; она действительно стала жертвой несчастного стечения обстоятельств; на эту сторону, конечно, будет в свое время указано присяжным защитой».

Рассказав в кратких словах остальные обвинения, г. товарищ прокурора повторил высказанный им еще на судебном следствии отказ от обвинения Долгокурова в обмане Гарниш.

После этого оставалось еще разобрать обвинение в кощунстве. «На суде это дело, — как выразился обвинитель, — появилось в довольно бледном цвете вследствие отсутствия души этого дела — Шпейера. Кощунское подражание скорбному таинству смерти тем не менее вполне доказано. Если подсудимые хотят выдавать это за шалость, то это само указывает на кощунский характер их поступка. Совершили они его из молодечества, чтобы показать, что нам, мол, все нипочем, все сойдет безнаказанно. Но это поведение должны заклеить своим обвинительным приговором присяжные, дабы и другим неповадно было так делать. При этом присяжным нечего стесняться тем, что это деяние совершено подсудимыми в состоянии опьянения: закон наш предусматривает такие случаи, и под эту статью и подведено в обвинительном акте настоящее преступление».

За рассмотрением всех отдельных обвинений господин обвинитель приступил к обвинению в составлении некоторыми из подсудимых в разное время трех злонамеренных шаяк. «Против этого обвинения уже на судебном следствии раздавались со стороны подсудимых и их защитников неоднократные протесты. В этих протестах кроется простое недоразумение. Недоразумение это происходит вследствие смешения понятия о шайке нашего уголовного закона с фантастическим представлением о каком-то «клубе червонных валетов», но, как было уже сказано, это романтическое название не имеет ничего общего с простым понятием о русской шайке. По понятию нашего законодательства, шайкой называется такое злонамеренное сообщество, состоящее из нескольких лиц, не менее трех, которые уговаривались между собою на совершение преступлений. При этом надо различать два вида шайки. Первый, когда лица условливаются на совершение одного только преступления, но условливаются об этом таким образом, что роль каждого из участников определяется наперед; тут существует также соразмерное распределение добычи. Другой вид шайки, предусматриваемый нашим Уложением, тот, где лица условливаются не на совершение какого-либо определенного преступления, а просто на совершение преступлений; здесь достаточно, чтоб эти условленные преступления были определены только в роде, например, против собственности, и не требуется никакой определенной заранее организации. В составлении последнего рода шаяк обвиняются некоторые из подсудимых за различные периоды времени. Что эти лица твердо решили между собою опустошать чужие карманы, в этом не может быть никакого сомнения. Что эти преступления совершались по общему и предварительному соглашению, в этом можно убедиться, по отношению к первой шайке, например, по письму Протопопова к Шпейеру, где говорится о Калустове. О нем говорится, что хотя он человек и неумный, но работник хороший; если он не особенно проницателен, то зато человек исполнительный. Смысл этих слов только один, и именно тот, который видит в них обвинение. Не может также подлежать сомнению, что лица, обвиняемые по делам о векселях Ивашкиной, Каулина и Голицына, об отправлении пустых сундуков через транспортную контору, по делам об обмане Наджарова и Логинава, уговорились между собою жить подлогами и мошенничеством. Что же касается третьей шайки, составившейся в 1874 году в тюрьме с целью подделывать банковые билеты, то о ней перед присяжными с неподдельным красноречием распространялся на суде подсудимый Щукин».



Затем обвинитель заключил так: «Немного остается говорить обвинению. Смею думать, что насколько хватило сил и было возможно — задача его исполнена. Доказано совершение всех преступлений, составляющих предмет дела, доказана виновность тех, которые их совершили, доказана и настоящая, неопровержимая необходимость того, чтобы виновные, все без изъятия, каждый по мере содеянного, были осуждены возмущенной общественной совестью. Моя задача исполнена — скоро наступит время исполнения вашей, скоро, как только смолкнет сейчас имеющий раздаться гул красноречивых речей моих уважаемых противников. И вот когда в вашей совещательной комнате пробьет час подсудимых и будет решаться их участь вместе с участью всех тех великих истин, которые ими попораны, оскорблены и нарушены, в последнюю решительную минуту, когда ваши совещания будут приближаться к концу, вспомните мою последнюю просьбу, обращенную к вам. Перед тем, как рука вашего старшины станет писать на вопросном листе роковые ответы, окиньте еще раз мысленным взором картину всего того, что в этой зале прошло перед вами, того, что вы узнали о преступлениях подсудимых, отданных вам на суд. Непривлекательною, мрачною и возмутительною предстанет перед вами нравственная ее сторона. Чего не увидите вы в ней! Забвение всех правил совести и чести, безмерная потеря способности краснеть перед тем, что дурно и постыдно, сознательная и спокойная бесчестность везде и во всем, торг всем, чем можно торговать с какою-либо выгодой, холодный и презрительный цинизм в самых безнравственных поступках, расчетливая, твердая решимость идти по всяким темным путям, ко всякой темной цели, готовности при всяком удобном случае отнять у ближнего что можно, а бедняка хоть пустить по миру. Тонкий ум, изобретательность неисчерпаемая, ловкость на все преступное, или же бессилие и безучастность на все хорошее, извращение всех нормальных человеческих стремлений и глубоко испорченное воображение в довольстве жизни самого дикого разгула и самой грубой чувственности, мелкое тщеславие и безумная, не знающая пределов дерзость перед тем, что скрыто в беде и скудности, малодушное предательство товарищей и трусость — и под страшной цепью этих страшных свойств, поставляющих владычество одной могучей, всеобъемлющей корысти, жажды денег и наслаждений низкого разбора.

Горько и безотрадно это зрелище поклонения золотому тельцу, вид людей, всю жизнь свою распростертых во прахе пред ним, все для него оставивших, все отвергнувших и забывших. Негде в этой картине остановиться мысли, тщетно ловящей хоть проблеск света, не на чем отдохнуть возмущенному и негодующему чувству, — все безутешно и сухо, и для добра все глухо и мертво. Но не оставляйтесь, милостивые государи, исключительно на этой ужасающей в своей наготе и ясности нравственной стороне дела, не сосредоточивайте только на ней ваших суждений, не кладите ее одну в основание вашего приговора, — не делайте этого, потому что тогда в вашем суждении чувство возьмет перевес над рассудком, человек заслонит собою судью — и вы не будете уже в ограниченной области судебной истины. Пусть перед вами с решающей и первенствующей силой предстанет другая главная сторона выслушанного вами дела, — сторона фактическая, законная сторона, где господствует мрачная истина и простой здравый смысл, где выводы так ясны и просты, как вывод о том, что дважды два составляет четыре. Неутешительна для подсудимых и эта сторона, немного на-

дежды дает она им. Они легко укладываются в числовые, почти статистические данные, в цифры, слагающиеся из фактов, неутешных в своей страшной наглядности. Их нельзя ни закрыть, ни сдвинуть с места, ни смягчить их жестокой души. Обвиняя всех подсудимых, кроме особо уважаемых и исключенных, признавая их всех неразрывно и тесно связанными между собою, я считаю не лишним заключить свое изложение небольшою молчаливою аргументацией цифр, небольшою картиною чисел, тщательно и осторожно извлеченных мною из дела. Мне кажется, что гармония, которую они представляют, не будет лишена поучительности. Я тем более имею право привести эти данные, что сами подсудимые в течение всего судебного следствия усердно действовали на таком же пути. Они забросали нас числами, цифрами, суммами, они вводили нас в целый лес своих бесконечных взаимных долгов и расчетов, они приглашали нас погрузиться в самую глубину того, кто кому должен, и сколько должен, и почему задолжал, и у кого какие с кем были темные денежные дела, и кому сколько, с кого и за что приходится получить, кто с кого и за что именно требовал, и дал ли тот или не дал, зачел или вычел, на что именно нужны были деньги, и куда они употреблены, и что осталось еще неоплаченным, и какие из этого возникли взаимные отношения: дружба и преданность, раздоры, ненависть или вражда. Вы внимательно слушали эту огромную массу денежных и личных счетов, которыми были исполнены объяснения подсудимых в свое оправдание, — выслушайте теперь снисходительно и небольшою, хоть, может быть, и выразительный, последний расчет и обвинения. Если к колоссальному делу, нами исследованному, мы применим бесхитростное арифметическое счисление и при этом счислении условимся, как это требует и уголовный закон, каждый подложно составленный документ, каждый обман, совершенный над одним лицом, считать за отдельный подлог, отдельное мошенничество и условимся, кроме того, к потерпевшим причислять всех тех, доброе имя которых было затронуто подлогами от их имени, а обобранными будем считать только тех, которые действительно тяжко пострадали в материальном отношении, мы увидим, что на последней, конечной странице общественного поприща соединенных вместе подсудимых написано: подложных векселей — 23, переделанных банковых билетов — 4, разных подложных казенных нотариальных бумаг — 4, итого всего подлогов — 31. Обманов, мошенничеств на сумму более 300 рублей — 15, мошенничеств на сумму менее 300 рублей — 14, вовлечений посредством обмана в невыгодные сделки — 13, итого всех мошенничеств — 42, из них обманов с особыми приготовлениями, т. е. со сложной мошеннической обстановкой — 22. Краж — 4, из них с подобранными ключами — 1, на сумму 50 тысяч рублей, 1 — с наведением похитителей на дом своего хозяина, растрата — 1, грабеж — 1, кошунство — 1, шаек, составленных для краж, подлогов и обманов, — 4 и в заключение одно убийство. Преступления направлены против собственности — все, кроме трех — оскорбления должностного лица, кошунства и убийства.

Всех потерпевших, не считая в этом числе нескольких подсудимых, — 59. Из них обобранных, частью в своем избытке и частью в своем последнем достоянии, — 49 человек. Таков короткий и простой расчет, который обвинение составило и представляет вам на основании 9-летней деятельности подсудимых. По этому исследованному расчету, именем закона и правосудия, я приглашаю их к расплате пред вашим справедливым судом».

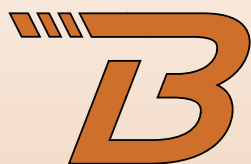
ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА имени О.Е. КУТАФИНА (МГЮА) № 9 (37) / 2017

**Выпуск
«КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО»**

Литературный редактор *М. В. Баукина*
Корректор *А. Б. Рыбакова*
Компьютерная верстка *Д. А. Беляков*

Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

Отпечатано в типографии Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
125993, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9



ISSN 2311-5998



9 772311 599771 >