



еЭК

ЕВРАЗИЙСКАЯ
ЭКОНОМИЧЕСКАЯ
КОМИССИЯ

Конкурентное право в Евразийском экономическом союзе



Москва 2018

Конкурентное право в Евразийском экономическом союзе

Учебное пособие
для студентов высших учебных заведений

Москва 2018

Конкурентное право в Евразийском экономическом союзе: учеб. пос.

Под общей редакцией:

Члена Коллегии (Министра) по конкуренции и антимонопольному регулированию Евразийской экономической комиссии М.А. Кусаинова
Директора Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок Евразийской экономической комиссии

А.М. Джумабаевой

Директора Департамента антимонопольного регулирования Евразийской экономической комиссии Сушкевича А.Г.

Заместителя директора Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок Евразийской экономической комиссии

Савченко В.В.

Данное учебное пособие подготовлено Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» и международным коллективом авторов, в составе: Рудомино В.А., Захарова Г.К., Тарховой К.В., Ведерникова Р.С., Азмухановой А.Д., Филимоновой Н.Е., Каюковой А.А., Алифирова В.И., Еланской В.И., Айтжанова А.Т., Игнатовской Т.В., Коробейникова А.В., Новицкого А.А., Сабирова Н.Н., Саргсяна Д.Т., Бабаляна К.Г., Алешина Д.А., Бирюковой О.В., Глазатовой М.К., Данильцева А.В., Михайловой Э.Ю., Старженецкого В.В., Боклан Д.С.

В учебно-методическом пособии проведен анализ права ЕАЭС и законодательства государств – членов ЕАЭС в сфере конкуренции, рассмотрены основные нарушения общих правил конкуренции, полномочия ЕЭК в сфере конкуренции, а также практика работы ЕЭК.

Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических и экономических вузов, представителей предпринимательского сообщества, интересующихся вопросами конкурентного права.

©

©

ОГЛАВЛЕНИЕ

ГЛАВА 1.

Евразийский экономический союз:

история создания, цели и задачи	12
1.1. История формирования Евразийского экономического союза	12
1.2. Договорно-правовая база Евразийской экономической интеграции	21
1.3. Органы управления ЕАЭС, их функции и компетенции	25

ГЛАВА 2.

Система источников конкурентного права ЕАЭС	33
2.1. Система и классификация источников права Союза	33
2.2. Общие правила конкуренции в Договоре о ЕАЭС	36
2.3. Общая характеристика решений Высшего совета и Совета ЕЭК по вопросам конкуренции	44
2.4. Вопросы соотношения национального и наднационального антимонопольного законодательства. Право ЕАЭС и международное право	54
2.4.1. <i>Право ЕАЭС и право государств-членов в сфере антимонопольного регулирования</i>	<i>55</i>
2.4.2. <i>Право ЕАЭС и международное право (на примере соотношения права ЕАЭС и ВТО)</i>	<i>59</i>

ГЛАВА 3.

Основные виды нарушений общих правил

конкуренции и вопросы их доказывания	64
3.1. Недобросовестная конкуренция	64

3.1.1. Недобросовестная конкуренция в контексте Договора о ЕАЭС	64
3.1.2. Парижская конвенция об охране промышленной собственности	69
3.1.3. Недобросовестная конкуренция в контексте Модельного закона «О конкуренции».....	72
3.1.4. Недобросовестная конкуренция в законодательствах государств — членов ЕАЭС	74
3.2. Злоупотребление доминирующим положением	79
3.2.1. Понятие «доминирующее положение»: основания и пороговые значения	79
3.2.2. Запрет злоупотребления доминирующим положением	81
3.2.3. Ответственность за нарушение запрета злоупотребления доминирующим положением.....	82
3.3. Ограничивающие конкуренцию соглашения	83
3.3.1. Понятие соглашений, ограничивающих конкуренцию	83
3.3.2. Картели	85
3.3.3. «Вертикальные» и иные соглашения	90
3.3.4. Координация экономической деятельности.....	92
3.3.5. Допустимость соглашений и изъятия	95
3.4. Методика оценки состояния конкуренции	105
3.4.1. Продуктовые и географические границы рынка.....	105
3.4.2. Субъекты рынка и их доли.....	107
3.4.3. Оценка состояния конкуренции на товарном рынке	108
3.4.4. Определение доминирующего положения хозяйствующего субъекта	111

ГЛАВА 4.

Комиссия как орган защиты конкуренции	113
4.1. Компетенция и процедуры деятельности ЕЭК в сфере защиты конкуренции	113
4.1.1. Правовой статус ЕЭК	113
4.1.2. Понятие трансграничных рынков как критерий определения сферы компетенции ЕЭК	114
4.1.3. Рассмотрение ЕЭК дел о нарушении общих правил конкуренции	120
4.1.4. Взаимодействие уполномоченных органов государств-членов.....	130
4.1.5. Взаимодействие ЕЭК и уполномоченных органов государств-членов.....	133
4.2. Ответственность за нарушение законодательства о конкуренции	136
4.2.1. Понятие, принципы и виды ответственности за нарушение законодательства о конкуренции	136
4.2.2. Порядок привлечения к ответственности за нарушения законодательства о конкуренции	138

ГЛАВА 5.

Основная деятельность ЕЭК по формированию и реализации конкурентной политики в рамках ЕАЭС	147
5.1. Работа ЕЭК в сфере предупреждения нарушений общих правил конкуренции.....	147
5.2. Роль адвокатирования в процессе создания антимонопольно-превентивного механизма воздействия на компании на рынках ЕАЭС	161

ГЛАВА 6.

Процедура обжалования решений ЕЭК в Суде Союза	194
6.1. Учредительные договоры ЕАЭС и «внутреннее право» Суда Союза. Компетенция, правовой статус и структура Суда Союза	194
6.1.1. «Внутреннее право» Суда Союза.....	194
6.1.2. Компетенция, правовой статус и структура Суда Союза	195
6.2. Установленный порядок судопроизводства	200
6.3. Примеры обжалования решений ЕЭК в Суде Союза из сферы конкуренции	205

ГЛАВА 7.

Развитие законодательства государств-членов в сфере конкурентной политики и антимонопольного регулирования. Некоторые аспекты гармонизации	208
7.1. Модельный закон о конкуренции в рамках ЕАЭС. Проблемы имплементации	208
7.2. Развитие законодательства Республики Армения в сфере конкурентной политики и антимонопольного регулирования	211
7.2.1. Источники права конкуренции Республики Армения	211
7.2.2. Основные объекты регулирования	213
7.2.3. Регулирование антиконкурентных соглашений	213
7.2.4. Монополии и доминирующее положение на рынке	217
7.2.5. Недобросовестная конкуренция и государственная поддержка	220
7.2.6. Комиссия по конкуренции	221
7.2.7. Санкции	222
7.3. Реформа антимонопольного регулирования Республики Беларусь 2015–2016 гг.	223
7.3.1. Этапы формирования и источники права антимонопольного регулирования	223

7.3.2. Закон о конкуренции 2013 г. и сферы его применения	225
7.3.3. Доминирующее положение на рынке	226
7.3.4. Регулирование антиконкурентных соглашений	228
7.3.5. Антиконкурентные действия государственных органов	231
7.3.6. Реформа мер ответственности за нарушение антимонопольного законодательства	235
7.3.7. Реформа системы государственного управления в сфере антимонопольного регулирования	236
7.4. Казахстан — Предпринимательский кодекс как инструмент гармонизации и либерализации законодательства	239
7.4.1. Источники права и модернизация антимонопольного законодательства.....	239
7.4.2. Новации в сфере доминирующего положения на рынке.....	241
7.4.3. Регулирование антиконкурентных соглашений	243
7.4.4. Введение институтов предостережения в антимонопольном регулировании	244
7.4.5. Отличительные нормы антимонопольного законодательства Республики Казахстан и его применения	245
7.5 Создание и развитие конкурентного права в Кыргызской Республике	252
7.5.1. Источники конкурентного права	252
7.5.2. Доминирующее положение и монополия	255
7.5.3. Неправомерные действия (бездействие) в сфере конкурентного права	258
7.5.4. Ответственность за нарушение конкурентного права	265
7.6. Российская Федерация: четвертый антимонопольный пакет — инновационный подход к антимонопольной политике	268
7.6.1. Современный этап развития антимонопольного законодательства	268
7.6.2. Развития института предостережения в антимонопольном регулировании	271
7.6.3. Регулирование антиконкурентных соглашений	271
7.6.4. Недобросовестная конкуренция и процессуальные вопросы антимонопольных дел.....	276

Вступительное слово

В 2015 году вступил в силу подписанный 29 мая 2014 года в городе Астане Договор о Евразийском экономическом союзе, которым был дан старт новому этапу экономической интеграции Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации.

В том же году к Евразийскому экономическому союзу присоединились Республика Армения и Кыргызская Республика.

Целями создания Евразийского экономического союза является создание условий для стабильного развития экономик государств-членов в интересах повышения жизненного уровня их населения, стремление к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов, всесторонняя модернизация, кооперация и повышение конкурентоспособности национальных экономик государств-членов Евразийского экономического союза в условиях глобальной экономики.

Реализация указанных целей основывается на основополагающих принципах обеспечения взаимовыгодного сотрудничества, равноправия, учета национальных интересов, соблюдения принципов рыночной экономики и добросовестной конкуренции.

Органами Евразийского экономического союза проделана большая работа по разработке и принятию нормативных правовых актов, регулирующих взаимоотношения участников трансграничных рынков с целью формирования единого, понятного и справедливого правового поля, которое позволит участникам трансграничных рынков свободно и на равных конкурировать.

Развитая конкуренция с четкими и прозрачными правилами регулирования является залогом стабильности и защищенности от антиконкурентных действий.

Настоящее учебное пособие преследует главную цель – повысить информированность участников трансграничных рынков о правилах конкуренции в Евразийском экономическом союзе, которая будет

способствовать созданию благоприятной конкурентной среды в Евразийском экономическом союзе, позволит им формировать свое поведение на рынке с учетом общих принципов и правил конкуренции.

Выражаю надежду на то, что издание, подготовленное Евразийской экономической комиссией, будет пользоваться значительным успехом у широкого круга читателей и принесет реальную пользу всем, кто заинтересован изучить конкурентное право Евразийского экономического союза.

Член Коллегии (Министр) по конкуренции
и антимонопольному регулированию Евразийской
экономической комиссии

Марат Кусаинов

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

- АСЕАН — Ассоциация государств Юго-Восточной Азии.
ВОИС — Всемирная организация интеллектуальной собственности.
ВТО — Всемирная торговая организация.
Высший совет — Высший Евразийский экономический совет.
ЕАЭС — Евразийский экономический союз.
ЕврАзЭС — Евразийское экономическое сообщество.
ЕТТ — Единый таможенный тариф.
ЕЭК — Евразийская экономическая комиссия.
ЕЭП — Единое экономическое пространство.
КАРИКОМ — Карибское сообщество, торгово-экономический союз стран Южной Америки.
Марракешское соглашение — Соглашение о создании ВТО.
Межправительственный совет — Евразийский межправительственный совет.
МЕРКОСУР — Общий рынок стран Южной Америки. МКС — Международная конкурентная сеть.
НАФТА — Североамериканское соглашение о свободной торговле. ОЭСР — Организация экономического сотрудничества и развития. Протокол — Протокол об общих принципах и правилах конкуренции (приложение 19 к Договору о ЕАЭС).
РТС — региональное торговое соглашение СНГ — Содружество независимых государств. СФС — санитарные и фитосанитарные меры. ТС — таможенный союз.
ФАС России — Федеральная антимонопольная служба Российской Федерации.
ЮНКТАД — Конференция ООН по торговле и развитию.

ГЛАВА 1.

Евразийский экономический союз: история создания, цели и задачи

1.1. История формирования Евразийского экономического союза

Евразийский экономический союз (ЕАЭС) — одна из международных экономических организаций, которые обеспечивают процессы международной экономической интеграции. ЕАЭС является примером одного из наиболее развитых с точки зрения глубины интеграционного взаимодействия торгово-экономических объединений в мире.

История формирования ЕАЭС начинается, практически, одновременно с процессами обеспечения экономического сотрудничества и взаимодействия между независимыми государствами, бывшими союзными республиками, которые образовались после распада СССР и сформировали в 1991 г. Содружество Независимых Государств. В него вошли все бывшие республики СССР за исключением стран Прибалтики.

В первоначальный период существования независимых государств их основные усилия были направлены на формирование новой договорно-правовой базы, которая позволила бы создать условия для обмена товарами и услугами, функционирования сложившейся инфраструктуры и недопущения остановки работы производств. Однако создание СНГ носило формальный характер рамочной договоренности. Содружество не обладало наднациональными полномочиями, а в реальных хозяйственных взаимосвязях стран – членов вследствие общеэкономического кризиса преобладали дезинтеграционные процессы.

24 сентября 1993 г. странами — членами СНГ был подписан Договор о создании Экономического союза, который предполагал поэтапное углубление интеграции через последовательное создание ассоциации свободной торговли, Таможенного союза, общего рынка, валютного союза, где каждая форма интеграции должна осуществляться в соответствии с отдельными соглашениями. Договор не имел прямого действия и на протяжении почти двух десятилетий фактически оставался лишь декларацией о намерениях.

Статья 1 Устава СНГ от 22 января 1993 г

Статья 4 Договора стран СНГ от 24 сентября 1993 г. «О создании Экономического Союза».

Хотя страны-участницы 15 апреля 1994 г. и подписали Соглашение о зоне свободной торговли, запускающий реальную многостороннюю либерализацию Договор о Зоне свободной торговли более узкому кругу из восьми стран-участниц удалось заключить только в 2011 г. Аналогичным образом, 12 марта 1993 года страны-члены СНГ подписали Соглашение о согласовании антимонопольной политики в развитие которого 23 декабря 1993 года был подписан Договор о проведении согласованной антимонопольной политики, в соответствии с которым запрещалось злоупотребление одним или несколькими хозяйствующими субъектами сторон своим доминирующим положением; запрещались объединения хозяйствующих субъектов сторон, соглашения между ними и другие виды координированной деятельности, которые могли ограничить свободу конкуренции на общем экономическом пространстве или соответствующей его части, а также не допускалась недобросовестная конкуренция. Для реализации данного Договора учреждался Межгосударственный совет по антимонопольной политике, функционирование которого обеспечивало и обеспечивает взаимодействие органов регулирования конкуренции стран — участниц Договора, распространение лучших практик и определенную гармонизацию правоприменения.

Всего в рамках СНГ в 1990-е годы было заключено более двухсот соглашений, однако, по экспертным оценкам, заработали только 10% из них (те, которые были выгодны для всех стран). Они включали достаточно важные направления, такие как безвизовое пространство, взаимное признание дипломов, функционирование железнодорожной инфраструктуры и т.д. Вместе с тем сотрудничество практически не охватывало вопросы внутреннего регулирования. Многосторонняя интеграция в целом тормозилась, даже торговля стран СНГ в тот период во многом регулировалась двусторонними договорами. Многие экономисты и политики скептически воспринимали будущее Содружества, а попытки углубления интеграционных процессов сталкивались с сопротивлением бизнес-элит.

Идею создания евразийского экономического сообщества впервые выдвинул Президент Республики Казахстан Нурсултан Назарбаев 29 марта 1994 г. во время выступления в Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова:

Интервью заместителя директора Института стран СНГ В. Жарихина агентству Зрипiк 6 апреля 2016 г. URL: <<https://sputnik.by/politics/20160406/1021547285.html>>.

«Развитие постсоветского пространства сейчас определяется двумя тенденциями. Во-первых, становлением национальной государственности и, во-вторых, интеграцией стран СНГ. Все это закономерно. Когда идет бурный научно-технический прогресс, жесткая борьба за рынки сбыта, выжить можно только в объединении. Мы же, республики бывшего Союза, историей и судьбой подготовлены к единому сообществу...»¹. И уже 3 июня 1994 г. проект «О формировании Евразийского Союза государств» был направлен Н. Назарбаевым главам государств Содружества; 6 июня он был опубликован в Казахстане, 8 июня — в России². Впрочем, активной поддержки в масштабах всего СНГ эта инициатива не получила. Советом глав государств Содружества 21 октября 1994 г. было решено «Принять к сведению информацию Президента Республики Казахстан Назарбаева Н.А. о формировании Евразийского союза государств и использовать основные идеи, изложенные в предложении Республики Казахстан, для углубления интеграционных процессов в Содружестве независимых Государств³». Сложная экономическая ситуация первой половины 1990-х годов привела к пониманию необходимости реализации многоуровневой и разноскоростной интеграции. Такой подход подразумевает, что страны стремятся к одинаковым целям, но в зависимости от экономического развития различными темпами и в рамках различных объединений.

Первым этапом евразийской интеграции стало создание в январе 1995 г. Таможенного союза трех стран: Беларуси, Казахстана и России. Двустороннее Соглашение о Таможенном союзе между Российской Федерацией и Республикой Беларусь было подписано 6 января 1995 г. Затем ровно через две недели, 20 января 1995 г., Правительство Республики Беларусь и Правительство Российской Федерации, с одной стороны, и Правительство Республики Казахстан, с другой стороны, подписали Соглашение о Таможенном союзе, предусматривающее выполнение положений соглашения от 6 января в том, что касается целей, принципов функционирования, механизма и этапов создания Таможенного союза, распределения таможенных пошлин, налогов и сборов, условий введения временных

¹ Текст выступления опубликован в книге «Первый Президент Республики Казахстан Нурсултан Назарбаев. Хроника деятельности. 1994-1995 гг., Астана, 2010.

² Назарбаев Н. О формировании Евразийского Союза // Независимая газета. 1994. 8 июня.

³ Решение Совета глав государств СНГ «По предложению Республики Казахстан о формировании Евразийского Союза государств» (Вместе с проектом Евразийского Союза (ЕАС)). Принято в Москве 21 октября 1994 г.

ограничений, таможенного контроля. При этом регулирование внешнеэкономической деятельности Республики Казахстан должно было осуществляться в соответствии с отдельным соглашением между Казахстаном и Россией. Тем самым сформировалось интеграционное ядро из стран, готовых к активному и интенсивному международному сотрудничеству, стран, которые вступили на путь, приведший через 20 лет к созданию Евразийского экономического союза.

29 марта 1996 г. к соглашениям о Таможенном союзе присоединилась Кыргызская Республика, и в тот же день уже четыре страны-участницы заключили Договор об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях. В рамках этого Договора в том числе ставились цели создания единой таможенной территории, углубления интеграции в науке, образовании, культуре, социальной сфере, а также создания Межгосударственного совета и Интеграционного комитета как органов управления интеграцией. Однако процесс реальной экономической интеграции — построения единой таможенной территории — шел сложно. Страны-участницы, к которым присоединилась Республика Таджикистан, тем не менее подтвердили свою приверженность заявленным целям и 26 февраля 1999 г. подписали Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве. Ключевой в этом Договоре была ст. 2: *«В соответствии с условиями настоящего Договора Стороны принимают на себя обязательство завершить формирование Таможенного союза и создать на его основе Единое экономическое пространство»*. Однако, несмотря на подписанные соглашения и заявленное стремление к развитию интеграции, в хозяйственной практике стран в 2000-2001 гг. наблюдался отход от принципов Таможенного союза и фактически произошло восстановление внутренних таможенных границ. Этот этап можно охарактеризовать как поиск оптимальных путей сотрудничества и формирование правовой базы для проведения единой торговой политики.

Второй этап евразийской интеграции связан с подписанием президентами Республики Беларусь, Республики Казахстан, Российской Федерации, Кыргызской Республики и Республики Таджикистан 10 октября 2000 г. в г. Астане Договора об

учреждении Евразийского экономического сообщества (ЕврАзЭС), получившего статус международной экономической организации. К этому времени стало очевидным, что многие вопросы в рамках Таможенного союза не получается решить ввиду отсутствия эффективного организационно-управленческого механизма, функционирующего на постоянной основе, и недостатка ответственности за несоблюдение договоров. В связи с этим в мае Межгосударственный Совет стран — членов Таможенного союза принимает принципиальное решение о создании наднациональной организации, наделенной функциями, связанными с формированием таможенного союза, вступлением во Всемирную торговую организацию (ВТО) и контролем за ходом интеграции.

ЕврАзЭС было создано (как указано в статье 2 Договора об учреждении Евразийского экономического сообщества) для эффективного продвижения процесса формирования Таможенного союза (ТС) и Единого экономического пространства (ЕЭП), а также реализации других целей и задач, определенных в вышеназванных соглашениях о Таможенном союзе, Договоре об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях и Договоре о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве, в соответствии с намеченными в указанных документах этапами. Ранее заключенные договаривающимися сторонами между собой договоры, а также решения органов управления интеграцией продолжали действовать в части, не противоречащей Договору об учреждении ЕврАзЭС (ст. 2 Договора). С принятием Договора об учреждении ЕврАзЭС были также несколько расширены полномочия Интеграционного комитета.

Существенный импульс формированию правовой базы евразийской интеграции также придало подписание 19 сентября 2003 г. Соглашения о формировании Единого экономического пространства. Это Соглашение предполагало присоединение к евразийским интеграционным процессам Украины. И хотя оно имело объем всего в несколько страниц, не содержало конкретного плана действий и являлось в основном концепцией, уже 15 сентября 2004 г. на саммите в Астане президенты Российской Федерации, Республики Беларусь, Республики Казахстан и Украины утвердили перечень документов, подлежащих согласованию и подписанию в первоочередном порядке для его реализации. Это позволило развернуть работу по подготовке проектов необходимых нормативных актов,» (Вместе с проектом Евразийского Союза (ЕАС)). Принято в Москве 21 октября 1994 г.

в которой были задействованы практически все министерства и ведомства стран-участниц. Предполагалось, что первоочередные соглашения должны составить единый пакет, который будет подписан и вступит в силу одновременно. Украина впоследствии отказалась от участия в данном интеграционном проекте, однако все созданные наработки были позже использованы в рамках дальнейшей интеграции стран ЕврАзЭС.

После отказа Украины, вопросами формирования ЕЭП продолжили заниматься три страны, составляющие ядро интеграции, в то время как Кыргызская Республика и Республика Таджикистан заявили о намерении подключиться к формированию ТС и ЕЭП по мере готовности экономики.

6 октября 2007 г. главы Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Казахстан приняли решение завершить создание ТС1, для чего заключили Договор о создании единой таможенной территории и формировании Таможенного союза, а также подписали Договор о Комиссии Таможенного союза. Договор о Комиссии учредил орган наднационального управления, а Договор о создании единой таможенной территории содержит перечень из восьми ключевых мероприятий (ст. 2), без которых функционирование Таможенного союза является невозможным. Еще более детализированный план действий был одобрен решением Межгосударственного Совета ЕврАзЭС от 9 июня 2009 г. № 9 «Этапы и сроки формирования единой таможенной территории ТС Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации». В итоге правовую базу ТС составили более 70 международных договоров.

В 2009 г. на уровне глав государств и правительств стран ТС были приняты и ратифицированы около 40 международных договоров, включая Таможенный кодекс² и Единый таможенный тариф (ЕТТ) трех стран³. Единый тариф на территории государств — членов ТС начал применяться с июля 2010 г., а в июле 2011 г. был отменен внутренний таможенный контроль. Отмена (с определенными изъятиями) таможенных пошлин при торговле в пределах ТС и переход к взиманию пошлин при ввозе товаров из третьих стран на единой внешней таможенной границе с соответствующими ставками единого тарифа стали важнейшим шагом,

¹ Решение Межгосударственного совета ЕврАзЭС № 1 от 6 октября 2007 г.

² Утвержден Договором о Таможенном кодексе ТС, принятым Решением Межгосударственного Совета ЕврАзЭС на уровне глав государств от 27 ноября 2009 г. № 17. Документ утрачивает силу с даты вступления в силу Договора о Таможенном кодексе ЕАЭС от 11 апреля 2017 г.

³ Утвержден Решением Межгосударственного Совета ЕврАзЭС от 27 ноября 2009 г. № 18, Решением Комиссии ТС от 27 ноября 2009 г. № 130.

превратившим территорию Российской Федерации, Республики Казахстан и Республики Беларусь в единое таможенное пространство.

Следующим важным шагом в развитии ТС стало образование ЕЭП, представляющего собой общий рынок. Договорно-правовая база ЕЭП была сформирована 9 декабря 2010 г., когда состоялось подписание пакета из 17 базовых соглашений, формирующих ЕЭП трех стран.

Основными целями формирования Единого экономического пространства были:

- эффективное функционирование общего рынка товаров, услуг, капитала и труда;
- создание условий стабильного развития структурной перестройки экономики стран-участниц в интересах повышения жизненного уровня их населения;
- проведение согласованной налоговой, денежно-кредитной, валютно-финансовой и таможенной политики;
- развитие единых инфраструктурных и информационных систем;
- создание системы государственной поддержки приоритетных отраслей экономики, производственной и научно-технологической кооперации.

В 2011 г. совершенствование договорно-правовой базы продолжилось, в 2012 г. ЕЭП стало функционировать. Тем самым была создана основа для перехода к более глубокой форме интеграции.

Третий этап евразийской интеграции связан с деятельностью Евразийского экономического союза. Начало этого этапа датируется 2015 г., когда ЕАЭС начал функционировать, а ЕврАзЭС было упразднено. В ЕАЭС *«обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы, а также проведение скоординированной, согласованной или единой политики»* в отраслях экономики, определенных международными договорами в рамках Союза.

Планы по созданию этой структуры были сформулированы в 2011 г. Президенты Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации 18 ноября 2011 г. приняли Декларацию о евразийской экономической интеграции. В ней они констатировали успешное функционирование ТС и заявили о переходе к следующему этапу интеграционного строительства — Единому экономическому пространству. В декларации утверждалось: *«Стороны будут стремиться завершить к 1 января 2015 года кодификацию международных договоров, составляющих нормативно-правовую базу Таможенного союза и Единого экономического пространства, и на этой основе создать Евразийский экономический союз»*. Выбранная траектория развития

следующим образом была охарактеризована в статье Председателя Правительства Российской Федерации В. В. Путина: «Мы не останавливаемся на этом и ставим перед собой амбициозную задачу: выйти на следующий, более высокий уровень интеграции — к Евразийскому союзу... Мы предлагаем модель мощного наднационального объединения, способного стать одним из полюсов современного мира и при этом играть роль эффективной «связки» между Европой и динамичным Азиатско-Тихоокеанским регионом. В том числе это означает, что на базе Таможенного союза и ЕЭП необходимо перейти к более тесной координации экономической и валютной политики, создать полноценный экономический союз. Сложение природных ресурсов, капиталов, сильного человеческого потенциала позволит Евразийскому союзу быть конкурентоспособным в индустриальной и технологической гонке, в соревновании за инвесторов, за создание новых рабочих мест и передовых производств...»¹.

Тогда же 18 ноября 2011 г. был подписан Договор о Евразийской экономической комиссии, которая начала свою деятельность в 2012 г. в пределах полномочий, предусмотренных международными договорами, формирующими договорно-правовую базу ТС и ЕП. Одновременно Евразийская экономическая комиссия (ЕЭК) активно участвовала в подготовке проекта договора о ЕАЭС.

Основу проекта документа составила договорно-правовая база ТС и ЕЭП, действующие нормы которой были оптимизированы, усовершенствованы и приведены в соответствие с правилами ВТО. В марте 2012 г. на заседании Межгосударственного совета ЕврАзЭС лидеры стран — членов сообщества приняли решение о подписании всеобъемлющего договора о формировании ЕАЭС. 29 мая 2014 г. в столице Казахстана г. Астане был подписан Договор о ЕАЭС президентами Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Казахстан.

Согласно данному Договору создается организация экономической интеграции, обеспечивающая функционирование ТС и ЕЭП государств-членов. Вместе с тем учредительный договор не исключает расширения в дальнейшем предметной компетенции ЕАЭС и включения в нее других вопросов, выходящих за рамки сугубо экономической интеграции (например, выработка общей внешней

¹ Путин В.В. Новый интеграционный проект для Евразии — будущее, которое рождается сегодня // Известия. 2011. 3 октября.

политики государств-членов, совместная борьба с преступностью и т.д.). Этим вопросам могут быть посвящены дополнительные соглашения между государствами-членами (международные договоры в рамках Союза), заключение которых предусмотрено Договором о ЕАЭС.

10 октября 2014 г. Президенты Республики Беларусь, Республики Казахстан, Кыргызской Республики, Российской Федерации и Республики Таджикистан в связи с началом функционирования ЕАЭС подписали Договор о прекращении деятельности Евразийского экономического сообщества. Договор о ЕАЭС вступил в силу 1 января 2015 г. С этой даты ЕАЭС приступил к работе. Одновременно прекратил существование исторический предшественник ЕАЭС — ЕврАзЭС.

Как отметил в связи с этим Президент Республики Беларусь Александр Лукашенко, *«ЕврАзЭС достойно выполнило свою роль. Самое главное, что ЕврАзЭС явилось фундаментом для создания Таможенного союза и Единого экономического пространства, которые, в свою очередь, заложили основы будущего Евразийского экономического союза. Поэтому сегодняшние решения об изменении формата нашего взаимодействия — это адекватное отражение современных тенденций интеграции на постсоветском пространстве»¹.*

На сегодняшний день ЕАЭС представляет собой экономический союз, история создания которого насчитывает 20-летнюю историю. В него входят пять членов: Республика Армения, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Российская Федерация.

С Республикой Вьетнам заключено соглашение о зоне свободной торговли (ЗСТ). Кроме того, ведутся переговоры о создании ЗСТ между ЕАЭС и такими странами, как Египет, Таиланд, Иран, Монголия, Индия.

¹ URL: <http://president.gov.by/m/news_m/view/zasedanija-mezhgosudarstvennogo-soveta-evrazes-i-vysshego-evrazijskogo-ekonomicheskogo-soveta-na-urovne-glav-9979/>.

1.2. Договорно-правовая база евразийской экономической интеграции

Договор о Евразийском экономическом союзе, вступивший в силу 1 января 2015 г., учреждает международную организацию региональной экономической интеграции. Договор о ЕАЭС включил положения множества договоров, составляющих договорно-правовую базу ТС и ЕЭП, подписанных в 2007- 2011 гг. За 2015 г. состав членов ЕАЭС расширился: со 2 января 2015 г. к объединению присоединилась Республика Армения, а с 12 августа 2014 г. — Кыргызская Республика.

Договор о ЕАЭС включил положения множества договоров, составляющих договорно-правовую базу ТС и ЕЭП, подписанных в 2007-2011 гг. За 2015 г. состав членов ЕАЭС расширился: со 2 января 2015 г. к объединению присоединилась Республика Армения, а с 12 августа 2015 г. — Кыргызская Республика.

Согласно Договору о ЕАЭС в рамках учреждаемого его сторонами Евразийского экономического союза обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы, проведение скоординированной, согласованной или единой политики в ряде секторов экономики, определенных данным Договором и международными договорами в рамках ЕАЭС. Тем самым обеспечивается гармонизация технического регулирования, условий конкуренции, правил торговли и финансовых требований в таких секторах, как сельское хозяйство, промышленность, энергетика и инфраструктурные отрасли.

Следует отметить, что в настоящее время в мире существует значительное число торгово-экономических блоков, называющих себя таможенными или экономическими союзами. Однако практически все они, за исключением ЕС и ЕАЭС, не достигли в полной мере уровня, который позволял бы отнести их к данной категории, так как не обладают эффективными наднациональными механизмами регулирования и координации экономической политики. В настоящее время ЕАЭС практически занимает второе место после ЕС по охвату и уровню развития интеграционных процессов.

Договором о ЕАЭС вводится новое понятие «право Союза», которое согласно ст. 6 составляют:

- Договор о ЕАЭС;
- международные договоры в рамках ЕАЭС;
- международные договоры ЕАЭС с третьими сторонами;

- решения и распоряжения Высшего Евразийского экономического совета, Евразийского межправительственного совета и ЕЭК. Решения Высшего Евразийского экономического совета и Евразийского межправительственного совета исполняются государствами-членами в соответствии с их национальным законодательством.

В целом внутри данных источников права ЕАЭС Договор устанавливает систему приоритетов, которая необходима, поскольку формирование договорно-правовой базы проходило в течение длительного времени развития интеграционных процессов и включает договоры различного характера, а также решения различных органов ЕАЭС. В частности, данная система предусматривает следующее:

- Договор о ЕАЭС имеет приоритет над другими договорами в рамках ЕАЭС;
- международные договоры ЕАЭС с третьими сторонами не должны противоречить целям, принципам и правилам функционирования ЕАЭС;
- решения Высшего Евразийского экономического совета имеют приоритет над решениями Евразийского межправительственного совета и Евразийской экономической комиссии;
- решения Евразийского межправительственного совета имеют приоритет над решениями Евразийской экономической комиссии.

В пределах своей компетенции ЕАЭС имеет право осуществлять международную деятельность, направленную на решение стоящих перед ним задач. В рамках такой деятельности ЕАЭС вправе осуществлять международное сотрудничество с государствами, международными организациями и международными интеграционными объединениями и самостоятельно либо совместно с государствами-членами заключать с ними международные договоры по вопросам, отнесенным к его компетенции.

Порядок осуществления ЕАЭС международного сотрудничества устанавливается решением Высшего Евразийского экономического совета.

Проведение переговоров по проектам международных договоров союза с третьей стороной, их подписание, выражение согласия на обязательность таких договоров для ЕАЭС, их прекращение, приостановление или выход из них осуществляются на основании решений Высшего Евразийского экономического совета после выполнения государствами-членами соответствующих внутригосударственных процедур.

Государства — члены ЕАЭС также вправе применять двусторонние международные договоры между собой, предусматривающие более глубокий по сравнению с положениями Договора о ЕАЭС или международных договоров в рамках ЕАЭС уровень интеграции или предоставляющие дополнительные преимущества в пользу их физических и (или) юридических лиц, и заключать такие договоры при условии, что они не затрагивают осуществление ими и другими государствами-членами своих прав и выполнение обязательств по Договору о ЕАЭС и международным договорам в рамках ЕАЭС.

Следует отметить ряд правил, касающихся прозрачности деятельности органов ЕАЭС. Договором о ЕАЭС установлено, что международные договоры в рамках ЕАЭС, международные договоры с третьими сторонами и решения органов ЕАЭС подлежат опубликованию на официальном сайте ЕАЭС в сети Интернет. Дата публикации решения органа ЕАЭС на сайте признается датой официального опубликования данного решения. Ни одно решение не может вступить в силу до его официального опубликования.

Органы ЕАЭС должны обеспечивать предварительное опубликование проектов решений на указанном сайте, как минимум, за 30 календарных дней до даты, когда данное решение планируется к принятию (в исключительных случаях могут быть предусмотрены иные сроки). Заинтересованные лица могут представлять свои комментарии и предложения по проектам решений.

Договорно-правовую базу евразийской экономической интеграции на сегодняшний день составляют, кроме Договора о ЕАЭС, Договор о присоединении Республики Армения к Договору о ЕАЭС, Договор о присоединении Кыргызской Республики к Договору о ЕАЭС, а также ряд документов, регулирующих отдельные сферы взаимодействия государств-членов, например:

- Таможенный кодекс ЕАЭС;
- Соглашение о порядке перемещения наркотических средств и их прекурсоров по таможенной территории ТС;
- Договор о координации действий по защите прав на объекты интеллектуальной собственности;
- Соглашение о судоходстве;
- Договор о пенсионном обеспечении трудящихся стран ЕАЭС;
- Международный договор о порядке и условиях устранения технических барьеров во взаимной торговле с третьими странами и др.

Некоторые из перечисленных соглашений были подписаны еще до Договора о ЕАЭС, но продолжают свое действие уже после кодификации

интеграционной правовой базы, существовавшей до создания ЕАЭС. При этом Договор ЕАЭС имеет приоритет по отношению к данным соглашениям.

В целом в соответствии со ст. 3 Договора о ЕАЭС Союз функционирует на основе таких принципов, как:

- уважение общепризнанных норм и принципов международного права;
- обеспечение суверенного равенства государств-членов и территориальной целостности государств-членов;
- учет национальных интересов государств-членов и обеспечение их равноправия и сотрудничества на взаимовыгодной основе;
- следование принципам рыночной экономики и добросовестной конкуренции;
- неприменение изъятий и ограничений в функционировании Таможенного союза после окончания переходных периодов. Государства-члены также не должны применять меры, которые будут препятствовать выполнению функций и достижению целей ЕАЭС.

Основные правила ЕАЭС, касающиеся конкуренции, предусмотрены разд. XVIII Договора о ЕАЭС «Общие принципы и правила конкуренции» и приложением № 19 к Договору о ЕАЭС «Протокол об общих принципах и правилах конкуренции» (далее — Протокол).

К числу общих правил конкуренции Договор о ЕАЭС относит:

- запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов (субъектов рынка);
- запрет на злоупотребление хозяйствующими субъектами доминирующим положением;
- запрет на недобросовестную конкуренцию.

В рамках своего национального законодательства государства-члены вольны устанавливать дополнительные требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных ст. 75 и 76 Договора о ЕАЭС.

Договор о ЕАЭС вводит ряд понятий, которые используются в праве ЕАЭС и имеют универсальное значение (ст. 2 «Определения»):

- *«гармонизация законодательства» — сближение законодательства государств-членов, направленное на установление сходного (сопоставимого) нормативного правового регулирования в отдельных сферах;*
- *«единое экономическое пространство» — пространство, состоящее из территорий государств-членов, на котором функционируют сходные (сопоставимые) и однотипные механизмы регулирования экономики,*

- основанные на рыночных принципах и применении гармонизированных или унифицированных правовых норм, и существует единая инфраструктура;
- «единая политика» — политика, осуществляемая государствами-членами в определенных ими сферах, предусмотренных настоящим Договором, предполагающая применение государствами-членами унифицированного правового регулирования, в том числе на основе решений органов союза в рамках их полномочий;
- «общий (единый) рынок» — совокупность экономических отношений в рамках союза, при которых обеспечивается свобода перемещения товаров, услуг, капитала и рабочей силы;
- «скоординированная политика» — политика, предполагающая осуществление сотрудничества государств-членов на основе общих подходов, одобренных в рамках органов Союза, необходимых для достижения целей Союза, предусмотренных настоящим Договором;
- «согласованная политика» — политика, осуществляемая государствами-членами в различных сферах, предполагающая гармонизацию правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза, в такой степени, которая необходима для достижения целей Союза, предусмотренных настоящим Договором;
- «Таможенный союз» — форма торгово-экономической интеграции государств-членов, предусматривающая единую таможенную территорию, в пределах которой во взаимной торговле не применяются таможенные пошлины (иные пошлины, налоги и сборы, имеющие эквивалентное действие), меры нетарифного регулирования, специальные защитные, антидемпинговые и компенсационные меры, действуют Единый таможенный тариф ЕАЭС и единые меры регулирования внешней торговли товарами с третьей стороной;
- «унификация законодательства» — сближение законодательства государств-членов, направленное на установление идентичных механизмов правового регулирования в отдельных сферах, определенных настоящим Договором.

1.3. Органы управления ЕАЭС, их функции и компетенции

Формирование наднациональных органов управления — важнейший фактор успешного развития интеграционных процессов на высоком уровне.

Наличие таких органов необходимо для согласования и проведения единой политики. Ниже в табл. 1 перечислены все основные органы Союза и их состав.

В своей деятельности органы ЕАЭС руководствуются основополагающими принципами деятельности Союза, закреплёнными в ст. 3 Договора о ЕАЭС.

Таковыми принципами являются:

- уважение общепризнанных принципов международного права, включая принципы суверенного равенства государств-членов и их территориальной целостности;
- уважение особенностей политического устройства государств-членов;
- обеспечение взаимовыгодного сотрудничества, равноправия и учета национальных интересов сторон;
- соблюдение принципов рыночной экономики и добросовестной конкуренции;
- функционирование Таможенного союза без изъятий и ограничений после окончания переходных периодов.

Таблица 1

Органы ЕАЭС

Орган	Состав
Высший Евразийский экономический совет	Главы государств — членов ЕАЭС
Евразийский межправительственный экономический совет	Главы правительств государств — членов ЕАЭС
Евразийская экономическая комиссия	Совет и Коллегия ЕЭК
Суд Евразийского экономического союза	По два судьи от каждого государства — члена ЕАЭС

Государства-члены создают благоприятные условия для выполнения Союзом его функций и воздерживаются от мер, способных поставить под угрозу достижение его целей.

Участие представителей государств-членов в руководстве работой органов ЕАЭС организуется на основе принципа ротации, а их пребывание на территориях государств-членов — на основе соответствующих договоров между ЕАЭС и государствами-членами.

Высшим органом ЕАЭС является **Высший Евразийский экономический совет** (далее — Высший совет), который состоит из глав государств-членов. Его работа осуществляется под руководством Председателя Высшего совета, функции которого выполняет один из членов Высшего совета. Председатель Высшего совета представляет одно из государств-членов на основе ротации в течение одного года. Заседания Высшего совета проводятся не реже одного раза в год. В случае необходимости могут проводиться внеочередные заседания по предложению Председателя или одного из членов Высшего совета. Повестка заседаний формируется Евразийской экономической комиссией (ЕЭК) на основе предложений государств-членов.

Высший совет рассматривает принципиальные вопросы деятельности Союза, определяет стратегию, направления и перспективы развития интеграции и принимает решения, направленные на развитие интеграции и реализацию целей Союза. В компетенцию высшего совета входят решения по таким ключевым вопросам, как принятие новых членов в ЕАЭС и прекращения в нем членства, определение порядка международного взаимодействия и сотрудничества ЕАЭС, а также о проведении переговоров о заключении договоров с третьими сторонами или обязательности договоров с ними для ЕАЭС.

Важной функцией Высшего совета является рассмотрение вопросов об отмене решений Межправительственного совета или ЕЭК, а также вопросов, по которым не был достигнут консенсус в данных органах.

Высший совет назначает председателя Коллегии ЕЭК, утверждает регламент ее работы и состав, а также членов Суда ЕАЭС. Вопросы организации деятельности органов ЕАЭС, наряду с вопросами порядка оплаты труда, аудита тоже входят в компетенцию Высшего совета.

Решения Высшего совета принимаются консенсусом и оформляются в виде его решений и распоряжений (в случае принятия решения о прекращении членства в ЕАЭС голос страны, членство которой прекращается, не учитывается при достижении консенсуса).

Исполнение решений Высшего совета осуществляется государствами-членами в порядке, предусмотренном их национальным законодательством.

Евразийский межправительственный совет (далее — Межправительственный совет) является органом, который состоит из глав правительств государств-членов.

Организация его работы в целом аналогична организации деятельности Высшего совета. В частности, председательство передается на основе ротации представителя государства-члена сроком на один год, ЕЭК формирует повестку заседаний на основе предложений государств-членов, принятие решений осуществляется на основе консенсуса. Заседания Межправительственного совета проводятся не реже двух раз в год при возможности проведения внеочередных заседаний.

Основными функциями Межправительственного совета являются обеспечение реализации и контроля за исполнением Договора о ЕАЭС и других договоров в рамках Союза. Межправительственный совет дает необходимые поручения ЕЭК и рассматривает вопросы, по которым она не достигла консенсуса.

Евразийская экономическая комиссия представляет собой постоянно действующий регулирующий орган ЕАЭС. Комиссия состоит из Совета и Коллегии, которые принимают решения, распоряжения и рекомендации. Решения имеют нормативно-правовой характер и обязательны для государств-членов; распоряжения имеют организационно-распорядительный характер. При этом Совет принимает свои решения только консенсусом, а Коллегия — квалифицированным большинством в 2/3 голосов, а по чувствительным вопросам — консенсусом (перечень чувствительных вопросов определяется Высшим советом).

В соответствии с приложением № 1 к Договору о ЕАЭС ЕЭК действует на основе принципа взаимной выгоды, равноправия и учета интересов стран-членов, экономической обоснованности принимаемых решений, открытости, гласности и объективности. Сфера ее полномочий определяется указанным Приложением и охватывает все сферы применения Договора о ЕАЭС.

Комиссия также наделена правом подписания международных договоров с третьими сторонами в пределах своей компетенции, обеспечивает реализацию международных договоров, которые входят в право ЕАЭС, и является депозитарием таких договоров.

Для выполнения своих функций ЕЭК может запрашивать позицию государств-членов в соответствии с установленными процедурами, которые регламентируют использование данной информации (предоставление информации, выполнение законодательства государств-членов в отношении информации ограниченного доступа и т.п.).

ЕЭК отвечает за составление бюджета ЕАЭС и обеспечивает его исполнение.

Решения ЕЭК вступают в силу не ранее, чем через 30 календарных дней с момента их принятия, но решения неотложного характера могут вводиться в действие через десять календарных дней с момента принятия. При принятии решений один член Совета или Коллегии ЕЭК имеет один голос. При этом предусматривается, что, если решение ухудшает положение физических или юридических лиц, оно не может иметь обратной силы (не может применяться ретроактивно). Ретроактивное применение может быть предусмотрено, только, если решение улучшает положение физических или юридических лиц. Таким образом, предусматривается возможность адаптации участников экономического оборота к решениям, которые могут ухудшить их экономическое положение.

Совет ЕЭК осуществляет общее руководство интеграционными процессами и ее деятельностью. Совет состоит из представителей от каждого государства — члена ЕАЭС в должности заместителя Председателя Правительства.

Совет ЕЭК организует работу по совершенствованию правовой базы ЕАЭС, готовит предложения по развитию интеграции для Высшего совета, осуществляет мониторинг выполнения договоров и анализа оценки регулирующего воздействия, решает вопросы организации работы ЕЭК (штатная численность работников, оплата труда, структура ее департаментов и т.п.). Совет также рассматривает предложения государств-членов об отмене или изменении решений Коллегии ЕЭК. В случае если согласованное решение не удастся принять, Совет направляет вопрос для рассмотрения в вышестоящие органы ЕАЭС.

Коллегия ЕЭК является исполнительным органом. Она формируется государствами-членами на основе равного представительства. Коллегия осуществляет руководство деятельностью департаментов Комиссии.

Члены Коллегии назначаются Высшим советом и являются независимыми от своих государств-членов (не могут запрашивать или получать указания от государственных органов государств-членов). Члены Коллегии должны отвечать определенным квалификационным требованиям в отношении профессиональной подготовки и опыта работы.

Коллегия ЕЭК осуществляет разработку предложений по развитию интеграции и проектов, исполняет решения вышестоящих органов ЕАЭС и

проводит мониторинг исполнения международных договоров в рамках ЕАЭС. Коллегия готовит заключения по предложениям государств-членов, обеспечивает взаимодействие с их органами власти, а также способствует досудебному разрешению споров между государствами-членами, обеспечивает работу органов ЕАЭС, проведение мероприятий и т.п.

В пределах своих полномочий Коллегия ЕЭК принимает решения, распоряжения и рекомендации, которые подписываются ее Председателем. Заседания Коллегии проводятся, как правило, не реже одного раза в неделю, при этом могут проводиться внеочередные заседания. На заседаниях должен присутствовать хотя бы один член Коллегии, представляющий каждое из государств — членов ЕАЭС.

Департаменты ЕЭК осуществляют подготовку материалов по вопросам деятельности Союза, включая предложение по международным договорам, мониторинг их исполнения и представляют результаты для рассмотрения Коллегии ЕЭК. Всего в структуре ЕЭК образовано 25 департаментов, которые сгруппированы по десяти основным направлениям, каждое из которых возглавляет член Коллегии (министр).

Должностные лица и сотрудники ЕЭК являются международными служащими и не имеют права заниматься другими видами деятельности, кроме творческой и преподавательской. Они также должны соблюдать установленные правила использования информации, связанной с их деятельностью. Государства-члены обязаны уважать статус сотрудников ЕЭК как международных служащих. В табл. 2 перечислены основные направления деятельности ЕЭК и обеспечивающие ее департаменты.

Кроме того, в рамках ЕЭК действуют 22 консультативных органа по различным вопросам ее деятельности.

Правила ЕАЭС в сфере конкуренции ЕЭК применяет в случае, если нарушения имели или могут иметь негативное воздействие на конкуренцию на трансграничных рынках (за исключением трансграничных финансовых рынков). Комиссия контролирует злоупотребление доминирующим положением, антиконкурентные соглашения и недобросовестную конкуренцию на трансграничных рынках.

Таблица 2

Направления деятельности и структура ЕЭК

Направление деятельности	Обеспечивающий департамент
Деятельность Председателя Коллегии ЕЭК	Департамент протокола и организационного обеспечения Департамент финансов
Интеграция и макроэкономика	Правовой департамент Департамент управления делами Департамент макроэкономической политики Департамент статистики Департамент развития интеграции
Экономика и финансовая политика	Департамент финансовой политики Департамент развития предпринимательской деятельности Департамент трудовой миграции и социальной защиты
Промышленность и агропромышленный комплекс	Департамент промышленной политики Департамент агропромышленной политики
Торговля	Департамент таможенно-тарифного и нетарифного регулирования Департамент защиты внутреннего рынка Департамент торговой политики
Техническое регулирование	Департамент технического регулирования и аккредитации Департамент санитарных, фитосанитарных и ветеринарных мер
Таможенное сотрудничество	Департамент таможенного законодательства и правоприменительной практики Департамент таможенной инфраструктуры
Энергетика и инфраструктура	Департамент транспорта и инфраструктуры Департамент энергетики
Конкуренция и антимонопольное регулирование	Департамент антимонопольного регулирования Департамент конкурентной политики и политики в области государственных закупок
Внутренние рынки, информатизация, информационно- коммуникационные технологии	Департамент информационных технологий Департамент функционирования внутренних рынков

Решения ЕЭК, как и решения национальных антимонопольных органов, которые основываются на праве ЕАЭС, могут быть обжалованы в Суде ЕАЭС, являющимся органом судебного надзора Союза. Задача данного органа — обеспечение единообразного применения правил ЕАЭС государствами-членами и органами Союза.

Комиссия сформировала рабочие группы совместно с представителями антимонопольных органов государств-членов для обеспечения применения правил конкуренции ЕАЭС.

В целом компетенция ЕЭК охватывает следующие сферы:

- таможенно-тарифное регулирование;
- нетарифное регулирование (включая введение специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер);
- техническое регулирование и регулирование в сфере санитарных и фитосанитарных мер (СФС-регулирование).

С 2016 г. значительно расширены полномочия наднациональных органов ЕАЭС в регулировании отдельных рынков. Прежде всего это касается рынка лекарственных средств и медицинских изделий. На наднациональный уровень переданы такие полномочия, как разработка общих требований ко всем этапам обращения лекарственных средств и медицинских изделий, к их безопасности и качеству и т. д.¹ В мае 2017 г. была ратифицирована государствами-членами и вступила в силу нормативная база, обеспечивающая функционирование общего рынка ЕАЭС в данной области.

В ведение ЕЭК вошли сферы информационно-коммуникационных технологий и информатизации. В 2016 г. было создано два новых департамента: функционирования внутренних рынков и трудовой миграции. В других сферах, где запуск общих рынков планируется позднее (финансовые услуги, транспорт, энергетика, государственные закупки и т.д.), процесс передачи полномочий на наднациональный уровень продлится до 2025 г. Полномочия наднациональных органов ЕАЭС расширяются и в отдельных сферах регулирования: антимонопольное регулирование, косвенное налогообложение (включая вопросы гармонизации ставок акцизов на подакцизную продукцию), защита прав потребителей и интеллектуальной собственности и др. Подписание Таможенного кодекса ЕАЭС обусловило дальнейшую передачу компетенций на наднациональный уровень. С 2017 г. ЕЭК ответственна за утверждение правил определения происхождения товаров, вывозимых с таможенной территории Союза. Комиссия также определяет условия осуществления внешнеэкономической деятельности в свободных экономических зонах, в том числе условия признания товаров, изготовленных из иностранного сырья, товарами ЕАЭС.

¹ Соглашение о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономического союза от 23 декабря 2014 года.

ГЛАВА 2.

Система источников конкурентного права ЕАЭС

2.1. Система и классификация источников права Союза

Создание межгосударственных экономических объединений порождает новое интеграционное право, лежащее в основе их деятельности. Необходимо отметить, что понятие «источник права» до сих пор остается дискуссионным. В анализе международного интеграционного права сложился следующий подход к источникам:

- основные источники, содержащиеся в учредительных договорах, протоколах и приложениях к ним, а также акты о вступлении новых государств-членов;
- основные принципы права;
- внешние источники, вытекающие из международных соглашений, которые заключены с третьими странами или международными организациями;
- вторичные источники, поименованные в учредительных договорах, т.е. регламенты, решения, положения и т.д.;
- нетипичные акты, имеющие обязательный характер.

Договор о ЕАЭС (ст. 6) вводит понятие «право Союза» и описывает его состав:

- собственно договор о ЕАЭС;
- - международные договоры в рамках Союза;
- - международные договоры Союза с третьей стороной.

Право ЕАЭС — новая система интеграционного права, которая регулирует отношения, складывающиеся в ходе создания и функционирования ЕАЭС. Хотя Договор о ЕАЭС вступил в силу с 1 января 2015 г., многие элементы права ЕАЭС были созданы в процессе формирования сначала Таможенного союза, а затем ЕЭП Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации. Значительное количество принятых ранее актов продолжают действовать в части не противоречащей Договору о ЕАЭС.

Значительное количество принятых ранее актов продолжают действовать в части не противоречащей Договору о ЕАЭС.

В случае возникновения противоречий между международными договорами в рамках ЕАЭС и Договором о ЕАЭС приоритет имеет Поэтому согласно ст. 99 Договора о ЕАЭС международные договоры государств-членов, заключенные в рамках формирования договорно-правовой базы ТС и ЕЭП, которые действуют на дату вступления в силу данного Договора,

входят в право Союза в качестве международных договоров в его рамках и применяются в части, ему не противоречащей. Кроме того, согласно Протоколу о функционировании ЕАЭС в рамках многосторонней торговой системы (приложение № 31 к Договору) в рассматриваемом интеграционном объединении к соответствующим отношениям применяется Договор о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы от 19 мая 2011 г.

Другую группу договоров составляют договоры, заключенные после подписания Договора о ЕАЭС, среди которых можно выделить договоры и соглашения, разработку которых он предусматривает. Кроме того, к источникам первичного права ЕАЭС можно отнести и договоры о присоединении Республики Армения и Кыргызской Республики, а также договоры, предусматривающие поправки в источники первичного права.

Разбирая систему источников права ЕАЭС, заметим, что в соответствии с п. 50 Статута Суда ЕАЭС (Приложение 2 к Договору о ЕАЭС), Суд при осуществлении правосудия помимо договора о ЕАЭС, международных договоров в рамках Союза, решений и распоряжений органов Союза применяет общепризнанные принципы и нормы международного права, международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

В отличие от некоторых других интеграционных организаций и правовых систем (в частности, права ЕС), судебная практика Суда ЕАЭС в соответствии с Договором о ЕАЭС не включается в источники права. Пунктом 102 Статута Суда ЕАЭС явно предусмотрено, что Суд не создает новых норм права Союза, не изменяет и (или) не отменяет действующих норм права Союза, а также законодательства государств-членов. Суд обеспечивает единообразное применение Договора о ЕАЭС и других действующих в рамках Союза международных договоров и принимаемых органами ЕАЭС решений (п. 2 Статута Суда ЕАЭС), но из таких решений органов ЕАЭС исключены решения самого Суда. Более того, решение ЕЭК, даже если Суд установит, что оно не соответствует Договору о ЕАЭС или международным договорам в рамках Союза, будет продолжать действовать до тех пор, пока Комиссия его не отменит. ЕЭК обязана в разумный срок, не превышающий 60 календарных дней с даты вступления в силу решения Суда, если иной срок не установлен в решении, его исполнить. В случае же неисполнения решения Суда, Договор о ЕАЭС предусматривает обращение государств-членов в Высший Евразийский экономический совет с целью принятия необходимых мер, связанных с исполнением.

часть 2 статьи 99 Договора устанавливает аналогичную части 1 норму в отношении «решений Высшего Евразийского экономического совета на уровне глав государств, Высшего Евразийского экономического совета на уровне глав правительств и Евразийской экономической комиссии», действующих на дату вступления Договора о ЕАЭС в силу.

Решения Высшего Евразийского экономического совета, Евразийского межправительственного совета и Евразийской экономической комиссии по отношению к Договору о ЕАЭС являются актами вторичного порядка. Решения и распоряжения Высшего совета и Межправительственного совета подлежат исполнению государствами-членами в порядке, предусмотренном их национальным законодательством (п. 1 ст. 6 Договора о ЕАЭС). Реализация странами-членами своих обязательств в рамках ЕАЭС требует соответствующей правовой базы: наличия имплементационного механизма.

Решения Евразийской экономической комиссии - акты ЕАЭС с меньшей юридической силой - являются инструментом текущего регулирования и согласно п. 13 Положения о Евразийской экономической комиссии (далее — Положение о ЕЭК) (приложение № 1 к Договору о ЕАЭС) имеют прямое действие: «Комиссия в пределах своих полномочий принимает решения, имеющие нормативно-правовой характер и обязательные для государств-членов, распоряжения, имеющие организационно-распорядительный характер, и рекомендации, не имеющие обязательного характера. Решения Комиссии входят в право Союза и подлежат непосредственному применению на территориях государств-членов». Именно наличие решений ЕЭК, не требующих ратификации или имплементации в национальное законодательство и являющихся обязательными для стран-членов, превращает Комиссию в эффективно действующий наднациональный регулирующий орган.

Основной вид правовых актов органов ЕАЭС - решения - могут являться не только нормативными, но и индивидуальными правовыми актамм, содержащими требования в отношении конкретного лица. В частности, решения Комиссии в сфере контроля за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках будут являться примерами таких решений.

Действительно, некоторые функции и полномочия требуют от ЕЭК принятия актов, содержащих предписания индивидуального характера, адресованные конкретному субъектам соответствующих экономических отношений. Так, например, Протокол о скоординированной (согласованной) транспортной политике (приложение № 24 к Договору о ЕАЭС) наделяет ЕЭК правом приостанавливать или отменять решения организаций железнодорожного

транспорта по изменению уровня тарифов на грузоперевозки в случаях и в порядке, определенных международными договорами в рамках Союза. Протокол о единых правилах предоставления промышленных субсидий (пункт 6 Приложения №28) предусматривает решения ЕЭК об устранении предоставляющим специфическую субсидию государством-членом условий, приводящих к ущербу отраслям национальной экономики других государств-членов.

В соответствии с Договором о ЕАЭС (статья 111), международные договоры в рамках Союза, международные договоры с третьей стороной и решения органов Союза подлежат официальному опубликованию на официальном сайте Союза в сети Интернет. Проекты правовых актов подлежат опубликованию органами ЕАЭС на его официальном сайте, как минимум, за 30 календарных дней до запланированной даты принятия. Заинтересованные лица могут представить соответствующему органу свои комментарии и предложения. Проекты решений органов Союза, принимаемых в исключительных случаях, требующих оперативного реагирования, могут быть опубликованы в иные сроки.

2.2. Общие правила конкуренции в Договоре о ЕАЭС

Договор о ЕАЭС представляет собой кодифицирующий источник права Союза, в состав которого вошли, в том числе общие принципы и правила конкуренции (разд. XVIII Договора о ЕАЭС).

Основой для разработки раздела об общих принципах и правилах конкуренции послужило Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции, заключенное в Москве 9 декабря 2010 г., утратившее силу в связи со вступлением в силу Договора о ЕАЭС. Данное соглашение содержало основные принципы конкуренции. К числу принципов конкуренции следует отнести:

- принцип равенства в применении норм конкурентного законодательства;
- принцип недопустимости антиконкурентных действий органов власти;
- принцип обеспечения эффективного контроля за экономической концентрацией;
- принцип эффективного администрирования;
- принцип эффективности санкций за совершение антиконкурентных действий;
- принцип информационной открытости;
- принцип эффективного сотрудничества.

При этом смена названия с «единых правил конкуренции» на «общие правила конкуренции» не является случайной. В рамках Договора о ЕАЭС термин «единые правила» корреспондирует закреплённому в абзаце шестом ст. 2 Договора о ЕАЭС термину «единая политика»,

который определяется как *«политика, предполагающая применение государствами-членами унифицированного правового регулирования»*. Вместе с тем, как видно из содержания норм, при разработке соответствующего раздела Договора о ЕАЭС государства-члены не ставили перед собой задачу унификации законодательства в данной сфере. Рассматривая нормы разд. XVIII Договора о ЕАЭС с позиции влияния на конкурентную политику государств-членов, можно отметить, что данный раздел, в первую очередь, устанавливает определенные ориентиры для реализации конкурентной политики на территории государств-членов (принципы конкуренции), а также минимальный набор запретов, которые должны соблюдаться на территориях государств-членов и трансграничных рынках ЕАЭС (правила конкуренции). Вывод о минимальном наборе, в частности, следует из анализа содержания п. 3 ст. 74 Договора о ЕАЭС, который четко предусматривает: *«Государства-члены вправе устанавливать в своем законодательстве дополнительные запреты, а также дополнительные требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных ст. 75 и 76 настоящего Договора»*. По заключению Суда ЕАЭС данная норма наделяет государства-члены компетенцией устанавливать нормызапреты, а не нормыдозволения¹. Иными словами, государства-члены, наметив общую основу и отправные точки, могут самостоятельно развивать свое конкурентное законодательство с учетом особенностей функционирования их товарных рынков, государственного устройства и т.п.

Вместе с тем подходы к регулированию трансграничных рынков соответствуют определению единой политики: Договор о ЕАЭС устанавливает унифицированные правила для них и определяет орган ЕАЭС, ответственный за пресечение нарушений таких правил, его компетенцию и полномочия в данной сфере, меры воздействия и т.п. Фактически Договором о ЕАЭС закреплено создание полнофункционального наднационального антимонопольного органа.

На упомянутом выше понятии «трансграничный рынок» остановиться следует подробнее. Анализ данного понятия позволяет сделать вывод о том, что географические границы такого рынка выходят за границы одного государства и затрагивают территорию нескольких государств-членов. Этот географический критерий и был положен в основу определения трансграничного рынка, содержащегося в п. 2 Критериев отнесения рынка к трансграничному, утвержденных решением Высшего совета от 19 декабря 2012 г. № 29 (с изменениями, внесенными Решением Высшего совета от 26 декабря 2016 г. № 26) (далее — Критерии). Однако необходимо понимать, что для целей определения

компетенции ЕЭК Критериями введен дополнительный критерий, дифференцированный в зависимости от особенностей отдельных общих правил конкуренции (закреплен в пп. 3-5 Критериев¹). Соответственно в случае, если такой дополнительный критерий не соблюдается, пресечение нарушений общих правил конкуренции осуществляется в соответствии с законодательством государств-членов. Необходимо также учитывать, что компетенция ЕЭК не распространяется на нарушения на трансграничных финансовых рынках (п. 7 ст. 76 Договора о ЕАЭС, п. 9 Протокола).

Таким образом, обозначение правил конкуренции как «общих», а не «единых» в полной мере отражает их смешанную природу.

Договор о ЕАЭС (ст. 75 и 76 разд. XVIII) определяет общие принципы и правила конкурентного права в союзе, а национальное антимонопольное законодательство каждого государства-члена должно быть приведено в соответствие с ним. Один из основных принципов, предусмотренный Договором, обязывает государства-члены применять свое антимонопольное законодательство к хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) государств-членов одинаковым образом и в равной мере. При этом ст. 74 обязывает государства-члены проводить согласованную антимонопольную политику в отношении действий хозяйствующих субъектов третьих стран, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на рынках государств-членов. Общие принципы предусматривают также, что уполномоченные органы государств-членов осуществляют взаимодействие. Следует отметить, что нормы конкурентного права содержатся не только в разд. XVIII Договора о ЕАЭС, закрепляющего, как отмечалось, такие основополагающие нормы, как общие принципы и правила конкуренции, ключевые общие положения, касающиеся в том числе сферы применения положений раздела, и затрагивающего вопрос введения государственного ценового регулирования. В свою очередь, реализация этих основополагающих норм осуществляется в соответствии с Протоколом, в котором определяются ключевые понятия, устанавливаются критерии допустимости антиконкурентных соглашений и исключения из запрета таких соглашений. Кроме того, в нем регламентируются вопросы контроля за соблюдением общих правил конкуренции, предусматриваются штрафные санкции за их нарушение на трансграничных рынках, основания освобождения от ответственности в отдельных случаях, регламентируются

¹ Консультативное заключение Суда Союза от 4 апреля 2017 г. № СЕ-2-1/1-17-БК «О разъяснении положений ст. 74, 75, 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г.».

вопросы взаимодействия уполномоченных органов государств-членов между собой и с ЕЭК, а также случаи и условия введения государственного ценового регулирования на территориях государств-членов.

Как отмечалось, общие правила конкуренции, закрепленные в ст. 76 Договора о ЕАЭС, выражаются в запретах на осуществление субъектами определенных действий (бездействия). В частности, запрещаются (не допускаются):

- злоупотребление доминирующим положением;
- недобросовестная конкуренция;
- антиконкурентные¹ соглашения;
- координация экономической деятельности, имеющая антиконкурентный характер.

Договор о ЕАЭС, как и законодательство государств-членов, не устанавливает запрета на занятие хозяйствующим субъектом доминирующего положения. Очевидно, что такое положение, как правило, является результатом конкурентной борьбы.

Запрет на злоупотребление доминирующим положением закреплен в п. 1 ст. 76 Договора о ЕАЭС, согласно которому запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц. Как видно, в данном запрете акцент сделан именно на негативных последствиях поведения..

Пункт 1 также содержит перечень наиболее распространенных практик злоупотребления доминирующим положением. Условно данные практики можно сгруппировать следующим образом:

- ценовые злоупотребления (например, установление, поддержание монопольно высоких (низких) цен);
- злоупотребления, связанные с заключением (незаключением) договоров, их условиями, а также дискриминацией (например, необоснованный отказ от заключения договора с отдельными покупателями);
- злоупотребления, связанные с условиями обращения товаров на рынке (например, необоснованное сокращение производства товара, создание препятствий доступу на товарный рынок других субъектов).

Более подробно формы злоупотребления доминирующим положением будут рассмотрены далее в разд. 3.1.

Приведенный перечень практик (форм злоупотребления) является открытым. Это означает, что любое действие (бездействие) субъекта, занимающего доминирующее положение,

может быть признано уполномоченным органом злоупотреблением доминирующим положением при наличии предусмотренных Договором признаков.

Понятие недобросовестной конкуренции раскрывается не в самом разд. XVIII Договора о ЕАЭС, а в Протоколе. Подпункт четырнадцатый п. 2 Протокола закрепляет определение недобросовестной конкуренции как действий хозяйствующих субъектов (группы лиц), обладающих следующими признаками:

- направленность на получение преимуществ в предпринимательской деятельности;
- противоречие законодательству государств-членов, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- причинение или возможность причинения ущерба другим субъектам-конкурентам либо нанесение (возможность нанесения) вреда их деловой репутации.

Непосредственно запрет на недобросовестную конкуренцию предусмотрен п. 2 ст. 76 Договора о ЕАЭС, которым также установлен открытый перечень форм недобросовестной конкуренции. В частности, в нем перечислены такие формы, как распространение ложных, неточных или искаженных сведений, введение в заблуждение в отношении информации о товаре или его производителях, некорректное сравнение хозяйствующим субъектом своих товаров с товарами других субъектов. Данные формы определены разработчиками Договора о ЕАЭС как наиболее распространенные и получившие признание в государствах-членах, ставших первоначальными участниками Договора о ЕАЭС.

Еще одним запретом, который закреплён в Договоре о ЕАЭС в качестве одного из общих правил конкуренции, является запрет антиконкурентных соглашений.

В п. 3 и 4 ст. 76 Договора о ЕАЭС приводятся закрытые перечни последствий (случаев), при наличии (возможности наступления) которых соглашения между действующими на одном товарном рынке конкурентами и соглашения между приобретателями и продавцами прямо запрещаются и не требуют доказывания негативного влияния (возможности влияния) таких соглашений на конкуренцию.

Любые иные соглашения, в том числе также могут быть признаны антиконкурентными, но уже при условии установления наличия негативных последствий (возможности негативных последствий) заключения таких соглашений для конкуренции Протоколом также устанавливаются случаи допустимости антиконкурентных соглашений, а также исключение из рассматриваемого запрета.

Протоколом также устанавливаются случаи допустимости антиконкурентных соглашений, а также исключение из рассматриваемого запрета.

- Исключение из запрета на все антиконкурентные соглашения предусмотрено п. 7 Протокола и касается соглашений между субъектами одной группы лиц при условии, что либо один из участников соглашения прямо или косвенно контролирует другого участника соглашения либо все участники такого соглашения находятся под контролем третьего лица. Это исключение вполне обоснованно, поскольку при данных обстоятельствах заключение соглашения будет зависеть от волеизъявления только контролирующего лица и исключает наличие реальной договоренности как сути соглашения.

- Однако следует отметить, что данное исключение не распространяется на соглашения между субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) не допускается в соответствии с законодательством государств-членов.

- П. 5 Протокола закрепляет случаи, когда отдельные запрещенные соглашения могут быть признаны допустимыми при наличии совокупности следующих условий:

- соглашения не накладывают излишних ограничений на хозяйствующих субъектов;
- соглашения не создают возможности устранения конкуренции;
- соглашения приводят или могут привести к положительным последствиям, указанным в абзацах первом и втором п. 5 Протокола. При этом прямо запрещенные «горизонтальные» соглашения не могут быть признаны допустимыми на основании п. 5 за исключением соглашений о совместной деятельности.

Кроме того, «вертикальные» соглашения допустимы, если это договор коммерческой концессии либо доля каждого хозяйствующего субъекта на затронутом соглашением товарном рынке не превышает 20%.

Возвращаясь к положениям п. 3 ст. 74 Договора о ЕАЭС (право государств-членов устанавливать дополнительные требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных ст. 75 и 76 Договора о ЕАЭС), ранее упомянутым как один из основных показателей самостоятельности государств-членов в отношении государственной конкурентной политики, нельзя обойти вниманием консультативное

заключение Суда Союза от 4 апреля 2017 г., вынесенное по заявлению Министерства юстиции Республики Беларусь о разъяснении положений Договора, касающихся возможности установления критериев допустимости «вертикальных» соглашений, отличных от рассмотренных Договором о ЕАЭС. Подача данного заявления была связана с разработкой новой редакции закона Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции». В соответствии с действующим законодательством Республики Беларусь (подобную норму предлагается сохранить и в новой редакции названного закона), «вертикальное» соглашение признается допустимым, в частности, если доля каждого хозяйствующего субъекта — участника такого соглашения на любом товарном рынке не превышает 15%. Однако, как видим, данная норма не совпадает с приведенным выше случаем допустимости по Договору о ЕАЭС. Поэтому Суду Союза фактически необходимо было определить, допустимо ли такое расхождение. Проанализировав требующие разъяснения нормы, Суд Союза пришел к выводу, что Договор не наделяет государства-члены правом изменять установленные Договором критерии допустимости «вертикальных» соглашений. Кроме того, Суд Союза также высказал мнение о том, что указание на необходимость расчета доли участника соглашения для целей определения допустимости такого соглашения на *«любом товарном рынке»*, а не на рынке, являющемся предметом соглашения, является не совсем корректным. Если со вторым выводом с точки зрения выстраивания эффективного и прозрачного антимонопольного регулирования можно согласиться, то первый вывод все же не воспринимается так однозначно.

Критерии допустимости неразрывно связаны с самим запретом на «вертикальные» соглашения, поскольку участвуют в формировании границ этого запрета. Любое изменение этих критериев приведет к уменьшению или увеличению сферы действия запрета. Анализ положений п. 4 ст. 76 позволяет прийти к выводу, что Договор о ЕАЭС допускает расширение сферы установленных запретов. При определенных подходах к толкованию расширение сферы запрета на «вертикальные» соглашения может трактоваться и как установление дополнительного запрета, и как установление дополнительного требования к уже имеющемуся запрету.

Запрет на координацию экономической деятельности предусмотрен п. 6 ст. 76 Договора о ЕАЭС. Противоправной признается координация, приводящая (способная привести) к последствиям, аналогичным последствиям прямо запрещенных «горизонтальных» и «вертикальных» соглашений. Кроме того, для национального законодательства прямо предусмотрена возможность распространения данного запрета на от

¹ Под антиконкурентными соглашениями в данном разделе понимаются соглашения, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

крытый перечень последствий, характеризующихся негативным влиянием (возможностью негативного влияния) на конкуренцию. В настоящее время такой подход к запрету на координацию экономической деятельности закреплен в законодательстве Республики Беларусь.

Следует отметить, что выделение запрета на координацию экономической деятельности в качестве самостоятельного общего правила конкуренции не является случайным. С теоретической точки зрения координация ближе всего к понятию «согласованные действия», которое не нашло отражения в Договоре. При этом по сравнению с согласованными действиями сама категория осложнена дополнительным субъектом — координатором, чем и обуславливаются определенные особенности доказывания нарушения и мер реагирования.

Необходимо отметить, что общие правила конкуренции в той или иной степени находят свое отражение в законодательстве всех государств-членов. При этом наибольшим сходством обладают нормы государств-членов, принимавших участие в разработке Договора о ЕАЭС и являвшихся участниками Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции (Республика Беларусь, Республика Казахстан, Российская Федерация). Это обусловлено тем, что общие правила конкуренции как раз и разрабатывались на основе лучших конкурентных практик этих стран. Кроме того, этому способствовала и гармонизация национального (федерального) законодательства, проводившаяся в соответствии со ст. 30 Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции. В настоящее время конкурентное законодательство Кыргызской Республики также содержит нормы, корреспондирующие общим правилам конкуренции, чему способствовала работа, проведенная государством в рамках присоединения к Договору о ЕАЭС.

В Договоре о ЕАЭС не нашел отражения в качестве самостоятельного общего правила конкуренции запрет на антиконкурентные акты государственных органов, а также антиконкурентные соглашения между такими органами, органами местного самоуправления или между ними и хозяйствующими субъектами. В этом вопросе государства-члены сохранили полную самостоятельность, учитывая, что в противном случае ЕЭК была бы наделена беспрецедентными полномочиями по контролю за национальными (федеральными) государственными органами. Однако следует отметить, что необходимость установления в национальном (федеральном) законодательстве государств-членов запретов на антиконкурентные соглашения между органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными осуществляющими их функции органами или организациями либо между ними и хозяйствующими субъектами, а также на предоставление государственных

или муниципальных преференций была закреплена в виде одного из общих принципов конкуренции.

Необходимо также упомянуть о том, что положения разд. XVIII Договора о ЕАЭС применяются и к субъектам естественных монополий. При этом надо учитывать особенности, предусмотренные Договором о ЕАЭС, в частности, разд. XIX и XX, а также соответствующими приложениями к данному Договору.

2.3. Общая характеристика решений Высшего совета и Совета ЕЭК по вопросам конкуренции

Основные акты, касающиеся вопросов конкуренции, были приняты Высшим советом еще до подписания Договора о ЕАЭС:

- Решение «Об утверждении Критериев отнесения рынка к трансграничному» от 19 декабря 2012 г. № 29;
- Решение «О Модельном законе о конкуренции» от 24 октября 2013 г. № 50;
- Решение «О формировании в рамках Суда Евразийского экономического сообщества состава по рассмотрению дел о нарушениях правил конкуренции» от 24 декабря 2013 г. № 57;
- Решение «О передаче Евразийской экономической комиссии полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции на трансграничных рынках на территориях государств — членов Таможенного союза и Единого экономического пространства» от 24 декабря 2013 г. № 58.

Решение № 29 «Об утверждении Критериев отнесения рынка к трансграничному» от 19 декабря 2012 г. определяет компетенцию ЕЭК по пресечению нарушений правил конкуренции и устанавливает, что товарный рынок будет относиться к трансграничному, если его географические границы охватывают территории двух и более сторон.

Пресечение недобросовестной конкуренции будет осуществляться Евразийской экономической комиссией, если хозяйствующий субъект-нарушитель и его конкурент, которому наносится вред, зарегистрированы на территории разных государств-членов. Точно также пресечение ограничивающих конкуренцию соглашений осуществляется ЕЭК, если по крайней мере два хозяйствующих субъекта (субъекта рынка), чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета, зарегистрированы на территории разных государств-членов ЕАЭС.

Для пресечения ЕЭК злоупотребления хозяйствующими субъектами доминирующим положением должна быть выполнена совокупность условий. Для *одной компании*: 1) хозяйствующий субъект должен занимать доминирующее положение на трансграничном товарном рынке, т.е. с учетом методики оценки состояния конкуренции иметь более 50% рынка, и одновременно 2) его доля должна составлять не менее 35% от общего объема товара, обращающегося на территории каждой из сторон, затронутых нарушением.

Для *нескольких компаний*, каждая из которых занимает доминирующее положение на трансграничном товарном рынке (так называемое коллективное доминирование), их доли от общего объема товара, обращающегося на территории каждой из сторон, затронутых нарушением, должны быть не менее 15% и составлять не менее 50% для трех компаний и не менее 70% — для четырех. При этом на товарном рынке должны наблюдаться признаки, позволяющие применить концепцию коллективного доминирования:

- размеры долей хозяйствующих субъектов должны быть стабильны;
- доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;
- ценовая информация доступна неопределенному кругу лиц;
- товар не должен иметь заменителей, а спрос на него — быть неэластичным по цене.

Решение № 50 «О Модельном законе о конкуренции» от 24 октября 2013 г. имеет своей целью сближение национальных правил государств-членов о конкуренции. Несмотря на то, что данное решение не является обязательным для исполнения документом, ожидается, что государства-члены вскоре завершат процедуры по его имплементации. Основные положения Модельного закона отражают правила конкуренции, закрепленные в Договоре о ЕАЭС. Запреты, установленные Договором о ЕАЭС и Модельным законом вобрали в себя лучшие формулировки из законодательства государств-членов с учетом международной практики правоприменения.

Модельный закон носит рекомендательный характер и является ориентиром в законотворческой работе в области конкурентной политики, определяя единые подходы к основным положениям национального законодательства в сфере конкурентной политики государств-членов. В Модельном законе зафиксированы:

- запреты на злоупотребление доминирующим положением, недобросовестную конкуренцию, антиконкурентные соглашения и согласованные действия, а также на антиконкурентные акты и действия государственных органов;
- раскрыты понятия монопольно высокой (низкой) цены товара и группы лиц;
- раскрыты формы и виды государственного контроля за экономической концентрацией;
- определены функции и полномочия антимонопольных органов, в том числе права должностных лиц антимонопольного органа при осуществлении контроля за соблюдением законодательства о конкуренции, ответственность за нарушение запретов, предусмотренных в законе, а также раскрыт порядок принятия и обжалования решений антимонопольного органа.

Решение № 57 «О формировании в рамках Суда Евразийского экономического сообщества состава по рассмотрению дел о нарушениях правил конкуренции» от 24 декабря 2013 г. устанавливает, что из числа назначенных судей государств-членов будет сформирован специальный состав по рассмотрению указанных дел.

Решение № 58 «О передаче Евразийской экономической комиссии полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции на трансграничных рынках на территориях государств — членов Таможенного союза и Единого экономического пространства» от 24 декабря 2013 г. констатировало выполнение условий, предусмотренных Соглашением о единых принципах и правилах конкуренции от 9 декабря 2010 г. (создание необходимой нормативной базы для осуществления контроля и формирование в рамках Суда состава по рассмотрению дел о нарушениях правил конкуренции), в связи с чем ЕЭК передавались соответствующие полномочия.

В состав необходимой нормативной базы для осуществления контроля за соблюдением единых правил конкуренции в соответствии с указанным

Соглашением (ст. 29) были включены следующие документы, которые утверждались ЕЭК:

- 1) методика оценки состояния конкуренции;
- 2) методика определения монопольно высоких (низких) цен;
- 3) методика расчета и порядок наложения штрафов;
- 4) особенности применения правил конкуренции в различных отраслях экономики (в случае необходимости);
- 5) порядок рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении правил конкуренции;
- 6) порядок проведения расследования нарушения правил конкуренции;
- 7) порядок рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции;
- 8) порядок взаимодействия, в том числе информационного, Комиссии Таможенного союза и уполномоченных органов сторон;
- 9) функции и структуру подразделения ЕЭК, обеспечивающего проведение расследований и подготовку материалов дел о нарушении правил конкуренции;
- 10) иные документы, необходимые для обеспечения реализации единых правил конкуренции.

В соответствии с п. 2 Решение №58 вступало в силу по истечении десяти дней с даты вступления в силу Соглашения о порядке защиты конфиденциальной информации и ответственности за ее разглашение при осуществлении ЕЭК полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции. Указанное Соглашение вступило в силу только 12 мая 2015 г.

Состав необходимой нормативной базы для осуществления контроля за соблюдением единых правил конкуренции, которую должна была утвердить ЕЭК, был утвержден еще в 2010 г. Как и предусматривалось, Советом ЕЭК были утверждены:

- Решение № 117 «О Методике определения монопольно высоких (низких) цен» от 17 декабря 2012 г.;
- Решение № 118 «О Методике расчета и порядке наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках» от 17 декабря 2012 г.;
- Решение № 96 «О Порядке взаимодействия, в том числе информационного, Евразийской экономической комиссии и уполномоченных органов государств — членов Таможенного союза и Единого экономического пространства в рамках Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции от 9 декабря 2010 года» от 23 ноября 2012 г.;

- Решение № 97 «О Порядке рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении правил конкуренции» от 23 ноября 2012 г.;
- Решение № 98 «О Порядке проведения расследования нарушений правил конкуренции» от 23 ноября 2012 г.;
- Решение № 99 «О Порядке рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции» от 23 ноября 2012 г.;
- Решение № 7 «О Методике оценки состояния конкуренции» от 30 января 2013 г.

Решение № 117 «О Методике определения монопольно высоких (низких) цен» от 17 декабря 2012 г.¹ Запрет на злоупотребление доминирующим положением путем установления монопольно высокой цены — один из самых старых антимонопольных запретов. Традиционно под такой ценой понимается цена, включающая монополистом компенсацию необоснованных затрат. В качестве метода определения таких затрат помимо детального анализа издержек использовались методы их сравнения с конкурентами и аналогичными компаниями на других рынках. Часто также используются методы анализа уровня рентабельности. Договор о ЕАЭС содержит определение монопольной цены, которое, по сути, вводит дополнительный критерий — критерий цены сопоставимого рынка — непосредственно в формулировку этой правовой категории (приложение № 19 к Договору о ЕАЭС): *«монопольно высокая цена» — цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом (субъектом рынка), если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке».*

Данная методика соответственно должна определять процесс установления ЕЭК факта превышения необходимых затрат и критерии отнесения рынков к категории сопоставимых. Для этих целей п. 9 Методики говорит, что ЕЭК применяет анализ (без указания на содержание его отдельных шагов):

а) динамики различных видов цен (средневзвешенных, для различных видов покупателей и др.);

¹ Первоначально акт имел название «О Методике определения монопольно высоких и монопольно низких цен», однако решением Совета от 18 октября 2016 г. № 95 в его наименование и наименование методики были внесены изменения.

б) Первоначально акт назывался «О Методике расчета и порядке наложения штрафов, предусмотренных Соглашением о единых принципах и правилах конкуренции», однако решением Совета ЕЭК от 18 октября 2016 г. № 105 в его наименование и наименование методики были внесены изменения. б) себестоимости производства товара и структуры коммерческих расходов на его реализацию (в том числе обоснованности всех видов затрат), а также динамики себестоимости (в том числе сопоставление темпов роста себестоимости (отдельных элементов затрат));

в) динамики инвестиций в нефинансовые активы;

г) динамики различных видов валовой прибыли и направлений ее распределения (в том числе на выплату дивидендов и инвестиционную деятельность);

д) рентабельности производства, продаж, активов;

е) динамики объемов производства (продаж) товара.

Одновременно п. 7 устанавливает, что повышение цен хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, признается установлением монопольно высоких цен, если остаются неизменными условия обращения товара на рынке.

Аналогичные нормы (только для снижения цен и превышения затратами цен) применяются и для определения монопольно низких цен..

Значительный интерес представляет конкретизация поиска сопоставимого рынка по сравнению с условиями Договора о ЕАЭС, содержащаяся в рассматриваемой Методике. В соответствии с п. 11 для определения сопоставимости товарных рынков проверяется наличие в совокупности следующих условий:

а) сопоставляемые рынки относятся к одному типу (оптовые, розничные);

б) отсутствуют существенные различия по составу участников, сопоставимы уровень концентрации и объем рынка;

в) отсутствуют существенные различия в общих условиях обращения товара на рынке (сопоставимы экономико-географические, природно-климатические условия);

г) отсутствуют существенные различия в условиях доступа на товарные рынки (в том числе уровень первоначальных вложений и отсутствие преференций отдельным производителям);

д) отсутствуют существенные различия в налогообложении и таможенно-тарифном регулировании.

Можно предположить, что в дальнейшем возникнет дискуссия, должны ли эти критерии выполняться совместно и как будет определяться факт установления (неустановления) монопольно высокой цены при отсутствии сопоставимого рынка.

По-видимому, ответ именно на эти вопросы и должна дать формулировка п. 13 Методики в редакции, введенной в действие с 21 декабря 2016 г. решением Совета

ЕЭК от 18 октября 2016 г. № 95: «*Определение наличия сопоставимых товарных рынков не требуется, если сопоставляется цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом (субъектом рынка), и цена, сформировавшаяся в условиях конкуренции на этом же товарном рынке в предшествующий нарушению общих правил конкуренции на трансграничных рынках период*».

Решение № 118 «О Методике расчета и порядке наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках» от 17 декабря 2012 г.¹ Данные Методика и порядок были разработаны ЕЭК в соответствии с Соглашением о единых принципах и правилах конкуренции и приняты в 2012 г. Позже Договор о ЕАЭС (п. 11 Протокола) установил, что для целей осуществления полномочий по контролю за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках ЕЭК, утверждает методику расчета и порядок наложения штрафов. Соответственно этот акт сохранил свое действие.

Минимальные и максимальные размеры штрафов установлены Договором о ЕАЭС (разд. IV указанного Протокола). Данная Методика важна тем, что определяет, какие обстоятельства признает смягчающими ответственность, а какие — отягчающими. Так, к числу первых отнесены: добровольное прекращение нарушения, добровольное возмещение причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда, добровольное сообщение о нарушении, оказание содействия ЕЭК при рассмотрении дела, предотвращение вредных последствий нарушения, получение обязательных указаний участвовать в соглашении, неисполнение заключенного соглашения. А к числу вторых: повторность нарушения, длительность нарушения более года, непосредственная организация соглашения (нарушитель является организатором). Для каждого обстоятельства установлены весовые коэффициенты и расчетная формула, позволяющие определить приблизится ли величина штрафа к нижней или верхней границе размера, предусмотренного Договором о ЕАЭС.

¹ Первоначально акт назывался «О Методике расчета и порядке наложения штрафов, предусмотренных Соглашением о единых принципах и правилах конкуренции», однако решением Совета ЕЭК от 18 октября 2016 г. № 105 в его наименование и наименование методики были внесены изменения.

Решение № 96 «О Порядке взаимодействия, в том числе информационного, Евразийской экономической комиссии и уполномоченных органов государств — членов...» от 23 ноября 2012 г. Данное решение определяет порядок взаимодействия ЕЭК с уполномоченными органами государств-членов в следующих случаях:

- 1) наблюдение ЕЭК за обеспечением соблюдения уполномоченными органами сторон правил конкуренции. Данное наблюдение осуществлялось до передачи ЕЭК полномочий по контролю за трансграничными рынками и предусматривало направление антимонопольными органами государств-членов копий своих решений о возбуждении дел на трансграничных рынках и механизм дальнейшего предоставления информации по запросам ЕЭК;
- 2) принятие уполномоченными органами сторон решений о передаче ЕЭК заявлений на рассмотрение. Здесь, в частности предусматривается, что органы государств-членов направляют в ЕЭК обращение и указывают границы товарного рынка, на котором выявлены признаки нарушения, а ЕЭК (член ее Коллегии) имеет возможность принять решение о проведении расследования, передаче заявления по подведомственности в другие уполномоченные органы, либо о возвращении заявления;
- 3) принятие ЕЭК решений о передаче уполномоченным органам сторон заявлений на рассмотрение. Решение о передаче ЕЭК заявления на рассмотрение уполномоченному органу стороны принимается на любой стадии его рассмотрения в случае, если ЕЭК установит, что пресечение нарушения правил конкуренции относится к компетенции уполномоченного органа стороны. Здесь уже ЕЭК должна указать в своем обращении в уполномоченный орган границы товарного рынка, на котором выявлены признаки нарушения;
- 4) проведение ЕЭК расследования нарушения правил конкуренции. Член ее Коллегии вправе направлять в уполномоченные органы сторон запросы о представлении информации и документов. Срок, в течение которого информация должна быть представлена, должен составлять не менее десяти рабочих дней с даты получения запроса и не более 30 дней¹. В исключительных случаях, если ответ на запрос ЕЭК не может быть направлен в нее в указанный срок в связи с необходимостью проведения дополнительного

¹ Данный срок определен Регламентом работы ЕЭК, утвержденным Решением Высшего совета от 23 декабря 2014 г. № 98 (п. 99).

рассмотрения или получения дополнительной информации, орган исполнительной власти государства-члена, которому был направлен запрос, в письменной форме информирует ЕЭК о сроках подготовки ответа;

- 5) рассмотрение ЕЭК дел о нарушении правил конкуренции. Здесь действуют аналогичные правила, но срок, в течение которого информация должна быть представлена в ЕЭК, сокращён и должен составлять не менее пяти дней, так как дело о нарушении общих правил конкуренции уже находится в стадии рассмотрения.

Решение № 97 «О Порядке рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении правил конкуренции» от 23 ноября 2012 г. определяет действия ЕЭК при поступлении заявления (материалов) о нарушении. Заявления о нарушении правил конкуренции подаются в ЕЭК юридическими и физическими лицами. Материалы о нарушении правил конкуренции, рассмотрение которых входит в компетенцию ЕЭК, представляются в нее органами государственной власти государств-членов.

Комиссия в срок, не превышающий 30 рабочих дней со дня регистрации заявления (материалов) в ней, рассматривает заявление (материалы) и по результатам рассмотрения подготавливает одно из следующих определений:

- о проведении расследования нарушений правил конкуренции;
- о передаче заявления (материалов) по подведомственности в уполномоченные органы;
- о возвращении заявления (материалов).

Решение № 98 «О Порядке проведения расследования нарушений правил конкуренции» от 23 ноября 2012 г. определяет наиболее важные процедурные нормы, связанные с расследованием. Так, в соответствии с этим решением расследование проводится в срок, не превышающий 60 рабочих дней со дня подписания определения о проведении расследования. В случае недостаточности сведений, позволяющих сделать вывод о наличии или об отсутствии признаков нарушения правил конкуренции, для сбора и анализа дополнительных сведений член Коллегии ЕЭК, курирующий вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования, вправе продлить срок проведения расследования, но не более чем на 60 рабочих дней.

По результатам проведения расследования член Коллегии ЕЭК, курирующий вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования, выносит одно из следующих определений:

- о возбуждении и рассмотрении дела о нарушении правил конкуренции;
- об отказе в возбуждении дела о нарушении правил конкуренции;
- о передаче заявления (материалов) по подведомственности в уполномоченные органы.

Решение № 99 «О Порядке рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции» от 23 ноября 2012 г., по сути, устанавливает правила квазисудебной процедуры принятия административного решения. Это то, что за рубежом часто именуют «административной юстицией» — рассмотрение и принятие решения по проекту индивидуального акта в открытом заседании, характерное для англо-саксонской системы права. Важнейшими элементами таких норм являются оповещение всех заинтересованных лиц о предстоящем рассмотрении их дела и предоставление им возможности участвовать в его рассмотрении.

Порядок устанавливает детально описанную, формальную процедуру проведения заседания по рассмотрению дела о нарушении (детально будет рассмотрена в соответствующем параграфе).

Порядок рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции устанавливает, что число членов комиссии по рассмотрению дела должно быть не менее трех человек. Дело рассматривается на заседании данной комиссии. Срок рассмотрения дела не может превышать 60 рабочих дней со дня вынесения определения о возбуждении и рассмотрении дела. При необходимости получения дополнительной информации для принятия решения срок рассмотрения дела может быть продлен, но не более чем на 30 рабочих дней. (Таким образом, от момента поступления заявления до окончательного решения может пройти более 11 месяцев — 240 рабочих дней с учетом возможных продлений).

Решение № 7 «О Методике оценки состояния конкуренции» от 30 января 2013 г. устанавливает аналитическую процедуру, в соответствии с которой ЕЭК принимает решение о границах товарного рынка и долях, которые занимают на нем компании. Это является основой для принятия решения о наличии или отсутствии у них доминирующего положения (детально будет рассмотрена в разд. 3.4.).

2.4. Вопросы соотношения национального и наднационального антимонопольного законодательства. Право ЕАЭС и международное право

Любая правовая система в силу естественных причин, связанных с динамикой развития общественных отношений, изменением обстоятельств, появлением новых вызовов, неизбежно сталкивается с таким негативным явлением, как конфликты (коллизии) различных входящих в нее норм и предписаний. Юридические коллизии создают определенные препятствия для нормального функционирования правовой системы, поскольку порождают ситуацию неопределенности, предполагая сразу несколько вариантов решения одного и того же правового вопроса, тем самым затрудняя правоприменительную деятельность.

Для преодоления подобных коллизий в юридической практике предусмотрено несколько общепринятых правил. Во-первых, если противоречат друг другу акты одного и того же органа, изданные в разное время по одному и тому же вопросу, то применяется последний по времени акт, исходя из принципа, согласно которому закон последующий отменяет закон предыдущий. Во-вторых, если акты изданы одновременно, но разными органами, то применяется акт, обладающий более высокой юридической силой по принципу иерархии. Например, при конфликте между законом и подзаконным нормативным актом (постановлением правительства, приказом министерства) приоритет имеет первый. В-третьих, если расходятся общий и специальный акты одного уровня, то преимущество имеет специальный акт. В праве ЕАЭС данные правила закреплены и детально регламентированы в ст. 6 Договора о ЕАЭС.

Описанные приемы могут с успехом применяться для решения юридических коллизий внутри какой-либо одной регуляторной системы. Однако если возникает коллизия между нормами разных, формально не связанных между собой иерархической подчиненностью регуляторных комплексов (или правовых режимов), нужен очень внимательный юридический анализ на предмет соотношения норм и правопорядков между собой.

Применительно к праву ЕАЭС потенциальные коллизии могут возникнуть между нормами сразу трех различных правопорядков: международного права (в частности, ВТО), права ЕАЭС и права государств-членов (рис. 1). Что здесь будет иметь приоритет и как будут разрешаться коллизии?



Рис. 1. Возможные правовые коллизии

2.4.1. Право ЕАЭС и право государств-членов в сфере антимонопольного регулирования

Договор о ЕАЭС является международным договором. Следовательно, его соблюдение, применение и толкование регулируются нормами Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (далее — Венская конвенция). Статья 26 Венской конвенции содержит правило о том, что каждый действующий международный договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться. Согласно ст. 27 Венской конвенции участники международного договора не могут ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения ими договора.

Данные положения Венской конвенции обуславливают приоритет Договора о ЕАЭС над нормами законодательства государств-членов. Иными словами, если Договор о ЕАЭС предусматривает обязательные нормы, которые государства-члены обязались соблюдать, то они будут иметь приоритет над внутренним законодательством соответствующих стран. При этом государства-члены имеют разную степень усмотрения при регулировании различных отраслей экономики в зависимости от того, к какому виду политики относится тот или иной вопрос. Статьей 1 Договора о

ЕАЭС установлено, что в Союзе реализуется единая, скоординированная и согласованная политика.

В ст. 2 Договора о ЕАЭС «единая политика» определяется как политика, осуществляемая государствами-членами в определенных ими сферах, предусмотренных Договором о ЕАЭС, предполагающая применение государствами-членами унифицированного правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза в рамках их полномочий.

«Скоординированная политика» — это политика, предполагающая осуществление сотрудничества государств-членов на основе общих подходов, одобренных в рамках органов Союза, необходимых для достижения его целей, предусмотренных Договором.

«Согласованная политика» означает политику, осуществляемую государствами-членами в различных сферах и предполагающую гармонизацию правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза, в такой степени, которая необходима для достижения его целей, предусмотренных Договором.

Как разъяснил Суд ЕАЭС в своем консультативном заключении от 4 апреля 2017 г., *«для отнесения определенной сферы к единой политике необходимо соответствие следующим условиям: 1) наличие унифицированного правового регулирования; 2) передача государствами-членами компетенции в данной сфере органам Союза в рамках их наднациональных полномочий. Для отнесения сферы общественных отношений к скоординированной политике достаточно установления общих подходов, в том числе одобренных в органах Союза, и при направленности их на достижение целей Союза».*

Соответственно наибольшая степень усмотрения государств остается в рамках согласованной и скоординированной политики, а наименьшая — в рамках единой политики, где компетенция передается органам ЕАЭС.

К какой же сфере относится осуществление антимонопольного регулирования и на каком уровне (национальном или евразийском) оно осуществляется? Этому вопросу посвящен разд. XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» Договора о ЕАЭС, а также Протокол.

Внимательное прочтение положений названных документов позволяет прийти к нескольким важным выводам.

Во-первых, в настоящее время антимонопольное регулирование осуществляется сразу на двух уровнях — на уровне ЕАЭС (отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов¹) и на национальном уровне (реализация конкурентной (антимонопольной) политики на территориях государств-членов). Однако государства-члены не передавали полностью свою компетенцию в данной сфере органам ЕАЭС, часть компетенции они оставили за собой.

Во-вторых, конкурентное право Союза включает все три вида политик (единой, скоординированной и согласованной), применение которых зависит от таких критериев, как 1) характер рынка (национальный или трансграничный) и 2) национальность хозяйствующего субъекта (субъект рынка государства-члена или субъект). Единая политика реализуется в области защиты конкуренции на трансграничных рынках, скоординированная политика — в области защиты конкуренции на национальных рынках, а согласованная политика — в отношении действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьих стран, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов.

Реализация защиты конкурентной политики на территориях государств-членов должна соответствовать требованиям, предусмотренным ст. 75-76 Договора о ЕАЭС («Общие принципы и правила конкуренции»). В остальных вопросах защиты конкуренции на национальных рынках они обладают свободой усмотрения. Так, они могут развивать и конкретизировать в своем законодательстве общие принципы и правила конкуренции, установленные на уровне ЕАЭС. Они также могут вводить в своем законодательстве дополнительные запреты, требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных ст. 75 и 76 Договора о ЕАЭС, что прямо указано в п. 3 ст. 74 данного Договора.

В связи с этим уместно обратить внимание на разъяснения, данные Судом ЕАЭС в своем консультативном заключении от 4 апреля 2017 г.: *«применительно к регулированию конкуренции в Союзе Большая коллегия Суда отмечает, что статья 74 Договора предоставляет государствам-членам определенную свободу усмотрения при регулировании*

¹ Решение Высшего совета от 19 декабря 2012 г. «Об утверждении критериев отнесения рынка к трансграничному».

отношений конкуренции на своем внутреннем рынке. Эта свобода усмотрения предполагает, что при принятии норм права государства должны находить разумный баланс между развитием своего внутреннего рынка и эффективным функционированием трансграничного рынка, предполагающий, что ни государства-члены, ни органы Союза не должны вторгаться в компетенцию друг друга. Учитывая, что государства — члены Союза в статье 4 Договора заявили о своем стремлении к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза, Большая коллегия Суда полагает, что для этого государствам — членам Союза следует гармонизировать законодательство таким образом, чтобы избежать формирования различной правоприменительной практики и, как следствие, создания неравных условий для осуществления предпринимательской деятельности на территории Союза».

Таким образом, мы видим, что в Договоре о ЕАЭС заложен механизм преодоления коллизий, которые потенциально могут возникнуть между национальным и наднациональным регулированием. Данный механизм исходит из следующего:

- в области единой политики приоритет всегда принадлежит наднациональному регулированию;
- в области скоординированной политики приоритет отдается наднациональному регулированию, но только в той части, которая прямо урегулирована правом Союза (общие принципы и правила защиты конкуренции);
- в остальном, что находится за рамками обязательных норм Договора о ЕАЭС и касается внутреннего рынка государств-членов, приоритет принадлежит национальному регулированию.

Другим важным вопросом является возможность государств-членов отступить от своих международных обязательств по Договору о ЕАЭС. Существуют ли исключения из общего правила, рассмотренного выше?

Ответ на этот вопрос содержится в п. 5 ст. 74 Договора о ЕАЭС, который гласит, что «ничто в настоящем разделе не должно толковаться как препятствие для любого государства-члена предпринимать любые меры, которые оно считает необходимыми для защиты важнейших интересов обороны страны или безопасности государства». При наличии исключительных обстоятельств, перечисленных в п. 5 ст. 74 Договора о ЕАЭС (например, введение военного положения или иные экстраординарные

ситуации), государства-члены могут отступить от своих обязательств согласно разд. XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» Договора о ЕАЭС, а также Протокола, если это будет необходимо для защиты обороны или безопасности.

2.4.2. Право ЕАЭС и международное право (на примере соотношения права ЕАЭС и ВТО)

Право ВТО и право ЕАЭС регулируют сходные правовые отношения, но при этом формально не подчиняются друг другу и представляют собой самостоятельные правовые режимы. Риск возникновения коллизий между правом ЕАЭС и правом ВТО в действительности реально существует, так как их сферы регулирования частично совпадают (в частности, таможенно-тарифное и нетарифное регулирование, техническое регулирование, санитарные и фитосанитарные меры). Кроме того, следует учесть и тот факт, что государства — члены ЕАЭС вступали в ВТО на разных условиях, которые довольно непросто привести к единому знаменателю, а также то обстоятельство, что пока не все государства — члены ЕАЭС стали членами ВТО (исключение составляет Республика Беларусь). Соответственно, международные обязательства государств, взятые на себя в рамках ВТО и в рамках ЕАЭС, не совпадают. Схематично существующие взаимосвязи могут быть изображены так, как это показано на рис. 2.

В таких условиях на первый план выходит необходимость согласования, синхронизации регулирования в рамках этих двух правопорядков. И право ВТО, и право ЕАЭС содержат определенные нормы, направленные на преодоление возможных коллизий.

С точки зрения права ВТО такими нормами являются положения, посвященные особенностям правового регулирования в рамках таможенных союзов. Например, п. 5 ст. XXIV ГАТТ-1994 предусматривает, что его положения не препятствуют образованию ТС, если барьеры в торговле со странами — членами ВТО, не вошедшими в ТС, не станут более высокими, чем до образования союза. Если при формировании ТС окажется, например, что страна должна увеличить ставку пошлины, то применяется процедура модификации обязательств через переговорный процесс с другими членами ВТО (в соответствии со ст. XXVIII ГАТТ-1994). Аналогичные положения применительно к торговле услугами содержатся в ст. V ГАТС.



Рис. 2. Взаимодействие правовых систем

С точки зрения права ЕАЭС центральную роль в вопросе согласования правопорядков ВТО и ЕАЭС играет Договор от 19 мая 2011 г. «О функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы» (далее — Договор 2011 г.), являющийся неотъемлемой частью права ЕАЭС (приложение № 31 к Договору о ЕАЭС). Договор 2011 г. изначально преследовал цель избежать противоречий между обязательствами членов Таможенного союза и обязательствами, вытекающими из членства в ВТО. Для этого в Договоре 2011 г. был заложен определенный механизм, который применяется для снятия потенциальных противоречий норм ЕАЭС и ВТО¹. Основными подходами, на которых базируется Договор 2011 г., являются следующие.

Во-первых, Договор 2011 г. провозглашает Марракешское соглашение об учреждении ВТО (далее — Марракешское соглашение), включая обязательства государств — членов ЕАЭС, принятые ими в качестве условий присоединения к ВТО, составной частью правовой

¹ О толковании данного Договора Судом ЕАЭС см.: Решение от 24 июня 2013 г. «Об отказе в удовлетворении заявления о признании не соответствующим международным договорам, заключенным в рамках Таможенного союза и Единого экономического пространства», а также Решение Комиссии Таможенного союза от 9 декабря 2011 г. № 904, «О мерах по защите экономических интересов производителей стальных кованых валков для прокатных станков в Таможенном союзе».

системы ЕАЭС (п. 1 и 3 ст. 1 Договора 2011 г.).

Во-вторых, Договор 2011 г. устанавливает приоритет Марракешского соглашения, включая обязательства государств — членов ЕАЭС, принятые ими в качестве условий присоединения к ВТО, над соответствующими положениями международных договоров, заключенных в рамках ЕАЭС, и решений, принятых его органами, так как члены ЕАЭС обязались принимать меры для приведения правовой системы ЕАЭС и решений его органов в соответствие с Марракешским соглашением (ст. 2.1 Договора 2011 г.).

В-третьих, Договор 2011 г. исходит из необходимости проведения скоординированной политики государств — членов ЕАЭС и органов ЕАЭС в их отношениях с ВТО (п. 3, 4 и 5 ст. 1 Договора 2011 г.).

В-четвертых, Договор 2011 г. не препятствует более либеральному регулированию международной торговли в рамках ЕАЭС по сравнению с тем, что требуется согласно Марракешскому соглашению (п. 3 ст. 2 Договора 2011 г.).

Действие механизма, заложенного рассматриваемым Договором 2011 г., можно проиллюстрировать на конкретных примерах, касающихся отдельных стран ЕАЭС.

Республика Армения. В связи с подписанием 10 октября 2014 г. Договора о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г., которая уже на тот момент была членом ВТО, также возник вопрос о необходимости согласования правового режима ЕАЭС и обязательств Республики Армения в соответствии с соглашениями ВТО, поскольку ставки ввозных таможенных пошлин не являлись унифицированными с ЕТТ ЕАЭС.

Решением Совета ЕЭК от 10 декабря 2014 г. № 113 был утвержден Перечень товаров и ставок, в отношении которых в течение переходного периода Республикой Армения применяются ставки ввозных таможенных пошлин, отличные от ставок Единого таможенного тарифа Евразийского экономического союза, который определил особенности обращения некоторых товаров, ввезенных на территорию Республики Армения из третьих стран.

В разд. IV Приложения № 3 к Договору о присоединении Республики Армения к Договору о ЕАЭС от 10 октября 2014 г. содержались нормы о том, что после присоединения Республики Армения к ЕАЭС с членами ВТО будут проводиться переговоры по изменению ее соответствующих тарифных обязательств, в результате чего могут быть внесены соответствующие изменения в ЕТТ ЕАЭС.

Республика Беларусь еще не стала членом ВТО, что объясняет отсутствие расхождений между ее обязательствами по ВТО и участием в ЕАЭС. Она является единственным государством ЕАЭС, за которым сохраняется право легально

отступать от положений Марракешского соглашения на основании п. 6 ст. 1 Договора 2011 г.

Вполне очевидно, что подходы в области соотношения права и механизмов ВТО и ЕАЭС, а также инструменты обеспечения их совместимости находятся в стадии формирования. Они будут уточняться и детализироваться в дальнейшем по мере накопления соответствующего опыта, в том числе (что нельзя исключать) и через судебное толкование соответствующих положений Судом Союза.

Республика Казахстан. 27 июля 2015 г. Республика Казахстан подписала Протокол о присоединении Республики Казахстан к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г. Данный Протокол содержит пониженные ставки тарифа по сравнению со ставками ЕТТ ЕАЭС, которые Республика Казахстан обязалась применять.

В связи с этим возникла необходимость внесения соответствующих изменений в правовое регулирование на уровне ЕАЭС (п. 3 ст. 1 Договора 2011 г.), несмотря на то, что обязательства Республики Казахстан в соответствии с Протоколом о присоединении к ВТО напрямую не распространялись на других членов ЕАЭС. Впоследствии были приняты документы, определяющие особенности обращения некоторых товаров, ввезенных на территорию Республики Казахстан из третьих стран или происходящих с территории Республики Казахстан (Решение Совета ЕЭК от 14 октября 2015 г. № 59 «О перечне товаров, в отношении которых Республикой Казахстан в соответствии с обязательствами, принятыми в качестве условия присоединения к Всемирной торговой организации, применяются ставки ввозных таможенных пошлин, более низкие по сравнению со ставками пошлин ЕТТ ЕАЭС, и размеров таких ставок пошлин», Протокол о некоторых вопросах ввоза и обращения товаров на таможенной территории Евразийского экономического союза» от 16 октября 2015 г.), а также даны соответствующие поручения о проработке вопроса о возможности изменения ставок ЕТТ в отношении отдельных товаров в соответствии с обязательствами Казахстана перед ВТО (Решение Высшего совета от 16 октября 2015 г. № 22 «О некоторых вопросах, связанных с присоединением Республики Казахстан к Всемирной торговой организации»).

Кыргызская Республика. В связи с подписанием Договора от 23 декабря 2014 г. о присоединении Кыргызской Республики к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года, которая на тот момент, как и Республика

¹ Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности, подписана в Стокгольме 14 июля 1967 г., изменена 2 октября 1979 г. URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/text.jsp?ffile_id=283807>.

Армения, уже была членом ВТО, возникли схожие проблемы адаптации правовых режимов.

С этой целью 8 мая 2015 г. был подписан Протокол об условиях и переходных положениях по применению Кыргызской Республикой Договора о ЕАЭС, отдельных международных договоров, входящих в право Евразийского экономического союза, и актов органов Евразийского экономического союза в связи с присоединением Кыргызской Республики к Договору о ЕАЭС, который детально определил особенности переходного периода вхождения Кыргызской Республики в ЕАЭС, включая вопросы таможенно-тарифного регулирования и вопросы, связанные с членством в ВТО, аналогичные тем, которые содержались в Договоре о присоединении Республики Армения к Договору о ЕАЭС от 10 октября 2014 г.

Российская Федерация. В связи со вступлением Российской Федерации в ВТО в 2012 г. положения Марракешского соглашения, как они определены в Протоколе о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г., стали частью правовой системы Таможенного союза, а затем — ЕАЭС. По этой причине ставки Единого таможенного тарифа ЕАЭС должны соответствовать тому, что было зафиксировано в указанном Протоколе согласно п. 2 ст. 1 Договора 2011 г.

ГЛАВА 3.

Основные виды нарушений общих правил конкуренции и вопросы их доказывания

3.1. Недобросовестная конкуренция

3.1.1. Недобросовестная конкуренция в контексте Договора о ЕАЭС

В соответствии с п. 5 ст. 75 Договора о ЕАЭС реализация и проведение конкурентной (антимонопольной) политики предусматривает контроль за соблюдением запрета на недобросовестную конкуренцию.

Понятие «недобросовестная конкуренция» в праве ЕАЭС закреплено в пп. 14 п. 2 ст. 1 Протокола, в соответствии с которым недобросовестной конкуренцией являются любые действия: а) направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) (групп лиц), которые б) противоречат законодательству государств-членов, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и в) причинили или могут причинить ущерб другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) — конкурентам г) либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Государства — члены ЕАЭС участвуют в ключевых международных договорах регулирующих вопросы недобросовестной конкуренции, например в Конвенции по охране промышленной собственности, подписанный в Париже 20 марта 1883 г. (далее — Парижская конвенция). Кроме того, государства — члены ЕАЭС являются членами Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС)¹, самофинансируемого учреждения ООН. Цель организации — содействие охране интеллектуальной собственности, в частности, защите от недобросовестной конкуренции². Таким образом, законодательство ЕАЭС, регулирующее вопросы недобросовестной конкуренции, является частью системы международного регулирования в данной области.

В п. 2 ст. 76 Договора о ЕАЭС поименованы следующие формы недобросовестной конкуренции:

1. Распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации. Данная форма недобросовестной конкуренции также называется дискредитацией. Термин «дискредитация» отдельно упоминается в законодательстве государств — членов ЕАЭС, в частности, в законодательстве Республики Беларусь и Республики Казахстан.

Подобные действия хозяйствующих субъектов имеют своей целью подрыв доверия потребителей к хозяйствующему субъекту-конкуренту и привлечение потребителей к собственной продукции/товарам/услугам. Объектами дискредитации являются как товары конкурентов, так и условия их реализации, а кроме того, состояние товарного рынка, на котором реализуется товар.

Однако не всякое распространение недостоверных сведений — акт недобросовестной конкуренции. Таковым следует считать лишь то, которое выражается в отказе от ведения честной конкурентной борьбы, действительно способно нанести вред конкуренту, дискредитировав его и тем самым нанести вред состоянию конкуренции на товарном рынке.

В соответствии с приведенной законодательной формулировкой можно выделить три признака дискредитации:

1. Распространение информации (сведений). В данном случае под распространением следует понимать действия, в результате которых информация становится известна третьим лицам (или хотя бы одному лицу).

Как правило, антимонопольными органами термин «распространение» толкуется широко. Например, в соответствии с законодательством Республики Беларусь, распространение информации может осуществляться хозяйствующим субъектом как непосредственно, так и через других лиц, в том числе в средствах массовой информации, рекламных и иных изданиях, через любые электронные средства массовой информации и иными способами.

На практике также встречаются случаи правовой оценки на предмет квалификации действий в качестве недобросовестной конкуренции размещения информации на интернет-форуме. В российских реалиях в подобных ситуациях позиция антимонопольного органа и арбитражных судов заключается в невозможности квалификации в качестве нарушения антимонопольного законодательства действий участников форума при недоказанности их связи с владельцем интернет-сайта, на котором такой форум функционирует, либо того, что информация размещается самим владельцем такого интернет-сайта¹.

2. Недостоверность распространяемых сведений.

Информация может обладать следующими свойствами:

- ложность (полное несоответствие информации действительному положению дел);
- искаженность (интерпретация хозяйствующим субъектом информации о существующем или состоявшем факте, действии, событии применительно к конкуренту в такой форме, которая приведет к ее негативному восприятию третьими лицами, включая потребителей);
- неточность (распространение информации о конкуренте не в полном объеме, что не позволяет всестороннее ее воспринять, получить исчерпывающе верное представление о факте/действии/событии). При этом важно отметить, что в случае, если хозяйствующим субъектом распространяется достоверная информация о конкуренте, подрывающая доверие потребителей к данному хозяйствующему субъекту-конкуренту, то такое действие не может считаться актом недобросовестной конкуренции.

3. Причинение вреда/ущерба деловой репутации хозяйствующему субъекту. Распространение сведений может привести к одному из следующих последствий:

- причинение убытков хозяйствующему субъекту. При трактовке данного признака следует исходить из понятия «убытков», данного в гражданском законодательстве государств-членов. Гражданский кодекс каждого государства-члена включает в понятие убытков следующие элементы:
 - 1) реальный ущерб (расходы, которые произведены или должны быть произведены лицом, право которого нарушено, для его восстановления, а также утрата или повреждение его имущества);
 - 2) упущенная выгода (неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16 февраля 2016 г. по делу № А40-72304/2015.

нарушено), например, в случае, если действия могут привести к потере клиентуры конкурентом. 3) нанесение ущерба деловой репутации организации. При этом деловая репутация организации может быть нарушена путем распространения порочащих сведений как о самой организации, так и о ее сотрудниках и руководителях.

II. Введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей. Принципиальная разница между дискредитацией и введением в заблуждение состоит в том, что введение в заблуждение является следствием распространения позитивной информации о деятельности самого распространителя информации или производителях реализуемого им товара. Однако распространяемая при введении в заблуждение информация также должна не соответствовать действительности.

Законодательная формулировка, приведенная выше, содержит перечень объектов, в отношении которых возможно введение в заблуждение:

- характер и способ производства, т. е. применяемые при производстве технологии и иные условия производства товара;
- место производства, т. е. географический объект, на территории которого осуществлялось производство товара (например, использование обозначений, цветовых решений, которые ассоциируются с каким-либо географическим объектом, вследствие чего потребители делают вывод о его производстве в том или ином регионе);
- потребительские свойства товара, т. е. свойства, проявляющиеся в процессе потребления товара, а также количество и качество товара как совокупность тех или иных потребительских свойств;
- производители товара, т. е. те хозяйствующие субъекты, которые произвели товар для его последующей реализации.

Такая форма недобросовестной конкуренции, как введение в заблуждение, обсуждалась и на IX Астанинском экономическом форуме. Как отметил в своем докладе на форуме занимавший в то время пост министра Коллегии ЕЭК по конкуренции и антимонопольному регулированию Нурлан Алдабергенов, «путаница с названиями продукции», сложившаяся на трансграничных рынках, способна ввести покупателей в заблуждение относительно производства и производителя продукции. Так, в оформлении этикеток концентрированного и сгущенного молока, произведенного в Республике Беларусь, которое продается в Российской Федерации, используются национальный орнамент, изображение юрты, слова и словесные обозначения, ассоциирующиеся у потребителей с

Казахстаном. В Российской Федерации производится лапша «Бешбармак», по дизайну упаковки схожая с продукцией известного казахстанского производителя, в Республики Беларусь — пряник с названием «Тульский», корни которого исторически связаны с Российской Федерацией. Это может рассматриваться в соответствии с Договором о ЕАЭС как недобросовестная конкуренция¹.

III. Некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами. Для иллюстрации данной формы недобросовестной конкуренции можно обратиться к положениям российского антимонопольного законодательства, в котором определено, что некорректное сравнение может осуществляться, в том числе путем:

- использования слов или обозначений, создающих впечатление о превосходстве товара без указания конкретных характеристик или параметров сравнения, имеющих объективное подтверждение, либо в случае, если утверждения являются ложными, неточными или искаженными (например, использование таких слов, как «лучший», «первый», «номер один», «самый», «только», «единственный» и т.д.);
- сравнения, в котором отсутствует указание конкретных сравниваемых характеристик или параметров либо результаты сравнения не могут быть объективно проверены;
- сравнения, основанного исключительно на незначительных или несопоставимых фактах и содержащего негативную оценку товара конкурента. Следует отметить, что некорректное сравнение в законодательстве

ЕАЭС ограничено только сравнением товаров, без сравнения самих хозяйствующих субъектов-конкурентов, являющихся участниками одного рынка. Однако, в связи с тем, что перечень форм недобросовестной конкуренции является открытым, некорректное сравнение деятельности одного хозяйствующего субъекта с деятельностью его конкурентов также будет актом недобросовестной конкуренции, исходя из общего смысла антимонопольного законодательства.

IURL: <<http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/25-05-2016-3.aspx>>.

Некорректное сравнение может быть двух видов: негативное и позитивное. При негативном сравнении субъект стремится принизить товары конкурентов, превознося свои. Позитивное же сравнение, напротив, не ослабляет репутацию товара конкурента, а использует ее.

Следует иметь в виду, что легальное определение каждой из перечисленных выше форм не содержит всех признаков недобросовестной конкуренции, а потому при применении запрета на каждую конкретную форму должны учитываться общие признаки недобросовестной конкуренции, вытекающие из понятия, закрепленного, как отмечалось, в ст. 1 Протокола.

Перечень форм недобросовестной конкуренции, в праве ЕАЭС является открытым. Иные формы недобросовестной конкуренции, встречающиеся в национальных законодательствах государств — членов ЕАЭС, Модельном законе «О конкуренции» и Парижской конвенции, будут раскрыты более детально далее.

3.1.2. Парижская конвенция об охране промышленной собственности

Как отмечалось ранее, все государства — члены ЕАЭС являются также участниками Парижской конвенции по охране промышленной собственности, которая тоже содержит запрет на осуществление недобросовестной конкуренции. Более того, ч. 21 приложения № 26 к Договору о ЕАЭС содержит ссылку на ст. 10-bis Парижской конвенции, указывая, что в отношении наименования места происхождения товара, государства-члены предусматривают правовые меры, позволяющие заинтересованным сторонам предотвращать любое использование, представляющее собой акт недобросовестной конкуренции по смыслу см ст. 10-bis Парижской конвенции.

Таким образом, в странах — участницах Парижской конвенции, включая и государства — члены ЕАЭС, законодательной базой защиты от недобросовестной конкуренции является не только национальное законодательство, но и нормы международного права.

Помимо уже упомянутых дискредитации и введения в заблуждение, под недобросовестной конкуренцией в Парижской конвенции понимаются также действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной либо торговой деятельности конкурента.

Когда речь идет о смещении, мы прежде всего говорим о незаконном использовании обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с

иными средствами индивидуализации, т. е. товарными знаками, фирменными наименованиями, коммерческими обозначениями, наименованиями места происхождения товара хозяйствующего субъекта-конкурента и т.д. Такое использование может выражаться в размещении как соответствующего средства индивидуализации на товарах или этикетках/упаковках, так и в сети Интернет.

В комментариях к Парижской конвенции некоторые специалисты отмечают, что положения ст. 10-bis можно применить к любым возможным действиям, направленным на возникновение смешения в отношении предприятий, т. е. на смешение хозяйствующих субъектов, производимых и реализуемых ими товаров, либо их промышленной и торговой деятельности в результате не только незаконного использования товарных знаков или фирменных наименований, но и любых других средств, включая дизайн упаковки, печатные шрифты, указания на место нахождения предприятия¹.

Следует отметить, что на практике антимонопольный орган анализирует следующие аспекты для того, чтобы доказать наличие признаков смешения в деятельности того или иного хозяйствующего субъекта:

- субъективное восприятие потребителя путем проведения опросов. В литературе, издаваемой под эгидой ВОИС также отмечается, что общее впечатление, произведенное на среднего потребителя тех или иных товаров или услуг в процессе их сопоставления, является решающим фактором при установлении наличия или отсутствия смешения²;
- известность средства индивидуализации, имитируемого конкурентом (в том числе длительность использования);
- сведения о продвижении товара на рынке (в том числе использование рекламы, популярность среди потребителей);
- объемы и период производства и реализации продукции, имитируемой конкурентом.

Важным для понимания института смешения в праве ЕАЭС является дело «Доширак», решение по которому было вынесено Федеральной

¹ Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М., 1977. С. 165.

² Introduction to Intellectual Property. WIPO PUBLICATION № 478 (R). WIPO 1998. P. 267..

антимонопольной службой (ФАС) России 26 декабря 2016 г.¹ Суть дела состоит в следующем. Компания ТОО «Доширак-Казахстан», зарегистрированная на территории Республики Казахстан, вводила в гражданский оборот на территории Российской Федерации лапшу быстрого приготовления «Доширак» в упаковках, дизайн которых был сходен с дизайном упаковок продукции ООО «ДОШИРАК КОЯ», а также с использованием товарного знака по международной регистрации принадлежащего корейской компании. ФАС России постановила, что указанные действия способны привести к смешению продукции разных производителей на товарном рынке продуктов быстрого приготовления Российской Федерации и вызвать отток потребительского спроса от продукции конкурента, которая маркирована товарным знаком «Доширак», известным в России с 1996 г.

Кроме этого, практика применения ст. 10-bis также позволила выделить и обособить проявление недобросовестной конкуренции, которое получило название «паразитическая» или «паразитарная» конкуренция².

ВОИС определяет «паразитарную» конкуренцию как вид недобросовестной конкуренции, представляющий собой любое действие, которое предпринимается конкурентом или другим лицом, участвующим в операциях на рынке, с намерением прямо использовать промышленное или коммерческое достижение другого лица в собственных целях, не внося существенные изменения в оригинальное достижение³. К «паразитарной» конкуренции ВОИС относит действия, способные повлечь ослабление различительной способности товарного знака, а также действия по использованию чужой репутации⁴.

Таким образом, в данном случае нарушением признается недобросовестное использование репутации чужого товарного знака для товаров, в отношении которых правовая охрана не действует и которые правообладателем не выпускаются. При этом смешение с продукцией конкурентов не возникает, однако нарушитель получает преимущества за счет использования для продвижения.

¹ Решение ФАС России от 26 декабря 2016 г. по делу № 1-14-93/00-08-16.

² Кинев А.Ю., Гаврилов Д.А., Пузыревский С.А. Антиконтурентные соглашения и недобросовестная конкуренция: учебное пособие / под ред. С.А. Пузыревского. М.: Проспект, 2016.

³ Новоселова Л.А. «Паразитический» маркетинг: основные симптомы и методы борьбы. URL: <<http://ipcmagazine.ru/legal-issues/parasitic-marketing-the-main-symptoms-and-methods-of-struggle#1>>..

⁴ Introduction to Intellectual Property. WIPO PUBLICATION № 478 (R). P. 281.

своей продукции репутации чужого товарного знака¹

В качестве такого примера «паразитарной» конкуренции можно привести регистрацию товарного знака лицом, которое знало или должно было знать о том, что иные хозяйствующие субъекты (конкуренты на соответствующем товарном рынке) уже использовали тождественный или сходный до степени смешения товарный знак для индивидуализации производимых ими товаров или оказываемых ими услуг. Более того, должно быть также установлено, что данное лицо при регистрации соответствующего товарного знака ставило перед собой цель воспользоваться чужой репутацией и узнаваемостью этого средства индивидуализации. Если спорное обозначение широко использовалось конкурентами наравне с последующим правообладателем, регистрация товарного знака хозяйствующим субъектом с высокой степенью вероятности производится исключительно с целью устранения присутствия иных участников на товарном рынке. Такие действия противоречат основной цели существования института товарного знака — индивидуализации товаров или услуг.

3.1.3. Недобросовестная конкуренция в контексте Модельного закона «О конкуренции»

При анализе форм недобросовестной конкуренции следует учитывать и положения Модельного закона «О конкуренции».

В соответствии со ст. 16 данного закона недобросовестная конкуренция также может осуществляться в следующих формах:

I. Продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг. В данном случае под незаконным использованием понимается несанкционированное владельцем использование объекта интеллектуальной собственности в том случае, если получение такой санкции с его стороны необходимо в соответствии с законодательством государства — члена ЕАЭС,

¹ Гаврилов Д.А. Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности: Монография, Норма: ИНФРА-М, 2014 г.

а также оказывает влияние на состояние конкуренции на трансграничных рынках.

Соответственно, использование результатов интеллектуальной деятельности третьими лицами является законным только в двух случаях:

- когда на такое использование прямо получено соответствующее разрешение правообладателя в установленной законодательством государства-члена форме;
- когда такое использование возможно осуществлять без согласия правообладателя в силу положений законодательства соответствующего государства-члена.

II. Незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законодательством государства тайну. Использование чужой конфиденциальной информации даже без разрешения владельца может и не являться недобросовестной конкуренцией, если такое действие совершено добросовестно и на законном основании, например, сведения получены из сообщений в средствах массовой информации или от лица, имеющего право ею распоряжаться, т.е. передавать третьим лицам, в соответствии с законодательством государства-члена. Напротив, такая информация может быть получена от лица, который получил ее на законном основании, однако право передачи информации третьим лицам на момент разглашения у него отсутствовало. В таком случае получение информации будет считаться незаконным.

Отдельного упоминания требует недобросовестная конкуренция, предметом которой является информация о действующих и потенциальных контрагентах, включая контактную информацию ответственных сотрудников, а также условия договоров, заключенных с такими контрагентами.

Такого рода информация может рассматриваться как охраняемая законом тайна при условии принятия мер по защите ее конфиденциальности, а незаконное получение и использование подобной информации — как недобросовестная конкуренция¹.

Одним из возможных примеров сказанного являются действия бывшего-го сотрудника (сотрудников) компании по созданию предприятия, осуществляющего предпринимательскую деятельность на одном товарном рынке с бывшим работодателем. При этом использование

¹ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный), 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016.

конфиденциальной информации бывшего работодателя осуществляется с целью получения его клиентуры, несмотря на известный бывшему сотруднику режим коммерческой тайны и принятые им на себя обязательства по его соблюдению.

3.1.4. Недобросовестная конкуренция в законодательствах государств — членов ЕАЭС

Республика Армения. Закон Республики Армения «О защите экономической конкуренции» от 6 ноября 2000 г. содержит пять основных форм недобросовестной конкуренции:

- смешение понятий (законодательством, помимо прочего, при смешении указывается на формы презентации товаров, включая рекламу, служебную одежду и стиль преподнесения товаров в рамках такой практики);
- дискредитация хозяйствующего субъекта или его деятельности;
- введение в заблуждение;
- нанесение вреда репутации, рейтингу хозяйствующего субъекта. Данная форма включает любое действие или поведение в предпринимательской деятельности, которое вредит или может нанести вред деловой репутации хозяйствующего субъекта, т. е. по сути, повторяет самое понятие недобросовестной конкуренции);
- недобросовестная конкуренция применительно к конфиденциальной информации¹.

Учитывая редакцию ст. 11, указанного Закона можно заключить, что приведенный перечень форм недобросовестной конкуренции является открытым, т.е. могут быть иные ее формы, не подпадающие под формы, перечисленные выше.

Закон Республики Армения «О рекламе» от 25 мая 1996 г. № ЗР-55 также запрещает опубликование недобросовестной рекламы. Для признания рекламы недобросовестной необходимо наличие одного из следующих фактов:

- введение в заблуждение, т.е. реальная возможность рекламы ввести в заблуждение юридических и физических лиц вследствие полной или частичной недостоверности, полного или частичного пропуска и искажения сведений о свойствах, количестве, качестве, особенностях,

¹Официальные ведомости (вестник) Республики Армения. 2000. № 30(128).

цене товаров и иных сведений, а также информации об их рекламодателях;

- общественная опасность, т.е. реальная возможность рекламы причинить вред конкуренту, подстрекать к насилию, побуждать потребителей к опасным для здоровья, собственности, а также окружающей среды действиям¹.

Республика Беларусь. Перечень форм недобросовестной конкуренции, установленный в Законе Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» от 12 декабря 2013 года № 94-З включает следующие формы:

- действия, способные вызвать смещение;
- дискредитация хозяйствующего субъекта или его деятельности;
- введение в заблуждение (видом которого является также некорректное сравнение);
- призывы, обращения к другим хозяйствующим субъектам, иные действия или угроза действием со стороны хозяйствующего субъекта непосредственно или через других лиц в целях бойкотирования или препятствования предпринимательской деятельности конкурента, действующего на данном рынке или стремящегося в него вступить;
- распространение хозяйствующим субъектом в любой форме и любыми способами ложных заявлений и сведений о собственном товаре в целях сокрытия несоответствия его своему назначению или предъявляемым к нему требованиям в отношении качества, потребительских и иных свойств;
- действия хозяйствующего субъекта непосредственно или через других лиц, направленные на препятствование формированию деловых связей конкурента, их нарушение или расторжение, в том числе в целях вступления в деловые отношения с его деловым партнером;
- действия хозяйствующего субъекта непосредственно или через других лиц, направленные на внутреннюю дезорганизацию предпринимательской деятельности конкурента и (или) его делового партнера, в том числе на получение, использование, разглашение, склонение к разглашению информации, составляющей коммерческую тайну конкурента, без его согласия либо предоставление работникам конкурента различных имущественных и иных благ с целью склонения этих работников к невыполнению трудовых обязанностей или переходу на предполагающую такие блага работу¹.

¹Официальные ведомости (вестни) Республики Армения. 1996. № 73.

Особенностью регулирования института недобросовестной конкуренции в Республике Беларусь можно считать то, что перечень действий, которые могут быть признаны недобросовестной конкуренцией очень широк. Так, действия могут совершаться не только самим хозяйствующим субъектом, но и через третьих лиц; призывом к бойкотированию могут считаться не только сами действия, но даже угроза действием, а распространение информации для признания действий дискредитацией/распространением ложной информации о своем товаре может осуществляться любыми способами и в любой форме.

Республика Казахстан. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан, утвержденный 29 октября 2015 г., содержит довольно обширный перечень форм недобросовестной конкуренции².

К таким формам относятся недобросовестная конкуренция, связанная с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, а именно:

- неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права;
- неправомерное использование товара другого производителя;
- копирование внешнего вида изделия.

Кроме того, выделяются следующие формы недобросовестной конкуренции, связанные с использованием информации: дискредитация субъекта рынка, реализация товара с предоставлением потребителю недостоверной информации в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и (или) его производителей.

Особого внимания заслуживают формы недобросовестной конкуренции, направленные на дезорганизацию хозяйственных процессов конкурента. К ним можно отнести следующие:

- реализация (приобретение) товара с принудительным ассортиментом, т. е. совершение продавцом или покупателем любых действий по установлению дополнительных требований или условий при реализации или приобретении товара, которые ущемляют права продавца,

¹ Интернет-портал Республики Беларусь. URL: <<http://parol>>.

² Казахстанская правда. 2015. 3 нояб. № 210.

поставщика или потребителя и которые по своему содержанию либо согласно обычаям делового оборота не касаются предмета сделки;

- призыв к бойкоту продавца (поставщика), т. е. организованные конкурентом непосредственно или через посредника действия, направленные на отказ покупателей от установления договорных отношений с продавцом (поставщиком) или приобретения его товаров;
- призыв к дискриминации покупателя (поставщика), т. е. действия конкурента покупателя (поставщика) непосредственно или через посредника, направленные на принуждение поставщика (покупателя) к отказу от заключения договора или применению дискриминационных условий к иным покупателям (поставщикам) по равнозначным договорам;
- призыв субъекта рынка к разрыву договора с конкурентом, т. е. действия субъекта рынка, направленные на невыполнение или выполнение ненадлежащим образом договорных обязательств иного субъекта рынка — участника договора с конкурентом, путем предоставления или предложения непосредственно либо через посредника материального вознаграждения или других преимуществ либо необоснованного препятствования субъекту рынка в осуществлении им своей деятельности;
- подкуп работника продавца (поставщика) или покупателя, т. е. предоставление ему конкурентом покупателя или продавца (поставщика) непосредственно либо через посредника имущества или неимущественных благ за ненадлежащее исполнение либо неисполнение работником продавца (поставщика) или покупателя служебных обязанностей, что приводит либо может привести к получению конкурентом покупателя определенных преимуществ перед покупателем или продавцом (поставщиком) и (или) его убыткам. Кроме того, в качестве отдельных форм недобросовестной конкуренции выделяют некорректное сравнение субъектом рынка производимых и (или) реализуемых им товаров с товарами, производимыми и (или) реализуемыми другими субъектами рынка, а также заведомо ложную, недобросовестную и недостоверную рекламу.

Эти формы недобросовестной конкуренции законодатель детально не раскрывает, а в случае с недобросовестной рекламой отсылает к специальному законодательству. Так, в соответствии с Законом Республики Казахстан «О рекламе» от 19 декабря 2003 г. № 508-П, к ненадлежащей рекламе относится недобросовестная, недостоверная, неэтичная, заведомо ложная и скрытая реклама, в которой допущены нарушения требований к ее содержанию, времени, месту и

способу распространения, размещения, установленных законодательством Республики Казахстан¹.

Кыргызская Республика. Закон Кыргызской Республики «О конкуренции» от 22 июля 2011 г. № 116 содержит 16 форм недобросовестной конкуренции². Законодатель избрал подход, в соответствии с которым раскрыл как можно более детально все возможные недобросовестные действия участников рынка, не разбивая их на группы. Например, среди форм можно встретить такие, как:

- преднамеренное нарушение, срыв и прекращение незаконными средствами коммерческой деятельности конкурента;
- оказание воздействия незаконными средствами на принятие и исполнение коммерческих решений конкурента с целью получения необоснованного превосходства (что в совокупности можно считать дезорганизацией хозяйственных процессов конкурента);
- сокрытие несоответствия товара своему назначению или предъявляемым к нему требованиям, т. е. введение в заблуждение;
- распространение ложных и искаженных сведений о деловом авторитете и финансовом состоянии другого хозяйствующего субъекта, способных причинить убытки либо нанести ущерб его деловой репутации, т. е. дискредитация и т.д.

Любопытно также, что в соответствии с Законом «О рекламе» от 24 декабря 1998 г. № 155 недобросовестная реклама является одной из форм ненадлежащей рекламы, определяемой как недобросовестная, недостоверная, неэтичная, заведомо ложная и иная информация, в которой допущены нарушения требований к ее содержанию, времени, месту и способу распространения, установленных законодательством Кыргызской Республики³. В свою очередь, реклама считается недобросовестной, если, помимо прочего, содержит признаки недобросовестной конкуренции в соответствии с Законом «О конкуренции». Таким образом, ненадлежащая реклама, пусть и прямо не указанная среди форм недобросовестной конкуренции, также к ним относится.

¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2003. № 24 (2409). Ст. 174.

² Эркин-Тоо. 2011. 26 июля.

³ Нормативные акты Кыргызской Республики. 1999. № 1.

3.2. Злоупотребление доминирующим положением

3.2.1. Понятие «доминирующее положение»: основания и пороговые значения

Вопросы злоупотребления доминирующим положением в праве ЕАЭС регулируются разд. XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» Договора о ЕАЭС и Протоколом.

Важнейшим элементом доказывания злоупотребления доминирующим положением как самостоятельного состава является установление наличия собственно доминирования на рынке. Протокол определяет доминирующее положение как «положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) (группы лиц) либо нескольких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (субъекту рынка) (группе лиц) либо таким хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка)».

Таким образом, можно сделать вывод о возможности установления как индивидуального, так и коллективного доминирующего положения. Кроме того, для установления доминирующего положения необходимо доказать наличие одного или нескольких указанных в определении оснований. Эти основания детализированы в п. 5 Решения Высшего совета от 19 декабря 2012 г. № 29 «Об утверждении Критериев отнесения рынка к трансграничному».

Так, необходимо учитывать пороговые значения доли хозяйствующего субъекта на трансграничном рынке, т. е. на рынке, географические границы которого охватывают территории двух и более государств — членов ЕАЭС.

В случае *индивидуального доминирования* необходимо установить, что доля объема реализации или закупки хозяйствующего субъекта на трансграничном рынке от общего объема товара, обращающегося на территории каждого из государств-членов, затронутых нарушением, составляет не менее 35%.

В случае если подлежит установлению *коллективное доминирование* хозяйствующих субъектов на товарном рынке необходимо наличие в совокупности таких условий, как:

- совокупная доля объема реализации или закупки нескольких хозяйствующих субъектов, каждый из которых занимает доминирующее положение на трансграничном рынке, и чьи действия приводят к нарушению установленного запрета, от объема товара, обращающегося на территории каждого из государств-членов, затронутых нарушением, составляет для не более чем трех хозяйствующих субъектов не менее 50%, либо не более чем для четырех хозяйствующих субъектов — не менее 70%. При этом настоящее правило не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем 15% на территории каждого из государств-членов;
- в течение длительного периода (не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, то 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;
- 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.

При этом доминирующее положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) устанавливается исходя из анализа следующих обстоятельств:

- доля хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) и ее соотношение с долями конкурентов и покупателей;
- возможность хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке;
- наличие экономических, технологических, административных или иных ограничений для доступа на товарный рынок;

- период существования возможности хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Законодательством государств-членов могут быть установлены иные (дополнительные) условия признания доминирующего положения хозяйствующего субъекта (субъекта рынка).

3.2.2. Запрет злоупотребления доминирующим положением

Договором о ЕАЭС предусмотрен запрет хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение, совершать действия (бездействие), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе:

- установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;
- изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;
- навязывание контрагенту экономически или технологически не обоснованных условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора;
- экономически или технологически не обоснованное сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также если такое сокращение или такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено Договором о ЕАЭС и (или) другими международными договорами государств-членов;
- экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Договором о ЕАЭС и (или) другими международными договорами государств-членов;
- экономически, технологически или иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, создание дискриминационных условий с учетом особенностей, предусмотренных Договором о ЕАЭС и (или) другими международными договорами государств-членов;

- создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка). Таким образом, для того, чтобы доказать злоупотребление доминирующим положением, в соответствии с Договором о ЕАЭС необходимо установить фактическое (формулировка «результатом которых являются») или потенциальное недопущение, ограничение или устранение конкуренции. При этом перечень возможных негативных последствий остается открытым.

3.2.3. Ответственность за нарушение запрета злоупотребления доминирующим положением

За злоупотребление доминирующим положением хозяйствующих субъектов (юридических лиц) в качестве меры ответственности предусмотрено наложение так называемого оборотного штрафа, составляющего 1-15% размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, либо суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, но не более 2% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 тыс. российских руб.

Отдельная ответственность предусмотрена для должностных лиц и индивидуальных предпринимателей, а также для случаев, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг)¹.

При применении мер ответственности за нарушение правил конкуренции, ЕЭК также учитывает смягчающие и отягчающие обстоятельства, установленные в соответствии с Решением Совета ЕЭК от 17 декабря 2012 г. № 118 «О Методике расчета и порядке наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках».

¹ Раздел IV Протокола «Штрафные санкции за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках, налагаемые Комиссией».

3.3. Ограничивающие конкуренцию соглашения

3.3.1. Понятие соглашений, ограничивающих конкуренцию

Как отмечалось ранее, разд. XVIII Договора о ЕАЭС определяет общие принципы и правила конкуренции, обеспечивающие выявление и пресечение антиконкурентных действий на территории государств-членов и действий, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на территории двух и более государств-членов.

В ст. 76 Договора о ЕАЭС содержатся запреты на ограничивающие конкуренцию соглашения на трансграничных рынках¹.

Согласно п. 2 Протокола среди основных признаков ограничения конкуренции можно выделить следующие:

- сокращение числа хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке;
- рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке;
- отказ хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке;
- определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке;
- иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Крайней формой ограничения конкуренции на рынке является наступление таких последствий, как устранение или недопущение конкуренции на рынке.

В соответствии с Протоколом под **соглашением** для целей регулирования конкуренции понимается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

¹ См.: Критерии отнесения рынка к трансграничному

Таким образом, с точки зрения антимонопольного законодательства ЕАЭС, соглашение — это прежде всего достигнутая договоренность, т. е. взаимное волеизъявление двух и более участников рынка вне зависимости от формы такого волеизъявления.

На практике подобное волеизъявление чаще всего оформляется письменно в виде гражданско-правовых договоров. Однако следует подчеркнуть, что понятие соглашения, определенного антимонопольным законодательством, не совпадает с понятием гражданско-правового договора. В отличие от договора в его цивилистическом понимании соглашение в смысле антимонопольного законодательства, может и не устанавливать прав или обязанностей сторон, а лишь фиксировать их намерения относительно будущих действий (бездействия) каждого из участников соглашения¹.

Следовательно, в антимонопольном законодательстве, в частности, в законодательстве ЕАЭС, форма соглашения не имеет существенного значения: договоренность между хозяйствующими субъектами может быть закреплена в контракте, содержаться в электронном письме или же достигнута устно («джентельменское соглашение»).

При этом Евразийская экономическая комиссия не обязана доказывать факт исполнения договоренности. Наличие соглашения уже достаточно для того, чтобы говорить о том, что имели место антиконкурентные действия. С точки зрения антимонопольного законодательства ЕАЭС следует рассматривать следующие основные виды антиконкурентных соглашений:

- «горизонтальные» соглашения — соглашения между конкурентами);
- «вертикальные» соглашения — соглашения между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом (например, дистрибьюторские договоры, дилерские соглашения);
- иные соглашения — соглашения между хозяйствующими субъектами, действующими на разных товарных рынках и не осуществляющих поставку товаров между собой (например, соглашения о совместной деятельности в целях совершенствования

¹ Сушкевич А.Г. Антиконкурентные соглашения: запреты, исключения из запретов и их пределы в новом Федеральном законе О защите конкуренции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 6.

производства или реализации товаров, стимулирования технического или экономического прогресса, повышения конкурентоспособности товаров на мировом рынке)¹.

3.3.2. Картели

В соответствии со ст. 76 Договора о ЕАЭС запрещены картели, сговор, т. е. соглашения между хозяйствующими субъектами государств-членов, являющимися конкурентами и действующими на одном товарном рынке, которые приводят или могут привести к следующему:

- ценовому сговору;
- сговору на торгах;
- сговору по разделу рынка;
- сговору по созданию дефицита;
- бойкоту.

Ценовой сговор (установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок) представляет собой соглашение между конкурентами о единообразных манипуляциях с ценами.

Важно отметить, что для квалификации соглашения как запрещенного совершенно не обязательно, чтобы его участники договорились об установлении одинаковых цен, скидок, надбавок или наценок. Если участники договорятся об установлении разных цен, то такое соглашение все равно является картелем.

Среди основных признаков ценового сговора можно выделить следующие:

- одинаковые или практически одинаковые цены на продукцию у компаний-конкурентов;
- синхронное изменение цен без каких-либо экономических, технологических и иных причин;
- изменение цен на одинаковую величину.

¹ Кинев А.Ю., Гаврилов Д.А., Пузыревский С.А. Указ соч.

Сговор на торгах, приводящий к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, представляет собой соглашение между конкурентами об условиях участия в торгах, реализуемое следующими основными способами:

- обеспечение ограничения участия — конкуренты воздерживаются от участия в торгах или отзывают свое предложение, чтобы победил определенный участник торгов;
- подача неконкурентоспособного предложения — конкуренты подают предложение с заведомо проигрышной ценой или неприемлемыми условиями для того, чтобы победил определенный участник торгов.

Таким образом, предмет соглашения, которое приводит или может привести к повышению, снижению, поддержанию цен на торгах, может быть любым, в том числе соглашением о том, чтобы не принимать участие в торгах, или о том, какие действия должны совершать участники торгов, чтобы цена оставалась на определенном уровне. Главным квалифицирующим признаком такого соглашения является его реальная или потенциальная возможность повлиять на цену на торгах.

В российских реалиях, например, судебная практика сложилась таким образом, что лицо может быть признано участником картельного соглашения даже в том случае, если оно напрямую не участвовало в торгах, но финансировало деятельность их участников. Подобная схема антиконкурентного сотрудничества может также встречаться и на трансграничных рынках. Поэтому следует обратить особо пристальное внимание при анализе дел по сговору на торгах на субъектный состав и схему кооперации не только между участниками торгов, но и за ее пределами.

При сговорах на торгах выгода от подобных антиконкурентных действий обеспечивается по принципу взаимности, т. е. в обмен на выигранный тендер компания может получить, например, следующий контракт (ротация конкурсных предложений/победителей торгов), субподряд, денежные выплаты или иной вид возмещения.

Основными признаками наличия сговора могут служить следующие обстоятельства:

- большинство торгов выигрывает одна и та же компания;
- ряд компаний выигрывают торги по очереди;
- минимальное число участников торгов;
- участники торгов хорошо осведомлены о конкурентах и их предложениях;
- минимальное снижение начальной цены;
- неявка участников торгов на процедуру торгов;

- присутствие на торгах участников, ни разу не заявивших своего предложения;
- ограничение доступа к информации о предстоящих торгах;
- отличие цен на торгах от рыночной цены и иные условия¹.

Под **сговором по разделу рынка** (разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков)) следует понимать соглашение между конкурентами о распределении между собой:

- клиентов;
 - территорий (раздел рынка по территориальному принципу);
 - объемов продаж или закупок;
 - ассортимента реализуемых товаров.
- При существовании сговора по разделу рынка по клиентам, компании-конкуренты начинают распределять всех клиентов по принципу «свой-чужой», отказываются от сотрудничества с теми клиентами, которые «не входят» в сферу согласованных интересов.

Раздел рынка по территориальному принципу означает добровольный отказ хозяйствующего субъекта от деятельности на определенной территории. В итоге та или иная территория закрепляется за одним или несколькими участниками рынка, а другие участники рынка отказываются от деятельности на данной территории.

По объему закупки товаров рынок может быть поделен покупателями в целях искусственного снижения рыночной силы продавцов. Что касается объема продаж, то в данном случае рынок может быть поделен по данному критерию как продавцами, так и покупателями, действующими на рынке.

При разделе рынка по ассортименту реализуемых товаров продавцы договариваются между собой о том, какие разновидности взаимозаменяемых товаров будет продавать каждый из них. При квалификации соглашения как картельного нужно иметь в виду, что предметом раздела должны быть взаимозаменяемые товары. Если товары не являются взаимозаменяемыми, то соглашение может быть квалифицировано в качестве картельного только в том случае, если будет доказано, что продавец невзаимозаменяемого товара имеет реальную возможность выйти на рынок взаимозаменяемого товара, но сознательно воздерживается от выхода на этот рынок в обмен на аналогичное обязательство другой стороны запрещенного соглашения.

¹ Презентация ФАС России «Что такое картель и как с ним бороться?». М., 2015.
<URL: <<http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=1149>

Среди основных признаков наличия сговора по разделу рынка можно назвать следующие обстоятельства:

- конкуренты работают в строго оговоренных географических границах, только с определенными клиентами;
- конкуренты имеют возможности увеличить предложения товаров на рассматриваемом рынке и на продукцию имеется спрос, однако хозяйствующие субъекты намерено отказываются от этого;
- все сотрудничество с контрагентами построено по принципу «свой-чужой», с компаниями вне зоны интереса сотрудничество не осуществляется, даже если оно могло быть экономически выгодным для хозяйствующих субъектов.

Сговор по созданию дефицита (сокращение или прекращение производства товаров) — соглашение между конкурентами о сокращении или прекращении производства (реализации) товаров при отсутствии каких-либо объективных экономических, технологических или иных причин для такого поведения на рынке. Цель подобной схемы кооперации в основном кроется в создании условий для искусственного роста цен на дефицитный товар, а также на «выдавливание» неугодных и не входящих в картель конкурентов с рынка.

Важно отметить, что покупатели не могут быть стороной соглашения, имеющего своей целью сокращение или прекращение производства товаров, так как его результатом будет являться искусственное повышение цен на товар за счет снижения его количества на товарном рынке. Следовательно, в данном контексте целесообразно будет предположить, что при сговоре по созданию дефицита в субъектный состав по данному нарушению будут входить именно конкуренты-продавцы, а не покупатели.

Признаками наличия сговора по созданию дефицита являются:

- искусственный и синхронный рост цен на одинаковую величину на товар в дефиците;
- отсутствие объективных экономических, технологических и иных причин для такого поведения компаний на рынке.

Бойкот (отказ от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками)) — соглашение между конкурентами об отказе от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями.

Цель заключения соглашения-бойкота состоит в понуждении хозяйствующих субъектов, не входящих в картель, отказаться от самостоятельных действий на рынке и действовать, как диктуется участниками картеля, сократить число хозяйствующих субъектов на рынке в целом.

Такой вид антиконкурентных соглашений, как бойкот, может заключаться не только между хозяйствующими субъектами-конкурентами, но и при участии их контрагентов. Например, два продавца могут договориться с покупателем, что они не будут продавать свои товары другому покупателю, являющегося конкурентом того покупателя, с которым договорились продавцы. Такая же модель соглашения может быть применена и против «неудобного» продавца: два или более покупателя договариваются с продавцом о том, что покупатели не будут покупать товар у конкурента-продавца. Это приводит к уходу покупателя/продавца-жертвы с рынка либо к установлению невыгодных цен для него.

Среди признаков бойкота можно выделить следующие:

- отказ от заключения договоров не обусловлен никакими объективными экономическими, технологическими и иными причинами;
- не все продавцы/покупатели, действующие на рынке, испытывают трудности со сбытом/закупкой товаров, т. е. проблема носит не системный, а частный характер.

Следует подчеркнуть, что в соответствии с законодательством ЕАЭС соглашение будет являться запрещенным не только, когда оно уже привело к одному из указанных выше последствий, но и если ЕЭК будет доказано, что соглашение потенциально может привести к таким последствиям.

Субъектный состав для выявления факта заключения картельного соглашения также немаловажен. Для того чтобы говорить, что был выявлен картель на трансграничном рынке, важно, чтобы антиконкурентное соглашение было заключено именно между конкурентами — хозяйствующими субъектами, действующими на одном товарном рынке.

При этом следует оговориться, что не может считаться картелем соглашение между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) в отношении другого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) установлен прямой или косвенный контроль либо если упомянутые хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) не допускается в соответствии с законодательством государств — членов ЕАЭС.

На практике часто возникает вопрос, могут ли считаться участниками картельного соглашения лица, которые на момент соглашения деятельности на рассматриваемом рынке не осуществляли, конкурентами по сути не

являлись, однако потенциально могли бы ими стать в обозримом будущем. В связи с тем, что оценка общественной опасности картельного соглашения базируется на потенциальной возможности наступления негативных последствий для состояния конкуренции на рынке, соглашение, в котором все участники только планируют выйти на рынок, равно как и соглашение, в котором участвуют один участник рынка и один хозяйствующий субъект, только планирующий выйти на данный рынок, вполне может быть квалифицировано как картельное соглашение¹.

Предполагается также, что с. 76 Договора о ЕАЭС под соглашениями между хозяйствующими субъектами-конкурентами подразумевает не только соглашения, заключаемые между участниками-продавцами, реализующими продукцию на одном товарном рынке, но и распространяется в равной степени на соглашения между покупателями, приобретающими указанную продукцию на трансграничных рынках. На это указывает тот факт, что раздел товарного рынка может быть осуществлен как по составу продавцов, так и по составу покупателей.

Среди основных последствий существования картелей на трансграничных рынках можно назвать следующие: искусственный рост цен на продукцию, меньший выбор продукции, недопущение новых игроков на рынок, стагнация рынка, отсутствие у хозяйствующих субъектов, действующих на рынке, стимулов для инноваций и проч.

3.3.3. «Вертикальные» и иные соглашения

Согласно пп. 1 п. 2 Протокола под «вертикальным» соглашением в антимонопольном законодательстве ЕАЭС понимается соглашение между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом.

Таким образом, как видим из указанного выше определения, стороны «вертикального» соглашения:

- находятся или потенциально могут находиться на разных уровнях цепи производства и реализации товара являются участниками одного и того же товарного рынка или могут ими стать впоследствии.

¹ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный).

- при анализе «вертикальных» соглашений необходимо обратить внимание на то является ли анализируемое соглашение «вертикальным» в понимании антимонопольного законодательства ЕАЭС и заключено ли оно на трансграничном рынке;

При этом «вертикальные» ограничения могут оказывать как отрицательное, так и положительное воздействие на конкуренцию. С точки зрения законодательства в данном случае запрещены будут ЕАЭС лишь те соглашения, которые могут оказывать негативное влияние на состояние конкуренции на трансграничных рынках.

Пункт 4 ст. 76 Договора о ЕАЭС предусматривает следующие основные запреты в отношении «вертикальных» соглашений между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка):

1. Установление цены перепродажи товара. Законодательством ЕАЭС запрещено установление продавцом для покупателя конкретной фиксированной цены или минимальной цены, по которой он может впоследствии перепродать товар. Кроме того, исходя из смысла законодательства ЕАЭС, соглашение будет также признано запрещенным и в том случае, если им установлен диапазон цен, поскольку составной частью такого диапазона является минимальная цена перепродажи товара. Исключения представляют собой случаи, когда продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи.

Кроме того, следует отметить, что в законодательстве ЕАЭС не содержится запрета на установление рекомендованных цен, однако установление рекомендованной цены не должно быть навязано покупателям и не должно быть обязательно для соблюдения контрагентами. При этом также не должны быть установлены меры ответственности, принимаемые по отношению к покупателям со стороны продавцов за несоблюдение рекомендованных цен.

В случае обнаружения подобных обстоятельств ЕЭК любое давление со стороны продавца продукции (в том числе и психологическое путем телефонных звонков и иными способами) может быть расценено как нарушение антимонопольного законодательства ЕАЭС.

2. Запрет покупателю продавать товар хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), являющегося конкурентом продавца. Данное ограничение направлено на развитие межбрендовой конкуренции: покупатель вправе продвигать на рынке взаимозаменяемые товары различных производителей, а продавец не вправе

Такой запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.

покупателю в этом препятствовать¹.

Как видим, в законодательстве ЕАЭС есть два основных жестких «вертикальных» запрета: установление цены перепродажи и запрет продажи продукции конкурента. Соглашения, содержащие перечисленные условия, являются запрещенными, за исключением «вертикальных» соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленными Протоколом.

Аналогичная норма содержится в законодательстве ЕАЭС и применительно к анализу иных соглашений. Например, в соответствии с п. 5 ст. 76 Договора о ЕАЭС иные соглашения, заключенные между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) также запрещены в том случае, если приводят к ограничению конкуренции и не признаны допустимыми в соответствии с Протоколом.¹

Следует отметить, что ЕЭК уже анализировала «вертикальные» соглашения, заключенные на трансграничных рынках, в частности, ею было проведено расследование на предмет наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства ЕАЭС компанией Caterpillar по обращению казахстанской компании ТОО «Евразийская группа».

Согласно обращению компания Caterpillar и ее официальные дилеры отказали заявителю в поставке продукции на казахстанский рынок. Комиссией было установлено, что между компанией Caterpillar и ее дилерами были заключены соглашения, предусматривающие закрепление продаж техники на строго определенных территориях российского рынка и единого рынка ЕАЭС, т. е. имели место раздел рынка по территориальному принципу и запрет осуществления продаж своим дистрибьюторам, что ограничивает конкуренцию на трансграничном рынке.

По итогам расследования Caterpillar добровольно устранила все нарушения антимонопольного законодательства и внесла изменения в соглашения, регулирующие вопросы взаимодействия с дилерами и дистрибьюторами на территории государств — членов ЕАЭС.

3.3.4. Координация экономической деятельности

Часть 6 Статьи 76 Договора о ЕАЭС (установлению или поддержанию цен, повышению цен на торгах, разделу рынка, сокращению производства, отказу

¹ Вместе с тем требование соответствия определенной технической стандартизации может служить барьером выхода на рынок или барьером экспансии и в некоторых случаях способствовать ограничению конкуренции.

от заключения договоров, установлению цены перепродажи и т.п.). Государства-члены также вправе устанавливать в своем законодательстве запрет на координацию экономической деятельности, если она приводит или может привести к ограничению конкуренции.

Важно отметить, что антимонопольное законодательство государств-членов в этом вопросе гармонизировано, и понятие «координация экономической деятельности» в «конкурентных» законах каждого из государств-членов соответствует друг другу. Однако есть некоторые нюансы в отношении регулирования запрета на координацию в законодательстве Российской Федерации¹ и Республики Кыргызстан², где содержится положение о том, что «не являются координацией экономической деятельности действия хозяйствующих субъектов, осуществляемые в рамках «вертикальных» соглашений). При этом следует обратить внимание на то, что в законодательстве Республики Армения такого понятия, как «координация» в принципе не содержится.

В целом под **координацией** понимается согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельность на том товарном рынке (товарных рынках), на котором (которых) осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов.

Считаем возможным выделить следующие квалифицирующие признаки координации:

- действия хозяйствующих субъектов согласуются третьим лицом;
- лицо, осуществляющее координацию экономической деятельности, не входит в одну группу лиц ни с одним из хозяйствующих субъектов;
- лицо, осуществляющее координацию экономической деятельности, не осуществляет деятельность на том товарном рынке (товарных рынках), на котором (которых) осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов.

Таким образом, из представленного анализа термина «координация» можно выделить следующее: при координации всегда есть координатор действий, а также лица, деятельность которых им регламентируется.

В данном случае координатором может быть любой хозяйствующий субъект или иное лицо, обладающее существенной властью и правом давать указания или иным образом оказывать существенное влияние на деятельность координируемых не прослеживалось пересечений в их деятельности с деятельностью.

¹ Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № ФЗ-135.

² Закон Кыргызской Республики «О конкуренции» от 22 июля 2011 г. № 116 (ст. 3).

непосредственно координатора хозяйствующих субъектов. При этом важно, чтобы координируемые лица действовали на разных товарных рынках с координатором. Сами же данные лица могут действовать как на одном товарном рынке, так и на разных. Главное, чтобы в качестве нарушения законодательства ЕАЭС и не должна

важно отметить, что не всякая координация может быть квалифицирована

быть расценена изначально в негативном ключе (например, объединение хозяйствующих субъектов в рамках саморегулируемых организаций и иных отраслевых некоммерческих объединений, которые фактически координируют их деятельность на рынке). Для того чтобы установить факт нарушения законодательства в форме координации, необходимо прежде всего определить, что подобная координация имела негативные последствия, выражающиеся в утрате возможности и желания координируемых компаний действовать на рынке самостоятельно и независимо. Таким образом, координация экономической деятельности в соответствии с законодательством ЕАЭС запрещена только в том случае, если она оказывает негативное влияние на состояние конкуренции и приводит к следующим последствиям:

- установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- повышение, снижение или поддержание цен на торгах;
- раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- сокращение или прекращение производства товаров;
- отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Кроме того, координация является запрещенной с точки зрения антимонопольного законодательства ЕАЭС, если она приводит к установлению цены перепродажи товара или же ведет к отказу хозяйствующих субъектов от продажи продукции конкурентов. Аналогичные положения были рассмотрены выше при анализе «вертикальных» соглашений и порядка их регулирования в масштабах ЕАЭС.

Кроме того, в части координации наднациональное законодательство предоставляет государствам — членам ЕАЭС право устанавливать в своем законодательстве запрет на координацию экономической деятельности, если такая координация приводит или может привести к последствиям, указанным также в п.5 ст.76 Договора о ЕАЭС (иные антиконкурентные соглашения, которые не могут

быть признаны допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленными Протоколом).

Таким образом, если координация не приводит к указанным выше последствиям в части регулирования картелей и запрещенных «вертикальных» соглашений, но ведет к ограничению конкуренции иным образом, то она также может считаться недопустимой с учетом включения данной нормы в национальное законодательство.

3.3.5. Допустимость соглашений и изъятия

Допустимость соглашений. В соответствии с ч. 5 Протокола «вертикальные» и иные соглашения, приводящие или способные привести к ограничению конкуренции, а также соглашения о совместной деятельности, которые могут привести к последствиям, указанным в ч. 3 ст. 76 Договора о ЕАЭС (установление и поддержание цен, тарифов, надбавок, раздел товарного рынка и иные «картельные» последствия) при соблюдении определенных критериев могут быть признаны допустимыми. Так, антимонопольным законодательством ЕАЭС устанавливаются следующие критерии допустимости:

- соглашения не накладывают на хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) ограничений, не являющихся необходимыми для достижения целей этих соглашений;
- соглашения не создают возможность для устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке;
- соглашения имеют или могут иметь своим результатом совершенствование производства (реализации) товаров или стимулирование технического (экономического) прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров производства государств-членов на мировом товарном рынке;
- соглашения имеют или могут иметь своим результатом получение потребителями соразмерной части преимуществ (выгод), которые приобретаются соответствующими лицами от совершения таких действий.

Следует отметить, что для признания соглашения допустимым должны быть соблюдены все критерии в совокупности.

Тесты допустимости соглашений. Впервые концепция критериев допустимости для соглашений появилась в Римском договоре, учредившем Европейское экономическое сообщество (ч. 3 ст. 85 договора в первоначальной редакции 1957 г.). Постепенно в странах Европейского Союза сложилась определённая практика реализации этих положений. Европейская комиссия может применять эти критерии на индивидуальной основе, однако она также уполномочена Европейским Советом устанавливать «общие исключения» (*Block exemption\$*) — групповые правила для отдельных категорий соглашений¹.

Общие («блоковые») исключения, как правило, содержат так называемые «белый» и «чёрный» перечни. «Белый» список — это условия, не ограничивающие конкуренцию (в общих исключениях по соглашениям о передаче технологий, такими, например, признаются обязательства со стороны лицензиата не выдавать сублицензии и соблюдать спецификации минимального гарантированного качества). «Чёрный» список — это условия, при включении которых в соглашение оно будет считаться не подпадающим под действие общих исключений и подлежащим индивидуальной оценке Европейской комиссией. (Для соглашений о передаче технологий к таким, например, относятся обязательства лицензиата передать лицензиару права на усовершенствования.) Одно время в Евросоюзе действовал нотификационный порядок регистрации соглашений (и предоставления Европейской комиссией специальных исключений после уведомления о соглашении), но от него впоследствии отказались, так как он создавал избыточную нагрузку и на компании, и на Европейскую комиссию.

Рассмотрим с учётом европейского опыта и практики отдельных стран-членов ЕАЭС¹ подробнее, какие основания могут учитываться при оценке установленных Договором об ЕАЭС четырёх критериев. Необходимо заметить, что самый главный из них третий: ***соглашение должно улучшить производство или стимулировать технический (экономический) прогресс.*** Остальные критерии служат для него условиями или ограничениями.

1/ Например, в ЕС были приняты общие исключения в отношении соглашений эксклюзивной дистрибуции в автомобильной промышленности, об эксклюзивных закупках, а также о соглашениях франчайзинга, лицензионных договорах, передаче технологий, выполнении НИОКР. Особые секторальные правила устанавливались для соглашений в машиностроении и страховом деле, по транзиту пассажиров и распределению слотов в аэропортах.

1/ Разъяснения ФАС России от 8 августа 2013 г. «По порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности».

Понятие «экономический прогресс» может достаточно широко интерпретироваться и, видимо, поэтому бремя доказывания выполнения этого критерия возложено на самих хозяйствующих субъектов — участников соглашения. (*«Соглашения... могут быть признаны допустимыми, если ... хозяйствующие субъекты (субъекты рынка) докажут, что такие соглашения имеют или могут иметь своим результатом...»*.)

При оценке последствий между «горизонтальными» и «вертикальными» соглашениями существуют различия. Эти два типа соглашений приводят к разным угрозам (негативным эффектам для конкуренции) и разным выигрышам (позитивным эффектам). «Горизонтальные» соглашения могут создать рыночную власть и привести к повышению цен. Однако для них вероятны положительный эффект масштаба производства или развитие новых товаров. «Вертикальные» соглашения не создадут рыночную власть там, где ее раньше не было ни у одной фирмы.

При этом сами они могут содержать положения, способствующие снижению конкуренции. Полезные же эффекты этих соглашений вероятнее примут форму лучшей координации цен или реализации взаимно выгодных проектов на смежных рынках.

Отсутствие в соглашении положений, накладывающих на субъектырынка ограничений, неявляющихся необходимыми для достижения целей соглашения. Это условие предполагает двойной тест. Во-первых, соглашение должно быть необходимым, чтобы достигнуть роста эффективности. Во-вторых, ограничение конкуренции, обусловленное соглашением, также должно быть целесообразным. Нужно ответить, являются ли выигрыши при этом ограничении более крупными, чем при его отсутствии. Следует показать, что нет никаких других экономически реальных средств достижения цели. Оценка необходимости ограничения (его соответствия достигаемым целям) должна учитывать структуру рынка, экономические риски, связанные с соглашением, и мотивацию сторон.

Соглашение также не должно устранять конкуренцию для существенной части (доли) рынка релевантного товара. Такое условие подразумевает приоритет конкуренции перед любыми выигрышами. Необходимость учета этого условия объясняется тем, что в случае устранения конкуренции краткосрочные выигрыши приводят к потере долгосрочных преимуществ, связанных с соревнованием хозяйствующих субъектов: инновациями и отбором лучших решений. Соглашения, ведущие к

злоупотреблению доминирующим положением, не могут быть признаны допустимыми ни при каких условиях.

Соглашение не создаёт возможности для устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке. Устранение конкуренции определяется сравнением рыночной ситуации до соглашения и после него. Чем слабее была интенсивность конкуренции до соглашения, тем меньше может быть сила воздействия соглашения, которое будет признаваться недопустимым. Оценка данного критерия требует анализа всех источников фактических и потенциальных конкуренции на рынке:

- уровень конкурентного давления со стороны возможных будущих участников рынка;
- доли рынка других компаний;
- барьеры входа на рынок;
- поведение компаний;
- взаимодействие различных сегментов рынка для дифференцированных по своим характеристикам товаров;
- наличие рыночной власти и конкурентное давление со стороны покупателей;
- предыдущая экономическая история отрасли.

Однако одной оценки долей, занимаемых хозяйствующими субъектами на рынке, тут недостаточно: необходимо установить их способность и готовность конкурировать. Если, например, у конкурентов есть ограничения на производственную мощность или их издержки выше, чем у хозяйствующих субъектов — участников соглашения, то конкуренция будет ограничена.

Оценка воздействия соглашения возможна на основе фактического поведения участников рынка. Если после заключения соглашения стороны увеличили цены или другим образом продемонстрировали наличие рыночной власти, то это признак отсутствия конкуренции, т.е. что она была устранена на существенной части релевантного рынка. Данный критерий будет считаться невыполненным, а соглашение недопустимым, если устраняется конкуренция по цене или по инновациям и развитию новых товаров.

При определении возможности устранения конкуренции учитываются не только фактическая, но и потенциальная конкуренция. Для этого устанавливается не только состав действующих на рынке хозяйствующих субъектов, но и перечень тех компаний, которые могут в настоящий момент (при росте цен до 10%) на него выйти. Оценка потенциальной конкуренции требует анализа барьеров входа на рынок для хозяйствующих субъектов, еще не являющихся участниками рынка. Любые утверждения сторон соглашения, что барьеры входа низкие, должны

подтверждаться информацией, идентифицирующей потенциальных конкурентов. Хозяйствующие субъекты — участники соглашения должны доказать, почему потенциальная конкуренция оказывает реальное конкурентное давление.

Совершенствование производства (реализации) товаров или стимулирование технического (экономического) прогресса.

Положительными эффектами «вертикальных» соглашений могут быть содействие неценовой конкуренции и улучшение качества товаров. Если компания не обладает рыночной властью, она может увеличить свой доход, оптимизируя производство или сбыт.

Важно признать, что «вертикальные» ограничения часто имеют положительные эффекты. Например, при некоторых обстоятельствах продавец или покупатель должен делать специальные вложения, такие как приобретение определенного оборудования. Однако он их совершит только если другая сторона будет не готова к заключению «вертикального» соглашения, например, долгосрочного договора поставки, который будет гарантировать, что существует возможность погашения этих вложений за достаточно длинный период. Таким образом, в отличие от положительных эффектов горизонтальных соглашений, положительные эффекты, вызванные вертикальными ограничениями, могут и не быть связаны с очевидным снижением издержек, но будут способствовать лучшему функционированию рынка сбыта.

Для покупателей положительным результатом от реализации «вертикальных» соглашений может быть совершенствование системы дистрибуции товара (повышение качества обслуживания потребителей, формирование широкой сети обслуживания), снижение цен (как следствие изменения маркетинговых стратегий и оптимизации логистики), расширение ассортимента; расширение спектра сервисных и гарантийных услуг, сокращение времени, необходимого для получения доступа к товару и т. д. Ещё одним механизмом достижения положительных эффектов и усиления конкуренции при «вертикальных» соглашениях может быть упрощение доступа на рынок и появление новых товаров, связанные с рекламной и информационной деятельностью производителей. Заинтересованность конечных потребителей в приобретении товара снижает риски новых компаний.

Для «горизонтальных» соглашений положительными эффектами могут быть снижение издержек, создание новых товаров, экономия от масштаба, увеличение объемов выпуска или улучшение производственных технологий. При этом комбинирование только двух альтернативных существующих проектов в какой-либо сфере инноваций будет недопустимым, поскольку существует риск устранить конкуренцию. Снижение издержек, вызванное сокращением выпуска

или устранением транспортных расходов при закреплении клиентов между сторонами соглашения, также будет считаться недопустимым. Формирование у сторон одинаковой структуры издержек - подозрительным.

Вместе с тем, для «горизонтальных» соглашений использование рыночной власти может быть допустимо. Но чем выше степень рыночной власти, тем более четко стороны должны продемонстрировать наличие существенных выигрышей. Неопределенные ссылки на потенциальные возможности не должны приниматься во внимание. Практически это означает, что хозяйствующие субъекты должны будут произвести оценку эффектов от заключения соглашения. Кроме того, должны быть установлены ожидаемые изменения в производстве вследствие совершаемых действий и измерен рост экономической эффективности.

Повышение конкурентоспособности товаров на мировом рынке. Этот критерий является особенностью права ЕАЭС. В европейском конкурентном праве такое положение отсутствует.

Под конкурентоспособностью здесь понимается способность хозяйствующего субъекта — продавца товара выдержать конкуренцию. Для её оценки на основе анализа характеристик товара и конкурирующей с ним продукции могут быть рассчитаны различные индексы конкурентоспособности, показывающие наличие перспектив на зарубежном рынке, если полезный эффект на единицу затрат у рассматриваемого товара будет выше, чем у товаров-конкурентов.

При оценке выполнения данного критерия важно определить, компенсирует ли усиление конкуренции на зарубежных рынках возможное ухудшение конкуренции на рынках государств — членов ЕАЭС. Для этого могут рассматриваться маркетинговые планы компаний, планы мероприятий по повышению качества продукции и оцениваться экономический потенциал хозяйствующих субъектов — участников соглашения. При определении географических границ товарного рынка устанавливается, является ли рынок мировым или сегментированным по границам отдельных стран.

В ходе анализа рассматриваются объем экспорта на мировые рынки; место хозяйствующего субъекта в мировых рейтингах; объем и структура его таможенных и налоговых платежей; процессы импортозамещения; инвестиционные планы компании; влияние конъюнктуры мирового рынка. Оценивается рост вовлеченности в международную торговлю, рост инновационной и инвестиционной активности, ведущий к повышению уровня технического и технологического развития.

Получение потребителями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в

результате реализации соглашения. В Договоре о ЕАЭС по аналогии с формулировкой Римского договора 1957 г. используется термин «потребители». Это понятие, как правило, применяется, чтобы обозначить лицо, осуществляющее окончательное использование товара и это может ввести в заблуждение. Европейская комиссия и европейские суды пошли по пути широкой трактовки «потребителя» как любого покупателя. В итоге в 2004 г. в сообщении Европейской комиссии «Руководящие принципы по применению статьи 81(3) Договора» (п. 84)¹, указывается: «понятие "потребители" охватывает всех прямых или косвенных пользователей, включая производителей, которые используют товары как ресурсы, оптовых торговцев, розничных продавцов и конечных потребителей, то есть физических лиц», т. е., потребители здесь — это покупатели, в том числе и профессиональные покупатели в цепочке движения товара по системе сбыта. Другое объяснение использования термина «потребители» вместо «покупатели» заключается в желании подчеркнуть, что имеются в виду не стороны соглашения, а их клиенты или контрагенты.

Концепция справедливой доли предполагает, что получаемая потребителями доля выигрышей должна как минимум компенсировать им любое фактическое или вероятное негативное воздействие, вызванное ограничением конкуренции, т. е., если существуют потребители, проигрывающие материально, то это условие считается невыполненным. (Оценивается полное воздействие на потребителей товара в пределах соответствующего рынка а не воздействие на индивидуальных потребителей.) Не требуется, чтобы потребители получали часть каждого выигрыша, достаточно компенсировать отрицательные эффекты. Иными словами, если ограничение конкуренции приведет к более высоким ценам, то потребителям можно их компенсировать за счет роста качества или льгот.

Негативные эффекты для потребителей какого-либо товара не могут быть компенсированы выигрышами других потребителей на другом товарном рынке. Исключение будет в том случае, если речь идет о связанных рынках и состав потребителей в целом совпадает.

Чем более жесткое ограничение конкуренции установлено, тем меньшую долю выигрышей получают потребители (склонность к передаче покупателям уменьшается с ростом рыночной власти). Это означает, что если ограничение конкуренции несущественное, а прирост эффективности значителен, то предполагается выигрыш потребителей. И наоборот, если ограничение

¹ Communication from the Commission. Notice. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08) // Official Journal of the European Union. 2004. 27

конкуренции существенно при незначительном эффекте, предполагается их проигрыш. Детальный анализ распределения выигрышей необходим в случае, если и ограничение конкуренции существенное, и выигрыши также значительны.

При количественных выигрышах, таких как расширение выпуска товара, получение потребителями справедливой доли выгод будет зависеть от степени конкуренции на рынке и эластичности спроса. (Чем интенсивнее конкуренция и эластичнее спрос, тем больше доля.). Если выигрыши и проигрыши могут быть разнесены во времени, то это потребует применения дисконтирования стоимостных оценок.

При качественных выигрышах, (например, появление новых и улучшенных товаров на рынке), они должны быть достаточно ценными для потребителей, чтобы компенсировать эффект снижения конкуренции, включая рост цен. Любая такая оценка поэтому обязательно требует оценки стоимости для покупателя качественных улучшений.

Общие изъятия для антиконкурентных соглашений. Протокол содержит общие изъятия применительно к возможности признанию соглашения антиконкурентным. Так, положения ст. 76 Договора о ЕАЭС не распространяются на следующие соглашения (в том числе координацию экономической деятельности и картель): между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) в отношении другого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) установлен прямой или косвенный контроль;

- хозяйствующие субъекты (субъекты рынка), заключившие соглашение, находятся под прямым или косвенным контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) не допускается в соответствии с законодательством государств-членов.

Понятие «прямой» контроль, на котором базируется данное изъятие, дано в Протоколе. Так, под прямым контролем понимается возможность юридического лица или физического лица определять решения, принимаемые юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

- осуществление функций его исполнительного органа;

- получение права определять условия ведения предпринимательской деятельности юридического лица;
- распоряжение более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица.

Под косвенным контролем в данном случае следует понимать возможность юридического лица определять решения, принимаемые юридическим лицом не непосредственно, а через иных юридических лиц, право прямого контроля в отношении которых у данного лица имеется.

Таким образом, хозяйствующие субъекты, входящие в одну группу лиц по указанным выше основаниям, действуют на территории государств-членов как единый хозяйствующий субъект.

Дополнительно в п. 6 Протокола говорится о критериях допустимости, применяемых исключительно к «вертикальным» соглашениям, которые могут быть признаны допустимыми в следующих случаях:

1. Соглашения являются договорами коммерческой концессии. Квалификация заключенного соглашения в качестве договора коммерческой концессии должна производиться на основе гражданского законодательства каждого государства-члена. Однако общая концепция данного вида договора остается неизменной в любой юрисдикции: договор коммерческой концессии предполагает использование третьим лицом комплекса принадлежащих правообладателю исключительных

прав. Таким образом, возникающие в результате заключения данного соглашения отношения могут повлечь за собой установление ограничений для сторон, влияющих на самостоятельность действий на определенном товарном рынке.

2. Доля каждого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), являющегося участником такого соглашения, на товарном рынке товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения, не превышает 20%.

Антимонопольным законодательством ЕАЭС установлен обязательный критерий *de minimis* в размере, не превышающим 20% на рассматриваемом товарном рынке, для признания «вертикальных» соглашений допустимыми. Порядок имплементации критериев допустимости вертикальных соглашений в национальное законодательство государств-членов разъяснен Большой коллегией Суда ЕАЭС в Консультативном заключении от 4 апреля 2017 г.¹ Предыстория вопроса такова. Министерство юстиции Республики Беларусь обратилось в Суд ЕАЭС за разъяснениями ст. 74, 75, 76 Договора о ЕАЭС, а также положений приложения № 19 (Протокола) на предмет возможности установления в

законодательстве государств-членов иных критериев допустимости «вертикальных» соглашений. Поводом для обращения за разъяснениями стало рассмотрение в законодательном органе проекта закона о внесении изменений в антимонопольное законодательство Республики Беларусь. Предлагалось установить следующий порог допустимости «вертикального» соглашения: «доля каждого хозяйствующего субъекта, являющегося участником такого соглашения, на любом товарном рынке не превышает пятнадцать процентов». Следовательно, под сомнение ставилось как ужесточение требований (15% вместо 20, установленных в наднациональном законодательстве), так и формулировка «любой товарный рынок», которая нивелировала необходимость анализа рынка, на котором было заключено спорное «вертикальное» соглашение.

Как указано Судом союза в разъяснении, рассматриваемая норма пп. 2 п. 6 Протокола носит комплексный характер и содержит ряд обязательных условий, только при одновременном соблюдении которых Протокол допускает по признанию таких «вертикальных» соглашений допустимыми:

- доля каждого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), являющегося участником такого соглашения не превышает 20%;
- указанная доля учитывается только на рынке реализуемого товара;
- данный товарный рынок товара является предметом «вертикального» соглашения.

Кроме того, Суд ЕАЭС пришел к очень важному выводу, что в национальном законодательстве государств-членов ЕАЭС не может быть установлено дополнительных критериев допустимости «вертикальных» соглашений, а доля в размере 20% должна рассчитываться не на любом товарном рынке, а на рынке товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения.

Кроме того, учитывая, что конкурентное законодательство ЕАЭС также устанавливает запреты в отношении некоторых категорий хозяйствующих субъектов, товаров и соглашений, необходимо отметить, что Суд ЕАЭС проанализировал и этот вопрос, отметив, что в гармонизированном национальном законодательстве в дополнение к указанному требованию в этих же категориях могут быть установлены дополнительные требования, ограничения и запреты, учитывающие условия функционирования внутреннего товарного рынка государств.

3.4. Методика оценки состояния конкуренции

3.4.1. Продуктовые и географические границы рынка

Оценка состояния конкуренции является нормативно закрепленной аналитической процедурой, предусмотренной Договором о ЕАЭС. Методика оценки состояния конкуренции утверждена решением Совета ЕЭК от 30 января 2013 г. № 7. Эти нормативные акты определяют основные вопросы, на которые необходимо получить ответ в ходе исследования рынка. Пункт 3 названной Методики содержит перечисление основных этапов этой оценки.

Во-первых, необходимо определить продуктовые и географические границы рынка, соответствующие необходимому интервалу исследования (разд. II-IV Методики). Во-вторых, необходимо определить состав компаний, осуществляющих деятельность на товарном рынке и рассчитать их доли рынка (разд. V-VI). В-третьих, необходимо определить уровень концентрации и наличие барьеров для входа на товарный рынок и с учетом этого оценить состояние конкуренции (разд. VII-X). В-четвертых, определяется доминирующее положение

хозяйствующего субъекта (разд. XI). Завершается исследование составлением аналитического отчета.

Понятия «товар», «взаимозаменяемые товары», «товарный рынок» являются ключевыми понятиями в регулировании конкуренции. Под **«продуктовыми границами рынка»** понимается группа взаимозаменяемых товаров, которые потребитель рассматривает в качестве доступных альтернатив, а под **«географическими границами»** — территория их обращения. Общемировая практика антимонопольного регулирования в 1990-е годы пришла к тому, что базовым модельным подходом к определению продуктовых и географических границ рынка стал тест гипотетического монополиста, сформулированный в п. 19 и 29 Методики.

При проведении данного теста предполагается повышение цены на исследуемый товар на 5-10 % и изучается реакция потребителей. Если достаточно большое число покупателей (обычно 10% и более) готовы заменить рассматриваемый товар другим или начать его поставки с других территорий, то эти альтернативы должны быть включены в состав продуктовых или географических границ, после чего тест повторяется. Тест считается завершенным, если определена наименьшая группа товаров и территорий, на которых гипотетический монополист может с выгодой для себя повысить цены.

На практике помимо непосредственных опросов покупателей об их реакциях на такое увеличение цен могут изучаться существующие разрывы в ценах и проводиться экономико-статистические исследования (расчеты эластичностей), базирующиеся на предшествующих данных по рынку (п. 18 Методики).

Для определения группы товаров, с которых начинается тест, используются сведения из договоров, лицензий, нормативных актов, а также заключения специалистов и экспертов (п. 15 Методики). Предварительное определение географических границ товарного рынка проводится на основе информации:

- о территории, на которой выявлены признаки нарушения единых правил конкуренции;
- о ценообразовании на товарном рынке или о различиях в уровнях цен на товар на территориях государств-членов;
- о географической структуре поставок товаров (п. 25 Методики).
Выявление товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми, осуществляется путем:
- экспертных оценок и заключений специалистов;
- анализа сопоставимых по существенным свойствам товаров, входящих в одну классификационную группу действующего на территории одного из государств-членов классификатора видов экономической деятельности, продукции, работ, услуг (п. 17 Методики). При определении географических границ товарного рынка учитываются требования к сохранению потребительских свойств товара, организационно-транспортные схемы, реально существующие возможности перемещения и расходы, связанные с поиском и приобретением товара (п. 27 Методики).

При определении географических границ рынков услуг субъектов естественных монополий следует учитывать особенности их предоставления: конфигурацию и расположение соответствующей сетевой инфраструктуры, а также возможности подключения к ней покупателей (п. 30 Методики). В результате достаточно часто используются фразы «рынок в пределах сетей», «...территории, охваченные присоединенными сетями...».

При определении продуктовых и географических границ рынка важным становится временное измерение. Гипотетическое повышение цен должно быть длительным, чтобы покупатели успели на него среагировать. Как правило, рассматривается период не менее года. Такой период закреплён и в Методике (п. 6). Однако существование некоторых рынков ограничено по времени. Например, многие рынки сельскохозяйственной продукции имеют сезонный характер, а для рынков внутригородских перевозок характерны часы пик. Для таких рынков оговорено исключение.

Следует учитывать периоды максимального и минимального спроса, соотношение между количеством покупателей в эти периоды; возможность установления продавцами разных цен в разные временные периоды; сроки договоров и т.д. (п. 8). Особо сделана оговорка о необходимости определения всех характеристик товарного рынка в рамках одного временного интервала, так как иногда встречается практика доказывания наличия доминирующего положения компании не для того времени, когда совершалось предполагаемое нарушение, или некорректные расчеты долей компаний, когда объемы рынка берутся за один период, а объемы продаж — за другой.

Опыт зарубежных антимонопольных органов показывает, что более 70% решений принимается на основе изучения уровней цен товаров и менее 5% — на основе опросов и проводимого в описанном выше порядке теста гипотетического монополиста. Однако существование процедуры проведения этого теста в полном объеме имеет важное юридическое значение, поскольку на рынке могут присутствовать разные покупатели, предпочтения которых существенно различаются. Продукция разных компаний может продаваться на разных территориях и это все может дополнительно усложняться существованием целой группы взаимозаменяемых товаров. Для формирования единого подхода к изучению товарного рынка необходимо определить, какими покупателями и какими товарами можно пренебречь. Подход к определению границ рынка с помощью теста гипотетического монополиста является тем более удачным, что в его основе лежит концепция влияния на рынок, наличия возможности злоупотребления доминирующим положением.

Наиболее распространена следующая схема выбора между узкими и широкими границами рынка. Если мы наблюдаем поставки товаров между территориями или факты замены товаров потребителями, то мы переходим к более широкому варианту определения, если же мы наблюдаем разрывы в ценах (или транспортных издержках) более 10% и отсутствие корреляции цен между сегментами рынка, то переходим к узкому варианту определения границ.

3.4.2. Субъекты рынка и их доли

Ключевым показателем для ЕЭК, в зависимости от которого она принимает решения о наличии или отсутствии доминирующего положения, является доля компаний на рынке.

Основной способ расчета доли хозяйствующего субъекта на рынке — определение соотношения объема его продаж и совокупного объема продаж на

рынке (п. 37 Методики). Однако в некоторых случаях информация об объеме продаж недоступна или конкуренция лучше характеризуется с помощью других показателей (например, для сырьевых компаний имеет смысл сравнивать их доли по запасам добываемых ресурсов; для потенциальных поставщиков — по объему производственных мощностей; для продаж аффилированным лицам — использовать натуральные показатели вместо стоимостных и т.д.).

Информация о совокупном объеме рынка может быть предоставлена статистическими органами, а может быть рассчитана на основе данных компаний. В обоих случаях есть вероятность того, что какой-то информации о рынке не будет. Поэтому в Методике еще на стадии определения состава хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на товарном рынке, сделана оговорка: *«количество выявленных хозяйствующих субъектов достаточно, чтобы подтвердить или опровергнуть гипотезу о доминирующем положении на товарном рынке любого из хозяйствующих субъектов, а также для установления степени влияния любого из них на состояние конкуренции»* (пп. «б» п. 33). Расчет совокупного объема рынка может вестись ЕЭК по продавцам, покупателям, балансу ввоза/вывоза произведенной продукции (п. 39).

Для групп лиц сделана оговорка, что доля группы лиц на товарном рынке определяется как сумма долей хозяйствующих субъектов, действующих на указанном товарном рынке и составляющих группу лиц (п. 40). Это необходимо, потому что в соответствии с п. 2 Протокола *«Группа лиц рассматривается как единый хозяйствующий субъект (субъект рынка), и положения раздела XVIII Договора и настоящего Протокола, относящиеся к хозяйствующим субъектам (субъектам рынка), распространяются на группу лиц, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Протоколом»*.

3.4.3. Оценка состояния конкуренции на товарном рынке

Нормы, содержащиеся в разд. VIII и IX Методики, во многом можно назвать «спящими». В разд. IX описывается комплекс качественных показателей — поведенческих характеристик компаний, связанных с некоторыми концепциями национального конкурентного права государств-членов, отсутствующими в Договоре о ЕАЭС.

С одной стороны, в странах — членах СНГ и странах — членах Межгосударственного совета по антимонопольной политике СНГ, был распространен следующий подход к определению доминирующего положения. Если доля компании больше некоторого установленного порогового значения (например, 50%), компания признается

занимающей доминирующее положение. Если доля меньше некоторого порогового значения (например, 10%), компания не может быть признана занимающей доминирующее положение. Если доля компании находится в диапазоне 10-50%, антимонопольный орган должен рассмотреть выполнение некоторых качественных характеристик, описывающих влияние компании на рынок. С другой стороны, широкое распространение получила концепция состязательных рынков (от англ. *contestable market*): если на рынках присутствуют крупные компании, но вход на эти рынки свободный, то угроза входа новичков является сдерживающим фактором, препятствующим повышению цен уже существующими компаниями.

Раздел X Методики, посвященный доминирующему положению, не содержит указания на анализ поведенческих характеристик, но оговаривает, что *«Доминирующее положение хозяйствующего субъекта на трансграничном товарном рынке устанавливается исходя из анализа следующих обстоятельств: ... наличие ограничений для доступа на товарный рынок (определяются в соответствии с разделом VIII настоящей Методики)»*. Таким образом, при определении доминирующего положения будет учитываться информация о барьерах входа на рынок, а не о поведенческих характеристиках.

Тем не менее все показатели, описанные в п. 48-52 Методики, безусловно, должны приниматься во внимание антимонопольным органом, даже если в явном виде они не указаны в качестве основы для принятия решений.

Важное значение имеет норма, закрепленная в п. 53 Методики, касающаяся роли вертикально-интегрированных компаний. Согласно ей увеличение доли таких компаний или наличие у них доминирующего положения на рынке является фактором ограничения конкуренции. В нем также дается определение вертикально интегрированных хозяйствующих субъектов: *«...осуществляющих деятельность на товарном рынке, на одном из смежных товарных рынков, на которых обращаются комплектующие, сырье и иные необходимые ресурсы, используемые в производстве товара, или на которые товар последовательно поступает в процессе своего перемещения от производителя к потребителю»*.

Раздел VII Методики содержит технику расчета коэффициентов концентрации и индекса Герфиндаля-Гиршмана, к значениям которых в отдельных юрисдикциях привязаны решения антимонопольных органов по одобрению или запрещению сделок экономической концентрации. Поскольку в настоящее время ЕЭК не осуществляет контроль экономической концентрации, эти положения имеют исключительно методический характер.

Методика содержит ряд структурных признаков, выраженных через доли компаний на рынке, при которых положение компании или компаний признается доминирующим

Положение одного хозяйствующего субъекта с долей на товарном рынке Союза, равной или превышающей 35% признается доминирующим (п. 60 Методики), и не может быть признано таковым, если его доля на трансграничном товарном рынке составляет менее 35%(п. 57)

Методика также содержит признаки так называемого коллективного доминирования — ситуации, когда имеющими доминирующее положение признаются одновременно несколько хозяйствующих субъектов. В этом случае их индивидуальные доли рынка должны составлять не менее 15%, а их совокупная доля на трансграничном товарном рынке, как в целом, так и на каждой из его частей, расположенных на территориях государств — членов ЕАЭС, должна составлять не менее 50% (для случая не более трех субъектов) или 70% (для случая не более четырех субъектов)

Таким образом, в основе признания доминирующего положения лежат исключительно структурные признаки (*доли рынка в соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка..., и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок других субъектов рынка*) (п. 2 Протокола)

В разд. X «Особенности проведения оценки состояния конкуренции на отдельных товарных рынках» (п. 55) утверждается, что в случае предполагаемой возможности покупателя товара устранять, ограничивать или не допускать конкуренцию на товарном рынке рассчитываются доли покупателей на рынке; выявляется наличие у продавца экономической и технической возможности продать товар; при определении барьеров для входа анализируются возможности потенциальных покупателей. Что касается барьеров для входа на товарный рынок, то в разд. VIII содержится их детальный перечень (п. 44 Методики), состоящий из четырех групп: экономические ограничения, административные ограничения, направленная на создание барьеров стратегия поведения и наличие на рынке вертикально интегрированных хозяйствующих субъектов.

При этом данный перечень является открытым: все примеры введены с помощью формулы «в том числе», т. е. ЕЭК в случае необходимости может рассматривать и другие обстоятельства и действия, затрудняющие начало деятельности хозяйствующих субъектов на рассматриваемом товарном рынке.

К экономическим ограничениям, в частности, отнесены значительные первоначальные капиталовложения, транспортные ограничения, отсутствие доступа к необходимым ресурсам, к административным — лицензии, льготы, условия конкурсов, технические стандарты, к поведенческим — поддержание избыточных мощностей, системы скидок, интенсивные рекламные компании. Наличие избыточных мощностей позволяет действующей компании в случае выхода на рынок новичка резко увеличить выпуск, чтобы его разорить. Предоставление скидок и льгот покупателям препятствует приобретению ими новых товаров. Интенсивная конкуренция за счет рекламы на рынке также увеличивает издержки новых компаний.

Хозяйственная деятельность вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов на рынке тоже является важным ограничением конкуренции и барьером для входа. Новые компании сталкиваются с ограничениями доступа к ресурсам или каналам сбыта и оказываются вынуждены сами участвовать в вертикальной интеграции, что увеличивает издержки.

3.4.4. Определение доминирующего положения хозяйствующих субъектов

Доминирующее положение — *«положение, дающее возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка..., и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок других субъектов рынка»* (п. 2 Протокола).

Методика содержит ряд структурных признаков, выраженных через компаний признается доминирующим.

Положение одного хозяйствующего субъекта с долей на товарном рынке Союза, равной или превышающей 35% признается доминирующим (п. 60 Методики), и не может быть признано таковым, если его доля на трансграничном товарном рынке составляет менее 35% (п. 57).

3.4. Методика оценки состояния конкуренции

Методика также содержит признаки так называемого коллективного доминирования — ситуации, когда имеющими доминирующее положение признаются одновременно несколько хозяйствующих субъектов. В этом случае их индивидуальные доли рынка должны составлять не менее 15%, а их совокупная доля на трансграничном товарном рынке, как в целом, так и на каждой из его частей, расположенных на территориях государств — членов ЕАЭС, должна составлять не менее 50% (для случая не более трех субъектов) или 70% (для случая не более четырех субъектов).

Таким образом, в основе признания доминирующего положения лежат исключительно структурные признаки (доли рынка).

В разд. X «Особенности проведения оценки состояния конкуренции на отдельных товарных рынках» (п. 55) утверждается, что в случае предполагаемой возможности покупателя товара устранять, ограничивать или не допускать конкуренцию на товарном рынке рассчитываются доли покупателей на рынке; выявляется наличие у продавца экономической и технической возможности продать товар; при определении барьеров для входа анализируются возможности потенциальных покупателей приобретать товар на товарном рынке. Тем самым мы можем устанавливать доминирующее положение не продавца, а покупателя.

В соответствии с п. 61–63 Методики по итогам исследования составляется аналитический отчет, в котором приводятся результаты проведенной оценки. Это очень важно с точки зрения транспарентности решений ЕЭК. В нормативных актах процедурного характера должна быть урегулирована возможность участвующих сторон и государств-членов к этому документу. Кроме того, должно быть оговорено существование конфиденциальной и неконфиденциальной версии отчета, а также порядок их возможной публикации.

ГЛАВА 4.

Комиссия как орган защиты конкуренции

4.1. Компетенция и процедуры деятельности ЕЭК в сфере защиты конкуренции

4.1.1. Правовой статус ЕЭК

Впервые ЕЭК была учреждена с подписанием Договора о Евразийской экономической комиссии от 18 ноября 2011 г. (далее — договор ЕЭК).

Комиссия начала функционировать с 2 февраля 2012 г., заменив упраздненную Комиссию Таможенного союза (действовавшую с 6 октября 2007 г.). Таким образом, ЕЭК была основана в качестве единого постоянно действующего регулирующего органа ТС и ЕЭП.

К ведению ЕЭК были отнесены следующие вопросы:

- таможенно-тарифное регулирование;
- надзор и контроль за безопасностью товаров;
- установления торговых режимов в отношении третьих стран;
- конкурентная, налоговая, макроэкономическая и энергетическая политика, а также ряд других вопросов.

Однако поскольку 29 мая 2014 г. в Астане президентами Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации был подписан Договор о ЕАЭС, Договор о ЕЭК прекратил действие.

С 1 января 2015 г. правовой статус ЕЭК подробно регламентирован приложение № 1 к Договору о ЕАЭС — Положением о Евразийской экономической комиссии, а также Решением Высшего совета от 23 декабря 2014 г. № 98 «О Регламенте работы Евразийской экономической комиссии» (далее — Регламент).

Важно отметить, что в соответствии с Договором о ЕАЭС ЕЭК обеспечивает реализацию международных договоров, а также является депозитарием международных договоров ЕАЭС, решений Высшего совета и Межправительственного совета. Кроме того, ЕЭК может быть наделена Высшим советом правом подписывать международные договоры в пределах своей компетенции.

Комиссия является наднациональным органом управления и в своей деятельности руководствуется интересами государств-членов.

Решения ЕЭК носят нормативно-правовой характер и обязательны для исполнения на территории всех государств-членов. Комиссия также принимает распоряжения (это акты организационно-распорядительного характера) и рекомендации, не имеющие обязательного характера. Все решения ЕЭК, которые могут оказать влияние на условия ведения предпринимательской деятельности в ЕАЭС, должны приниматься исходя из оценки их воздействия. Порядок проведения оценки такого влияния решений ЕЭК на деятельность субъектов на рынке установлен в Регламенте («Оценка регулирующего воздействия проектов решений Комиссии», разд. IX)

Необходимо обратить внимание на процедуру принятия решений ЕЭК. Решения, распоряжения и рекомендации Совета ЕЭК принимаются консенсусом, решения, распоряжения и рекомендации Коллегии ЕЭК — квалифицированным большинством (2/3 голосов), а по вопросам, перечень которых определяет приложение № 2 к Регламенту — консенсусом.

В своей работе ЕЭК поддерживает взаимодействие с национальными органами власти в целях принятия эффективных решений, а также напрямую с бизнес-сообществом государств-членов.

4.1.2. Понятие трансграничных рынков как критерий определения сферы компетенции ЕЭК

Пресечение нарушений общих правил конкуренции, установленных ст. 76 Договора о ЕАЭС, осуществляется на двух уровнях регулирования: национальном и наднациональном. Так, пресечение нарушений общих правил конкуренции, установленных указанной статьей, на национальных рынках (территориях государств-членов) относится к исключительной компетенции национальных антимонопольных органов (п. 8).

Комиссия же, являясь наднациональным антимонопольным органом, уполномочена пресекать нарушения общих правил конкуренции, установленных ст. 76 Договора о ЕАЭС, если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках (п. 9 Протокола).

В соответствии с Договором о ЕАЭС (п. 2 ст. 74), ЕЭК осуществляет контроль за соблюдением хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств — членов ЕАЭС общих правил конкуренции, нарушение

которых может оказать негативное влияние на состояние конкуренции на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов.

В международном публичном праве понятие «трансграничности» обычно связывается с перемещением товара с территории одного государства на территорию другого либо с торговыми операциями с участием иностранного элемента: *«Зона, в пределах которой осуществляется движение товара и финансовых средств в его оплату, взаимодействуют интересы импортеров и экспортеров, образует трансграничный товарный рынок»*¹.

Решение Высшего совета от 12 декабря 2012 г. № 29 «Об утверждении Критериев отнесения рынка к трансграничному»² устанавливает, что рынок относится к трансграничному, если географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более государств-членов (п. 2 Критериев). Определение трансграничного рынка имеет важное значение для правоприменительной практики, так как этот критерий используется в том числе для разграничения ЕЭК и компетенции национальных антимонопольных органов.

Для конкретных видов содержащихся в Договоре ЕАЭС запретов определены условия, при выполнении которых пресечение нарушений осуществляется ЕЭК. Эти условия сформулированы таким образом, чтобы ЕЭК осуществляла свои функции, гармонично дополняя деятельность органов по защите конкуренции государств-членов. Комиссия принимает решения, когда интересы входящих в экономический союз стран могут войти в противоречие и когда возникает дублирование (пересечение) компетенции национальных органов отдельных стран.

Критериями отнесения рынка к трансграничному установлены следующие условия для пресечения нарушений ЕЭК: в случае недобросовестной конкуренции (запрет, установленный в п. 2 ст. 76 Договора) о ЕАЭС хозяйствующие субъекты-конкуренты

¹ Шумилов В.М. Международное публичное экономическое право. Учеб. Пособие. М.: НИМП, 2001.

² Это решение принималось в период существования ЕврАзЭС и во исполнение Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции 2010 г., поэтому решением Высшего совета от 26 декабря 2016 г. № 26 в него были внесены изменения, устанавливающие, что данные критерии *«применяются для целей определения компетенции Евразийской экономической комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств — членов Евразийского экономического союза»*.

(нарушитель и пострадавший) должны быть зарегистрированы на территориях разных государств-членов;

- для признания соглашений антиконкурентными (запрет, установленный в п. 3-5 ст. 76) по крайней мере два хозяйствующих субъекта — нарушителя должны быть зарегистрированы на территориях разных государств-членов;
- при злоупотреблении доминирующим положением (запрет, установленный в п. 2 ст. 76) в совокупности должно быть несколько условий:

- 1) рынок должен быть трансграничным либо должны ущемляться интересы других лиц на территориях двух и более государств-членов
- 2) доля хозяйствующего субъекта-нарушителя (или нарушителей) должна превышать установленные пороговые значения;
- 3) при нарушении запрета несколькими хозяйствующими субъектами, каждый из которых занимает доминирующее положение на товарном рынке, должен быть выполнен ряд качественных критериев, обуславливающих применимость концепции коллективного доминирования. Следует отметить, что понятие «трансграничности» рынков (охват

территории двух и более стран) четко сформулировано в п. 2 Критериев. Смешение его с условиями подведомственности, правилами определения наличия компетенции наднационального органа, некорректно. По нашему мнению, правильнее говорить о наличии компетенции ЕЭК для некоторых не являющихся трансграничными рынков и о признаке трансграничности как одном из оснований возникновения этой компетенции.

Рассмотрим подробнее условия, которые должны в совокупности выполняться, чтобы действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) рассматривалось ЕЭК.

Прежде всего это условие в отношении доли хозяйствующего субъекта. Второй абзац п. 5 Критериев устанавливает, что доля объема реализации или закупки хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке и соответствующего критериям, установленным п. 2 Критериев, и чьи действия приводят к нарушению установленного запрета, от общего объема товара, обращающегося на территории каждого из государств-членов, затронутых нарушением, составляет не менее 35%. В этой формулировке обращает на себя внимание следующее.

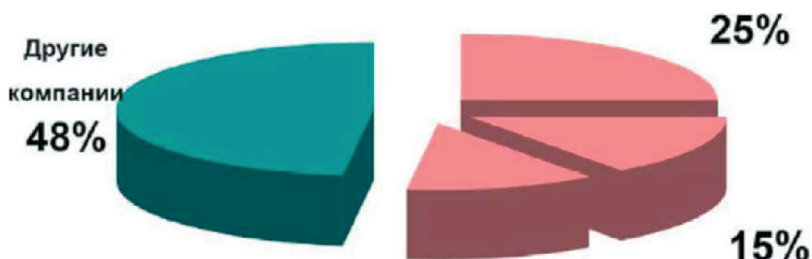
Во-первых, в данном п. речь идет о «доле объема реализации или закупки» в общем объеме товара, т. е., несмотря на то, что Методика оценки

состояния конкуренции предусматривает целый ряд показателей для определения объемов рынка (п. 37 Методики) и говорит, что «иные показатели используются в тех случаях, когда объем продаж невозможно установить» такая формулировка Критериев во всех случаях требует определения объемов реализации. Впрочем, поскольку это особо не оговорено, могут быть использованы как стоимостные, так и физические показатели объема. Подобный подход объясняется тем, что определение границ рынка в ходе расследования нарушения является результатом специального анализа, несопоставимого по длительности и трудоемкости с относительно простой оценкой объемов реализации отдельно взятой компании на рынках разных стран.

Во-вторых, в данном п. речь идет о доле от «общего объема товара, обращающегося на территории каждого из государств-членов». Это означает, что на стадии определения наличия компетенции ЕЭК нет необходимости точной идентификации географических границ рынка. Даже если рынок имеет сложную конфигурацию и не захватывает территорию какого-либо государства члена полностью, доля будет рассчитываться от общего оборота товара на территории данной страны.

В-третьих, задачей здесь является определение не доли хозяйствующего субъекта на рынке, а доли в обороте каждой затронутой нарушением страны. То есть, если компания действует во всех государствах-членах Союза и имеет в них, например, доли 100%, 50, 25, 15, 5%, то последние три страны необходимо считать не затронутыми нарушением.

Если же предполагаемое нарушение было совершено несколькими хозяйствующими субъектами, которые коллективно признаются занимающими доминирующее положение на товарном рынке, то вместо порогового значения в 35% применяются значения 50% (для двух или трех компаний) и 70% (для четырех компаний). Пример доминирующего положения трех хозяйствующих субъектов представлен на рисунке ниже.



Совокупная доля хозяйствующих субъектов (каждый из которых будет занимать доминирующее положение) должна быть не меньше этой пороговой величины на территории каждого из государств-членов, затронутых нарушением. При этом доля каждого из указанных хозяйствующих субъектов на территории каждого из государств-членов должна быть не менее 15%. В формулировке условия про 15% сразу же обращает на себя внимание отсутствие для государств оговорки «затронутых нарушением». Это, безусловно, осложняет применение ЕЭК данной нормы. В формулировке указанного критерия также содержится дополнительное условие: «совокупная доля ... нескольких хозяйствующих субъектов, ... чьи действия приводят к нарушению установленного запрета». Это означает, что каждая из рассматриваемых компаний должна была участвовать в нарушении запрета.

Кроме того, если рассматривается нарушение запрета несколькими хозяйствующими субъектами, каждый из которых занимает доминирующее положение на товарном рынке, одновременно должны быть выполнены следующие условия (абзацы 5-6 п. 5 Критериев):

- относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям;
- доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;
- реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении, 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.

Эти критерии характеризуют товарный рынок, на котором произошло нарушение, в качественном плане. Для того чтобы независимые компании в условиях олигополистической конкуренции имели мотивацию без заключения формальных договоренностей вести себя одинаково и отклоняться от условий конкурентного равновесия, коллективно демонстрируя монопольное поведение, рынок должен обладать определенными свойствами:

- на рынке должен наблюдаться высокий уровень «прозрачности» (компании должны обладать информацией о действиях друг друга и иметь возможность осуществлять мониторинг цен);

- должна отсутствовать угроза появления на рынке новых конкурентов;
- товар должен быть однородным с низкой эластичностью предъявляемого на него спроса.

Если выполнено условие относительно доли хозяйствующего субъекта (долей хозяйствующих субъектов) от объема товара, обращающегося на территории государств-членов, необходимо одновременное выполнение условия о трансграничности рынка (охват территории двух и более государств-членов) либо об ущемлении интересов других лиц на территориях двух и более государств-членов.

Что касается условия трансграничности, то отдельные исследователи указывают на то, что некоторые виды нарушений, которые в европейской практике попадали бы под компетенцию наднационального органа, остаются в ЕАЭС в сфере ведения национальных: *«когда хозяйствующий субъект действует на множестве отдельных географических рынков, каждый из которых определен в пределах национальных границ государств-участников, оказывается за пределами компетенции ЕЭК, хотя (возможно) более логично было бы рассматривать действия данного хозяйствующего субъекта силами ЕЭК, и именно такое решение и было бы принято в Европейском Союзе»*¹.

Заметим, что вполне можно говорить о наличии определенных признаков трансграничности товарного рынка:

- экономическая и техническая возможность приобретения покупателем товара в разных государствах-членах Союза;
- ориентированность продавцов (производителей) на зарубежные продажи;
- существование общих для ЕАЭС правил и стандартов;
- наличие общепризнанного мирового или регионального рынка рассматриваемого товара (с единой инфраструктурой, конъюнктурой и ценообразованием).

Что касается условия об ущемлении интересов других лиц, то состав злоупотребления доминирующим положением (п. 1 ст. 76 Договора о ЕАЭС) включает не только ограничение конкуренции (т. е. нарушение интересов неопределенного круга лиц), но и ущемление интересов других лиц при отсутствии ограничения конкуренции. Иными словами, таким

¹ Авдашева С.Б., Шаститко А.Е. Концепция трансграничных рынков как основа определения полномочий наднационального органа конкурентной политики // Бюллетень конкурентной политики. 2012. Вып. № 6. Май. С. 6.

лицом может являться даже всего один покупатель. В практике национальных органов по защите конкуренции под эту норму наиболее часто подпадают отказы естественных монополий в заключении договора при наличии экономической и технологической возможности поставки товара (оказания услуг) либо навязывание ими невыгодных условий договора.

Таким образом, из формулировки критерия следует, что при наличии в разных государствах — членах Союза конкретных лиц, чьи интересы в результате действий занимающего доминирующего положение субъекта были ущемлены, вопрос о точном расположении географических границ товарного рынка (трансграничности) отходит на второй план и пресечение нарушения будет осуществляться ЕЭК. Следовательно, в сфере компетенции ЕЭК теоретически может оказаться нарушение, непосредственно затрагивающее территорию только одной страны, однако при этом соответствует установленным условиям.

Если проблема влияния точной идентификации географических границ товарного рынка на определение наличия компетенции наднационального органа во многом устранена рассмотрением долей объема реализации компаний в общем объеме товара, обращающегося на территории страны, то вопрос о влиянии определения продуктовых границ рынка (т. е. точной идентификации собственно рассматриваемого товара) остается открытым.

Решение о границах рынка для каждого случая нарушения принимается индивидуально, после проведения достаточно сложного анализа, основывающегося на взаимозаменяемости товаров для покупателя. В разные периоды, на разных территориях могут быть получены разные выводы, а разные антимонопольные органы могут получить разные результаты, что может привести к коллизиям. От определения товара будет зависеть состав субъектов рынка, объем реализации товара и доли отдельных хозяйствующих субъектов.

Эта проблема решается правилами передачи дел между национальными и наднациональным органом в случае обнаружения соответствующей компетенции.

4.1.3. Рассмотрение ЕЭК дел о нарушении общих правил конкуренции

Договор о ЕАЭС закрепил за ЕЭК функцию контроля за соблюдением общих правил конкуренции. Комиссия пресекает нарушения общих правил конкуренции, если такие нарушения негативно влияют на конкуренцию

на трансграничных рынках (за исключением финансовых рынков). Для этого Договор наделяет ЕЭК полномочиями по расследованию фактов нарушения правил, а также привлечению нарушителей к ответственности. В соответствии с п. 10 Протокола, ... *Комиссия: 1) рассматривает заявления (материалы) о наличии признаков нарушения...; 2) возбуждает и рассматривает дела о нарушении...; 3) выносит определения, принимает обязательные для исполнения хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов решения, в том числе о применении штрафных санкций...; 4) запрашивает и получает информацию...*

Принятие решения о наличии нарушения общих правил конкуренции основывается на процессуальной форме рассмотрения дела — на административном процессе. Такой процесс отличается от судебного тем, что административный орган имеет право возбуждать дела самостоятельно, активно участвовать в их расследовании и при этом он не связан требованиями и заявлениями участвующих лиц (стороны спора в понимании гражданского и арбитражного процессов в административном деле отсутствуют). Вместе с тем административный орган обязан выполнить требования установленной законом процедуры, привлечь к участию в процессе (т.е. обеспечить доступ к материалам дела и право предоставления объяснений) предполагаемого нарушителя, который имеет право впоследствии обжаловать решение административного органа в суде. По итогам рассмотрения административного дела также может быть принято решение, предусматривающее меры, не применяемые судебными органами. Так, пп. 3 п. 10 Протокола устанавливает, что ЕЭК принимает решение о *совершении действий, направленных на прекращение нарушения общих правил конкуренции, устранение последствий их нарушения, обеспечение конкуренции, о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции на трансграничном рынке...».*

Такой административный способ защиты публичных и частных прав реализуется с использованием специальной последовательности действий для обеспечения обоснованности принимаемых решений и соблюдения интересов, участвующих в деле лиц. Порядок рассмотрения заявлений, проведения расследования, возбуждения и рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции детально закреплен в следующих актах Совета ЕЭК: решение от 23 ноября 2012 г. № 97 «О Порядке рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении правил конкуренции»;

- решение от 23 ноября 2012 г. № 98 «О Порядке проведения расследования нарушений правил конкуренции»;

- решение от 23 ноября 2012 г. № 99 «О Порядке рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции».

Соответственно, можно выделить следующие основные этапы процедуры принятия решения о нарушении общих правил конкуренции: 1) рассмотрение заявлений лиц и материалов уполномоченных органов государств — членов ЕАЭС о фактах нарушения правил конкуренции; 2) проведение расследования; 3) рассмотрение дела на заседании специальной комиссии. В качестве самостоятельного четвертого этапа можно выделить непосредственно принятие решения о наличии или отсутствии нарушения общих правил конкуренции, штрафных санкциях, мерах по устранению последствий.

Первой стадией административной процедуры ЕЭК принятия решения о наличии нарушения общих правил конкуренции можно считать **рассмотрение заявлений (материалов) о нарушении правил конкуренции.**

Заявления о нарушении правил конкуренции подаются в ЕЭК непосредственно юридическими и физическими лицами. Материалы о нарушении правил конкуренции представляются в ЕЭК органами государственной власти государств — членов ЕАЭС, в компетенцию которых входит реализация конкурентной (антимонопольной) политики.

К заявлению и материалам установлен практически единый набор требований. Так, они должны содержать сведения о лицах, в отношении которых подаются, и описание действий (бездействия), предположительно противоречащих правилам конкуренции. Материалы, представляемые уполномоченными органами стран-членов, также должны содержать документы, свидетельствующие о признаках нарушения правил конкуренции, основание для направления материалов, кандидатуры сотрудников, ответственных за взаимодействие с ЕЭК.

При невозможности представления документов, которые, по мнению заявителя, имеют отношение к рассмотрению заявления, и документов, которые по мнению уполномоченного органа, свидетельствуют о признаках нарушения правил конкуренции, указывается причина невозможности их представления, а также предполагаемые лица и (или) органы государственной власти, у которых эти документы могут быть получены.

Названные нормы устанавливают для лиц, обращающихся в ЕЭК, необходимость подтверждения обоснованности своих требований.

Заявление подается в письменном виде в произвольной форме. Заявление (материалы), а также прилагаемые к нему документы и сведения представляются в ЕЭК на русском языке. В случае если документы и сведения составлены на иностранном языке, к ним прилагается заверенный в установленном порядке перевод на русский язык. К заявлению физического лица должна прилагаться копия паспорта или иного документа, удостоверяющего личность, к заявлению юридического лица — копия свидетельства о регистрации и документы, подтверждающие полномочия лица на подписание заявления. Заявление и прилагаемые к нему документы должны быть прошиты, пронумерованы и заверены подписью физического лица (подписью руководителя юридического лица). Заявление, представляемое юридическим лицом, скрепляется печатью юридического лица.

В заявлении (материалах) указывается исчерпывающий перечень документов и сведений, содержащих конфиденциальную информацию. Порядок защиты этой информации установлен в Соглашении о порядке защиты конфиденциальной информации и ответственности за ее разглашение при осуществлении Евразийской экономической комиссией полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции, подписанном 12 ноября 2014 г.

Заявление (материалы) рассматривается в срок не более 30 рабочих дней. По результатам рассмотрения подготавливается одно из следующих видов определений (подписывает определение член Коллегии ЕЭК, курирующий вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования):

- о проведении расследования нарушений правил конкуренции;
- передаче заявления (материалов) в уполномоченные органы стран-членов;
- возвращении документов (при несоблюдении установленных требований).

Копия определения в течение трех рабочих дней направляется заявителю и уполномоченным органам государств — членам ЕАЭС независимо от основания рассмотрения заявления (материалов).

На этой первоначальной стадии изучается соответствие заявления формальным требованиям, определяется относится ли предполагаемое нарушение к компетенции ЕЭК (идет речь о трансграничных или все-таки о национальных рынках) и имеются ли признаки нарушения именно общих правил конкуренции. Вопрос, был ли факт нарушения, пока не рассматривается.

Если нарушения, указанные в заявлении (материалах), не относятся к компетенции Комиссии и на основании имеющихся в заявлении (материалах) сведений может быть сделан вывод о наличии признаков нарушения конкурентного (антимонопольного) законодательства государств-членов

ЕАЭС, то выносится определение о передаче заявления (материалов) по подведомственности в уполномоченные органы.

Второй стадией этой административной процедуры является **проведение расследования**.

В определении о проведении расследования указываются:

- дата начала проведения расследования;
- сведения о сотрудниках Комиссии, проводящих расследование; сведения о сотрудниках уполномоченных органов государств — членов ЕАЭС, ответственных за взаимодействие с ЕЭК (п. 16 Решения № 97).

Расследование проводится в срок, не превышающий 60 рабочих дней со дня подписания определения о проведении расследования. Член Коллегии ЕЭК, курирующий вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования, вправе продлить срок проведения расследования, но не более чем на 60 рабочих дней.

Практически в этот период осуществляется подготовка проекта аналитического отчета, предусмотренного Решением Совета ЕЭК от 30 января 2013 г. № 7 «О Методике оценки состояния конкуренции». Пункт 64 данной Методики специально оговаривает, что *«срок проведения оценки состояния конкуренции не может превышать сроки, установленные в соответствии с Порядком проведения расследования нарушений правил конкуренции»*.

В ходе проведения расследования ЕЭК собирает информацию, необходимую для установления признаков нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках и определения хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), в действиях которых содержатся (усматриваются) признаки нарушения общих правил конкуренции.

В рамках расследования Департамент антимонопольного регулирования ЕЭК вправе запрашивать у физических и юридических лиц, органов государственной власти государств — членов ЕАЭС, органов местного самоуправления, иных осуществляющих их функции органов или организаций информацию, документы, сведения, пояснения, необходимые для проведения расследования, в том числе конфиденциальные. При этом копия запроса одновременно направляется в уполномоченный

орган государства-члена, на территории которого находится запрашиваемое лицо. Непредставление, несвоевременное представление или представление заведомо недостоверных сведений является основанием для штрафа в размере 10-15 тыс. российских рублей для физических лиц, от 10-60 тыс. российских рублей для должностных лиц и индивидуальных предпринимателей, и от 150 тыс. — 1 млн руб. — для юридических лиц (пп. 5 п. 16 Протокола).

В случае если полученных при проведении расследования по запросу сведений (информации) недостаточно для принятия решения, ЕЭК вправе направить в уполномоченные органы мотивированное представление о проведении отдельных процессуальных действий в соответствии с п. 61 Протокола. Данный пункт предусматривает возможность проведения следующих процессуальных действий:

- опрос лиц, в отношении которых проводится расследование или ведется соответствующее дело, а также свидетелей;
- истребование документов, необходимых для проведения расследования или производства по делу;
- осмотр территорий, помещений, документов и предметов лица, в отношении которого проводится расследование или рассматривается дело о нарушении общих правил конкуренции (за исключением жилища такого лица);
- вручение документов или их копий участникам соответствующего дела;
- экспертиза и иные действия.

Процессуальные действия, которые проводятся на территории государств — членов ЕАЭС, осуществляются в присутствии сотрудников уполномоченного структурного подразделения Комиссии, представителя уполномоченного органа государства-члена, на территории которого совершено нарушение и (или) наступили негативные последствия для конкуренции, представителя уполномоченного органа государства-члена, на территории которого зарегистрирован нарушитель.

По результатам проведения расследования член Коллегии ЕЭК, курирующий вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования, выносит одно из следующих определений (п. 11, Решения № 98):

- о возбуждении и рассмотрении дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках;
- об отказе в возбуждении дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках;
- о передаче заявления (материалов) по подведомственности в уполномоченные органы.

Копия определения направляется заявителю и уполномоченным органам государств — членов ЕАЭС независимо от основания проведения расследования в течение трех рабочих дней со дня его подписания любым доступным способом, позволяющим установить факт получения.

Следует обратить внимание, что ЕЭК имеет право возбуждать дела о нарушении общих правил конкуренции по собственной инициативе. Подпункт 2 п. 10 Протокола предусматривает, что ЕЭК *«возбуждает и рассматривает дела ... на основании обращений уполномоченных органов государств-членов, хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, органов власти государств-членов, физических лиц или по собственной инициативе»*. Соответственно, порядок проведения расследования предусматривает такое самостоятельное основание для начала расследования как *«наличие возможных признаков нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, обнаруженных ЕЭК»*. По результатам такого начатого Комиссией расследования может быть принято решение о возбуждении дела.

Третьей стадией принятия решения о наличии нарушения общих правил конкуренции **является рассмотрение дела на заседании комиссии**.

Процедура рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции детально определена Решением от 23 ноября 2012 г. Решение принимается коллегиально на заседании комиссии по рассмотрению дела, состоящей не менее, чем из трех членов. Сотрудники, проводившие расследование, не могут быть включены в состав комиссии (п. 6 Решения № 99). Состав комиссии по рассмотрению дела указывается в определении о возбуждении и рассмотрении дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках (пп. 6 п. 12 Решения № 98).

Председателем комиссии по рассмотрению дела является член Коллегии ЕЭК, курирующий вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования, или по его поручению руководитель структурного подразделения ЕЭК, уполномоченного в сфере контроля за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

Комиссия по рассмотрению дела вправе его рассматривать, если на заседании присутствует не менее 2/3 от общего числа членов комиссии (п. 7 Решения № 99). На заседании комиссии также обязательно должен присутствовать ее председатель, а в случае его отсутствия или отсутствия

кворума присутствующие на заседании члены комиссии принимают решение об отложении рассмотрения и о назначении новой даты рассмотрения дела.

Председатель ведет заседания комиссии и определяет последовательность совершения действий при рассмотрении дела. Он открывает заседание комиссии, объявляет ее состав, проверяет явку лиц, участвующих в рассмотрении, разъясняет им их права и обязанности. Его задача — обеспечение условий для всестороннего исследования всех обстоятельств дела.

На заседании комиссии по рассмотрению дела исследуются доказательства, в том числе собранные в ходе проведения расследования, заслушиваются лица, участвующие в рассмотрении дела, обсуждаются их ходатайства. В ходе рассмотрения дела комиссия по рассмотрению дела вправе запрашивать у лиц, участвующих в рассмотрении дела, документы, сведения и пояснения в письменной или устной форме по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела (п. 21 Решения № 99). При рассмотрении дела комиссия по рассмотрению дела вправе привлекать экспертов, переводчиков, а также лиц, располагающих сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела, о чем выносится соответствующее определение (п. 18 Решения № 99). В случае проведения экспертизы рассмотрение дела приостанавливается.

Лица, участвующие в рассмотрении дела, имеют право (п. 13 Решения № 99):

- знакомиться с материалами дела, делать выписки из них;
- представлять доказательства и знакомиться с доказательствами;
- задавать вопросы другим лицам, участвующим в рассмотрении дела;
- заявлять ходатайства;
- давать пояснения в письменной или устной форме, приводить доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам;
- знакомиться с ходатайствами других лиц, участвующих в рассмотрении дела, возражать против ходатайств и(или) доводов других лиц, участвующих в рассмотрении дела.

Лицу, в отношении которого проводилось расследование и в действиях (бездействии) которого обнаружены признаки нарушения общих правил конкуренции, гарантируется участие в рассмотрении дела. Так, комиссия по рассмотрению дела вправе рассмотреть дело в отсутствие таких лиц, если установлен факт получения ими копии определения, извещающего о месте и времени рассмотрения (п. 17 Решения № 99). Комиссия по рассмотрению дела обязана отложить его рассмотрение в случае привлечения в качестве ответчика по делу лица, ранее не участвовавшего в данном деле или

участвовавшего в ином статусе, а также обнаружения в ходе рассмотрения дела в действиях (бездействии) ответчика по делу признаков иного нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, чем нарушение, по признакам которого было возбуждено дело (п. 28 Решения № 99).

При отложении рассмотрения дела течение срока его рассмотрения не прерывается (основаниями отложения являются ходатайства участников, необходимость получения новых доказательств, привлечение экспертов). При приостановлении рассмотрения дела течение срока рассмотрения дела прерывается и продолжается с момента возобновления рассмотрения дела. Основанием приостановления может являться необходимость проведения экспертиз. Комиссия по рассмотрению дела также вправе приостановить его рассмотрение в случае рассмотрения уполномоченными органами, Судом Союза, судом государства-члена, правоохранительными органами государства-члена другого дела, имеющего значение для рассмотрения данного дела (пп. 1 п. 30 Решения № 99).

При отложении, приостановлении, возобновлении рассмотрения дела, а также назначении экспертизы комиссия по рассмотрению дела выносит определение, копия которого в течение трех рабочих дней со дня его вынесения направляется лицам, участвующим в рассмотрении дела.

После исследования доказательств по делу, изложения мнений лиц, участвующих в рассмотрении дела, заключений экспертов, проведения опроса лиц, располагающих сведениями об исследуемых комиссией по рассмотрению дела обстоятельствах, председатель комиссии по рассмотрению дела объявляет об окончании рассмотрения дела.

В качестве самостоятельной, четвертой стадии можно выделить **принятие решения по делу** Коллегией ЕЭК. По окончании рассмотрения дела комиссия по рассмотрению дела подготавливает проект решения Коллегии ЕЭК. Проект решения вносится на заседание Коллегии ЕЭК членом Коллегии, курирующим вопросы конкуренции и антимонопольного регулирования, и принимается в порядке, предусмотренном Регламентом работы ЕЭК, утвержденному решением Высшего совета от 23 декабря 2014 г. Решением № 98. Напомним, что решения Коллегии ЕЭК принимаются консенсусом или квалифицированным большинством, которое составляет 2/3 голосов общего числа членов Коллегии Комиссии (ст. 18 Договора о ЕАЭС).

При этом решения по нарушениям общих правил конкуренции не включались в список чувствительных вопросов, решения по которым принимаются консенсусом (приложение № 2 к Регламенту работы ЕЭК).

Решение по делу состоит из вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей. Описательная часть содержит информацию о сообщении заявителя либо выявленные ЕЭК факты; доводы ответчика и пояснения других лиц. В мотивировочной части указываются установленные при проведении расследования обстоятельства. В резолютивной части содержатся выводы о наличии или об отсутствии нарушения, размер штрафа, меры по устранению нарушения.

В случае установления вопросов, требующих дополнительной проработки, Коллегия не принимает решение по делу и возвращает его в комиссию по рассмотрению дела, которая возобновляет свою работу. Комиссия по рассмотрению дела выносит определение «О возобновлении рассмотрения дела» и рассматривает его в срок, не превышающий 30 рабочих дней. Рассмотрение возобновленного дела также осуществляется по правилам, установленным Порядком рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции (Решение № 99).

В случае отсутствия в действиях ответчика нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках или прекращении существования лица — единственного ответчика по делу Коллегия ЕЭК принимает решение о прекращении рассмотрения дела.

В связи с отсутствием сложившейся практики, открытым остается вопрос, в какой степени нарушения порядка рассмотрения дела могут служить основанием для признания решения ЕЭК недействительным? Пункт 49 Решения № 99 констатирует, что *«решения Коллегии Комиссии оспариваются в установленном порядке»*. По аналогии с национальным законодательством государств — членов ЕАЭС следует ожидать, что Суд Союза может признавать решения Коллегии ЕЭК недействительными только в том случае, если нарушение порядка рассмотрения дела повлияло на существо решения.

Копии решения по делу, принятого Коллегией ЕЭК, направляются лицам, участвующим в рассмотрении дела, любым способом, позволяющим установить факт получения ими таких копий.

В соответствии с п. 14 Протокола, решения ЕЭК о наложении штрафа, ее решения, обязывающие нарушителя совершать определенные действия, являются исполнительными документами и подлежат исполнению органами принудительного исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц государств-членов. Акты ЕЭК могут быть оспорены в Суде

Союза¹. В случае принятия Судом Союза заявления об обжаловании решения ЕЭК по делу о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках к производству действие решения Комиссии приостанавливается до дня вступления решения Суда Союза в законную силу.

4.1.4. Взаимодействие уполномоченных органов государств-членов

В целях реализации законодательства ЕАЭС о защите конкуренции Договор предусматривает несколько форм взаимодействия государств-членов, закрепленных в разд. V Протокола, а именно:

- направление уведомлений;
- направление запросов о предоставлении информации и документов, поручений о проведении отдельных процессуальных действий;
- обмен информацией;
- осуществление правоприменительной деятельности по запросу государства-члена;

• осуществление согласованной конкурентной политики. **Направление уведомлений.** Направление уполномоченным орган государства-члена письменного уведомления уполномоченному органу другого государства-члена, осуществляется в случае, если ему станет известно, что его правоприменительная деятельность может затронуть интересы другого государства-члена в сфере защиты конкуренции.

Под **правоприменительной деятельностью**, которая может затронуть интересы другого государства-члена в сфере защиты конкуренции, Протокол понимает следующую деятельность уполномоченных органов государств-членов:

- имеющую отношение к правоприменительной деятельности другого государства-члена;
- касающуюся антиконкурентных действий (за исключением сделок по слиянию или приобретению и совершения иных действий), осуществляемых в том числе на территории другого государства-члена;

¹ Суд Союза принимает к рассмотрению заявление об обжаловании решения ЕЭК по делу о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках без предварительного обращения заявителя в ЕЭК для урегулирования вопроса в досудебном порядке (п. 15 Протокола).

- касающуюся сделок (иных действий), в которых одна из сторон сделки или лицо, контролирующее одну или более сторон сделки или иным образом определяющее условия ведения ими предпринимательской деятельности, является лицом, зарегистрированным или учрежденным в соответствии с законодательством другого государства-члена;
- связанную с применением мер принудительного воздействия, которые требуют осуществления или запрещают какие-либо действия на территории другого государства-члена в рамках обеспечения соблюдения конкурентного (антимонопольного) законодательства. **Направление запросов о предоставлении информации и документов, поручений о проведении отдельных процессуальных действий.** Уполномоченный орган государства — члена вправе также направить уполномоченному органу другого государства члена письменный запрос о предоставлении информации и документов, поручение о проведении отдельных процессуальных действий, которые должны содержать следующие сведения, указанные в п. 29 Протокола:
- номер дела (при его наличии), по которому запрашивается информация, подробное описание правонарушения и иных относящихся к нему фактов, юридическую квалификацию деяния в соответствии с законодательством запрашивающего государства-члена, иные документы с приложением текста применяемого закона;
- сведения о лицах, в отношении которых рассматриваются соответствующие дела, а также о свидетелях;
- точный адрес получателя и наименование вручаемого документа;
- перечень сведений и действий, подлежащих представлению либо исполнению.

По общему правилу запрос о предоставлении информации и документов, поручение о проведении отдельных процессуальных действий должны исполняться в течение одного месяца со дня их получения либо в иной срок, заранее согласованный уполномоченными органами государств-членов.

Процессуальные действия (опрос лиц, в отношении которых ведется соответствующее дело, а также свидетелей; осмотр территорий, помещений, ознакомление с документами и предметами лица, в отношении которого направлено поручение и т.д.) и иные действия по соответствующим делам проводятся согласно законодательству запрашиваемого государства-члена.

Обмен информацией. Уполномоченные органы государств-членов с учетом требований своего законодательства обмениваются информацией:

- о состоянии товарных рынков, подходах и практических результатах демополизации в рамках структурной перестройки экономики, методах и опыте работы по предупреждению, ограничению и пресечению монополистической деятельности и развитию конкуренции;
- сведениях, содержащихся в национальных реестрах предприятий, занимающих доминирующее положение и осуществляющих поставку продукции на товарные рынки государств-членов;
- практике рассмотрения дел о нарушениях конкурентного (антимонопольного) законодательства государств-членов.

В случае, если уполномоченный орган государства-члена располагает информацией об антиконкурентных действиях, которая, по его мнению, имеет отношение к правоприменительной деятельности уполномоченного органа другого государства-члена или может служить основанием для такой деятельности, данная информация предоставляется в распоряжение уполномоченному органу данного государства-члена.

При этом уполномоченный орган государства-члена вправе направить уполномоченному органу другого государства-члена запрос о предоставлении соответствующей информации с изложением обстоятельств дела, для рассмотрения которого требуется запрашиваемая информация.

Уполномоченный орган государства-члена, получивший запрос, предоставляет запрашивающему уполномоченному органу другого государства-члена информацию, находящуюся в его распоряжении, если такая информация рассматривается им как имеющая отношение к правоприменительной деятельности запрашивающего уполномоченного органа государства-члена или служащая основанием для такой деятельности.

Запрашиваемая информация направляется в сроки, согласованные уполномоченными органами государств-членов, но не позднее 60 календарных дней со дня получения запроса.

Осуществление правоприменительной деятельности по запросу государства-члена. В случае если государство-член полагает, что антиконкурентные действия, осуществляемые на территории другого государства-члена, негативным образом затрагивают его интересы, оно может уведомить об этом государство-член, на территории которого осуществляются антиконкурентные действия, а также обратиться к этому государству-члену с просьбой инициировать надлежащие

правоприменительные действия, связанные с пресечением соответствующих антиконкурентных действий. Указанное взаимодействие осуществляется через уполномоченные органы государств-членов.

Уведомление должно содержать информацию о характере антиконкурентных действий и возможных последствиях для интересов уведомляющего государства-члена, а также предложение о предоставлении дополнительной информации и об ином сотрудничестве, которое уведомляющее государство-член полномочно предложить.

При получении уведомления и после проведения переговоров между уполномоченными органами государств-членов (если их проведение необходимо) уведомляемое государство-член решает вопрос о необходимости начала правоприменительных действий или о расширении ранее начатых правоприменительных действий в отношении указанных в уведомлении антиконкурентных действий.

Осуществление согласованной конкурентной политики. Государства-члены проводят согласованную конкурентную политику в отношении действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьих стран, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов.

Такая согласованная политика осуществляется путем применения норм законодательства государств-членов к таким хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) одинаковым образом и в равной мере независимо от организационно-правовой формы и места их регистрации в равных условиях.

4.1.5. Взаимодействие ЕЭК и уполномоченных органов государств-членов

В целях реализации права ЕАЭС о защите конкуренции Договор также предусматривает несколько форм взаимодействия ЕЭК и уполномоченных государств-членов, которые закреплены в разд. VI Протокола, а именно:

- передача уполномоченными органами государств-членов заявлений о нарушении общих правил конкуренции на рассмотрение Комиссии;
- передача Комиссии дела на рассмотрение уполномоченному органу государства-члена;
- проведение расследования нарушений общих правил конкуренции и рассмотрении дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

Передача уполномоченными органами государств-членов заявлений о нарушении общих правил конкуренции на рассмотрение

ЕЭК. Решение о передаче заявления о нарушении общих правил конкуренции на рассмотрение ЕЭК может быть принято уполномоченным органом государства-члена на любой стадии его рассмотрения.

При принятии такого решения уполномоченный орган государства-члена направляет соответствующее письменное обращение в ЕЭК, в котором указывает:

- наименование органа, направляющего заявление;
- наименование хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), в действиях (бездействии) которого содержатся признаки нарушения общих правил конкуренции;
- описание действий (бездействия), содержащих признаки нарушения общих правил конкуренции;
- границы товарного рынка, на котором выявлены признаки нарушения;
- положения ст. 76 Договора о ЕАЭС, которые, по мнению уполномоченного органа государства-члена, нарушены.

К обращению также прилагаются документы, в ходе рассмотрения которых были выявлены признаки нарушения общих правил конкуренции и которые необходимы, по мнению уполномоченного органа государства-члена, для рассмотрения обращения ЕЭК.

По результатам рассмотрения заявления ЕЭК принимает одно из следующих решений:

- решение о проведении расследования нарушений общих правил конкуренции;
- передаче заявления (материалов) по подведомственности в уполномоченные органы государств-членов;
- возвращении заявления.

При этом направление уполномоченным органом государства-члена в ЕЭК обращения является основанием для приостановления рассмотрения заявления о нарушении общих правил конкуренции уполномоченным органом государства-члена до принятия Комиссией вышеназванных решений.

Передача ЕЭК дела на рассмотрение уполномоченному органу государства-члена. Решение о передаче ЕЭК заявления (материалов) на

рассмотрение уполномоченному органу государства-члена может быть принято на любой стадии его рассмотрения в случае, если ЕЭК установит, что пресечение нарушения общих правил конкуренции относится к компетенции уполномоченного органа государства-члена.

В случае принятия такого решения уполномоченное структурное подразделение ЕЭК подготавливает соответствующее обращение в уполномоченный орган государства-члена, в котором указывает:

- наименование хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), в действиях (бездействии) которого содержатся признаки нарушения общих правил конкуренции;
- описание действий (бездействия), содержащих признаки нарушения общих правил конкуренции;
- границы товарного рынка, на котором выявлены признаки нарушения. К обращению прилагаются документы, в ходе рассмотрения которых были выявлены признаки нарушения общих правил конкуренции, и которые необходимы по мнению ЕЭК, для рассмотрения обращения уполномоченным органом государства-члена.

Проведение расследования нарушений общих правил конкуренции и рассмотрении дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках. При проведении расследования нарушения общих правил конкуренции и рассмотрении дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках ЕЭК вправе направлять в уполномоченные органы государств-членов запросы о предоставлении информации и документов, оформляется в письменной форме и должен содержать:

- цель запроса;
- номер соответствующего дела (при наличии), по которому запрашивается информация, подробное описание правонарушения и иных относящихся к нему фактов, юридическую квалификацию деяния в соответствии со ст. 76 Договора о ЕАЭС и Протокола;
- сведения о лице, в отношении которого рассматривается соответствующее дело (при наличии такой информации):
- срок, в течение которого информация должна быть предоставлена, но не менее десяти рабочих дней с даты получения запроса;
- перечень сведений, подлежащих представлению.

К запросу должны быть приложены копии документов, ссылки на которые содержатся в тексте запроса, а также иные документы, необходимые для надлежащего исполнения запроса.

Комиссия также вправе направлять соответствующие запросы органам власти государств-членов, юридическим и (или) физическим лицам государства-члена. В таком случае ЕЭК одновременно направляет копию такого запроса в уполномоченный орган государства-члена, на территории которого осуществляет свои полномочия запрашиваемый орган власти, зарегистрировано запрашиваемое юридическое лицо, временно или постоянно проживает запрашиваемое физическое лицо.

4.2. Ответственность за нарушение законодательства о конкуренции

4.2.1. Понятие, принципы и виды ответственности за нарушение законодательства о конкуренции

Положения об ответственности за нарушение законодательства о конкуренции закреплены в Договоре о ЕАЭС (разд. IV Протокола). Так, в соответствии с данным разделом предусмотрены полномочия ЕЭК по применению штрафных санкций за следующие нарушения:

- недобросовестная конкуренция;
- заключение антиконкурентных соглашений;
- координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов (субъектов рынка);
- злоупотребление доминирующим положением;
- непредставление или несвоевременное представление в ЕЭК сведений (информации).

Исходя из наиболее распространенной теории ответственности, применяемой в теории права стран постсоветского пространства под **юридической ответственностью** понимается *«нормативная, обеспеченная государственным принуждением, убеждением или поощрением юридическая обязанность по соблюдению и исполнению требований норм права, реализующаяся в правомерном поведении субъектов, одобряемом или поощряемом государством, а в случае ее нарушения — обязанность правонарушителя претерпеть осуждение, ограничение прав имущественного или личного неимущественного характера и их реализация»*.

С учетом того, что как ответственность, которая закреплена в национальном законодательстве, так и ответственность, которая

предусмотрена в Договоре о ЕАЭС, обеспечены государственным принуждением со стороны государств-членов, данная ответственность является юридической ответственностью.

Соответственно, данной ответственности присущи общие для юридической ответственности принципы, а именно: справедливость, законность, неотвратимость, индивидуализация, гуманизм, виновность деяния, соразмерность и целесообразность.

Исходя из наиболее общепринятой классификации видов юридической ответственности, основанной на отраслевом разделении норм права, выделяется гражданско-правовая, административная, уголовная и конституционная ответственность.

Каждому из данных видов ответственности присущи свои специальные принципы.

Так, **административная ответственность** понимается как *«применение государственными органами и должностными лицами в условиях внеслужебного подчинения административных санкций за правонарушение»*.

При этом к принципам административной ответственности относят принципы законности, равенства перед законом, неотвратимости ответственности, виновной ответственности, справедливости и гуманизма (см. например ст. 4.2 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях и ст. 3 Кодекса Кыргызской Республики об административной ответственности).

Специальные принципы ответственности за нарушение законодательства о конкуренции в ЕАЭС закреплены в п. 6 ст. 75 Договора о ЕАЭС. К ним относятся принципы эффективности, соразмерности, обеспеченности, неотвратимости и определенности.

Помимо прочего, названные принципы реализуются через наиболее высокие штрафные санкции, которые должны устанавливаться за нарушения, представляющие наибольшую угрозу для конкуренции (ограничивающие конкуренцию соглашения, злоупотребление доминирующим положением хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов). Также штрафные санкции предпочтительно исчисляют исходя из суммы выручки правонарушителя от реализации товара или из суммы расходов правонарушителя на приобретение товара, на рынке которого совершено правонарушение.

Исходя из изложенных выше характеристик, ответственность за нарушение законодательства о конкуренции, закрепленная в разд. IV Протокола по своей правовой природе наиболее ближе к административной ответственности, так как применяется административным органом, имеющим

властные полномочия в отношении субъектов правонарушения (ЕЭК) и реализуется через применения штрафных санкций, взыскиваемых в доход государств-членов (п. 17 Протокола).

Данный вывод имеет **практическое** значения для ответа на вопросы, какими принципами следует руководствоваться для практического применения мер ответственности, предусмотренных в разд. IV Протокола, а также соотношения мер ответственности, установленных в указанном разделе Протокола и в национальном законодательстве.

Следует отметить, что в национальном законодательстве государств-членов помимо иных видов ответственности, установлена уголовная ответственность за нарушение правил конкуренции. При этом в диспозицию соответствующей ст. уголовного закона (кодекса) может быть включено требование о наличии административного взыскания за данные нарушения (см. например п. 1 ст. 247 Уголовного кодекса Республики Беларусь).

Исходя из этого, остается дискуссионным вопрос о том, можно ли рассматривать взыскания, наложенные ЕЭК в качестве административного взыскания, предусмотренного диспозицией соответствующей ст. национального уголовного закона (кодекса).

С учетом схожести по своей правовой природе ответственности, предусмотренной в разд. IV Протокола и административной ответственности, установленной в национальном законодательстве, на данный вопрос можно утвердительно ответить.

4.2.2. Порядок привлечения к ответственности за нарушения законодательства о конкуренции

В соответствии с положениями п. 16 Протокола, в качестве субъектов ответственности определены:

- должностные лица;
- индивидуальный предприниматель;
- юридическое лицо.

В соответствии с пп. 2 п. 16 Протокола установлено, что под **должностным лицом** понимаются выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции руководители

и работники хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), некоммерческих организаций, не являющихся хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), руководители организаций, осуществляющих полномочия единоличных исполнительных органов хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), некоммерческих организаций, не являющихся хозяйствующими субъектами (субъектами рынка). Следует отметить, что данное определение в целом соответствует определению должностных лиц, используемых в законодательстве государств-членов (см. например, примечание к ст. 2.4 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации).

Вместе с тем к должностным лицам также приравнены физические лица, профессиональная приносящая доход деятельность которых в соответствии с законодательством государств-членов подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию.

Данное определение создает коллизию с определением индивидуальных предпринимателей, которые в соответствии с положениями разд. IV Протокола выделены в качестве отдельного субъекта ответственности.

Договор о ЕАЭС не определяет понятия «индивидуальный предприниматель».

Вместе с тем, исходя из понятийного аппарата, который обычно используемого в государствах-членах, можно сделать вывод о том, что под **индивидуальными предпринимателями** понимаются физические лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица и зарегистрированные в установленном порядке (например, см. п. 1 ст. 23 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Соответственно, указанное выше положение пп. 2 п. 16 Протокола вносит коллизию в отношении того, следует ли рассматривать физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и прошедших соответствующую государственную регистрацию как индивидуальных предпринимателей или как должностных лиц.

Вероятно, при подготовке пп. 2 п. 16 Протокола имелись ввиду те категории физических лиц, чья деятельность требует государственной регистрации и (или) лицензирования, но не рассматривается в качестве предпринимательской деятельности (например, адвокаты, нотариусы и т.п.). В таком случае, формулировку пп. 2 п. 16 Протокола следует уточнить, указав, что к должностным лицам также приравнены физические лица, профессиональная приносящая доход деятельность которых в соответствии с законодательством государств-членов подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию, за исключением индивидуальных предпринимателей.

Порядок для привлечения к ответственности нарушения законодательства о конкуренции закреплен в Протокола, а также в Решениях Совета ЕЭК № 97 «О Порядке рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении правил конкуренции», № 98 «О Порядке проведения расследования нарушений правил конкуренции» и № 99 «О Порядке рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции » (оба приняты 23 ноября 2012 года).

Согласно своим полномочиям Департамент антимонопольного регулирования ЕЭК проводит рассмотрение фактов нарушений правил конкуренции, инициирует проведения расследования таких фактов, а также рассмотрение дел о нарушении правил конкуренции и наложение штрафов или применение иных мер реагирования в рамках своей компетенции.

В соответствии с п. 14 Протокола решения ЕЭК о применении мер ответственности или мер реагирования являются исполнительными документами и подлежат исполнению национальными органами принудительного исполнения судебных актов.

Решения и действия (бездействие) ЕЭК в сфере конкуренции оспариваются в Суде Союза в порядке, предусмотренном его статутом.

Основаниями для привлечения к ответственности за нарушения законодательства о конкуренции в соответствии с Протоколом являются нарушение требований, установленных в разд. XVIII Договора о ЕАЭС и самом Протоколе, но если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках ЕАЭС, за исключением нарушений, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на трансграничных финансовых рынках, пресечение которых осуществляется в соответствии с законодательством государств-членов.

Рассмотрим более подробно некоторые из подобных нарушений.

Злоупотребление доминирующим положением. Субъектом данного правонарушения является субъект рынка , занимающий доминирующее положение на рынке. При этом в силу пп. 5 п. 2 Протокола, в качестве такого субъекта рынка рассматривается не только юридические или физические лица, но и группа лиц.

Соответственно, в том случае, если группа лиц занимает доминирующее положение на рынке, каждый из членов данной группы, который допустил нарушения законодательства о конкуренции, может быть субъектом данного правонарушения, даже если доля этого лица на рынке незначительна.

Положениями п. 1 ст. 76 Договора о ЕАЭС установлено, что злоупотреблением доминирующим положением признаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц.

В качестве таких действий рассматриваются:

- установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;
- изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;
- навязывание контрагенту экономически или технологически не обоснованных условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора;
- экономически или технологически не обоснованное сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также если такое сокращение или такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено Договором о ЕАЭС и (или) другими международными договорами государств-членов;
- экономически или технологически не обоснованный отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара с учетом особенностей, предусмотренных Договором о ЕАЭС и (или) другими международными договорами государств-членов;
- экономически, технологически или иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, создание дискриминационных условий с учетом особенностей, предусмотренных Договором о ЕАЭС и (или) другими международными договорами государств-членов;
- создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка). Вместе с тем указанный выше перечень не является исчерпывающим.

При этом рассматриваются также действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих положения на рынке, которые не оказывают негативного влияния на конкуренцию, но повлекли ущемление интересов других лиц.

Важно также отметить, что в национальном законодательстве, принятом в соответствии с Договором о ЕАЭС указанное определение злоупотребления доминирующего положения разнится в связи с тем, что законодатели рассматривают в качестве «других лиц», чьи интересы могут быть нарушены, различные категории лиц. Так, согласно ч. 1 ст. 174 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан установлено, что под злоупотреблением доминирующим положением понимаются действия (бездействия), которые, помимо прочего «ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей». При этом, в законе Республики Беларусь от 12 декабря 2013 г. № 94-З «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» используется более узкое определение, в соответствии с которым в качестве злоупотребления доминирующим положением рассматриваются действия (бездействие), результатом которых является или может явиться «ущемление интересов других хозяйствующих субъектов» (ст. 12).

Указанные различия в интерпретации положений Договора о ЕАЭС могут привести к коллизиям при применении его положений на национальном уровне, в связи с чем в правоприменительной практике ЕЭК следует выработать более четкие критерии в отношении круга лиц, нарушение чьих интересов может рассматриваться как злоупотребление доминирующим положением.

В разд. IV Протокола установлена ответственность за злоупотребление доминирующим положением в виде фиксированного штрафа для должностных лиц и индивидуальных предпринимателей (от 20 тыс. до 150 тыс. руб.).

Для юридических лиц ответственность закреплена в размере от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, либо суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого

совершено правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 тыс. руб., а в случае если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг), — в размере от трех тысячных до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 тыс. руб.

Вышеуказанная структура штрафов за злоупотребление доминирующим положением направлена на соблюдения принципов эффективности и соразмерности ответственности за нарушение законодательства о конкуренции. Так, исходя из Методики расчета и порядка наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденной Решением Совета ЕЭК от 17 декабря 2012 г. № 118, установлены коэффициенты, влияющие на увеличение или уменьшение размера ответственности в зависимости от поведения правонарушителя в пределах максимальной и минимальной суммы штрафа.

Антиконкурентные соглашения. Перед тем, как перейти к описанию мер ответственности за заключение антиконкурентных соглашений, следует уточнить определение таких соглашений. Так, исходя из положений подпунктов 4 и 5 ст. 76 Договора о ЕАЭС под **антиконкурентными соглашениями** понимаются:

«вертикальные» соглашения (за исключением «вертикальных» соглашений, признаваемых допустимыми в соответствии с критериями допустимости, установленных в Протоколе) в случае, если:

1. такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, когда продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;
2. такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), который является конкурентом продавца. Такой запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя и иные соглашения между субъектами рынка. иные соглашения между субъектами рынка, в

случае если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Как следует из указанных выше положений, в отношении «вертикальных» соглашений установлен закрытый перечень их видов соглашений, которые могут быть признаны антиконкурентными. В отношении же иных соглашений между субъектами рынка определенный перечень отсутствует и единственным критерием является ограничение конкуренции на рынке.

При этом, в силу пп. 1 п. 2 Протокола под «вертикальными» соглашениями понимаются соглашения между субъектами рынка, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой — предоставляет товар или является его потенциальным продавцом.

Исходя из данного определения, дискуссионным является вопрос о том, любое ли соглашение между приобретателем и продавцом следует относить к категории «вертикальных» соглашений. Так, в качестве примера можно привести соглашение между продавцом и несколькими его дистрибьюторами в отношении территориального раздела рынка, при котором продавец и дистрибьюторы согласовывают определенные территории для деятельности каждого из дистрибьюторов.

С учетом того, что участниками такого соглашения являются не только продавец и покупатель, но и иные покупатели данного продавца, полагаем, что данное соглашение не может быть признано «вертикальным» и в отношении него не должны применяться исключения, предусмотренные для «вертикальных» соглашений.

Отмечаем, что такой подход поддерживается и в теории **конкурентного** права государств-членов.

Как отмечалось ранее, в Протоколе установлены критерии допустимости для антиконкурентных соглашений. В частности, положениями п. 5 Протокола закреплено, что соглашения, предусмотренные п. 4 и 5 ст. 76 Договора о ЕАЭС, могут быть признаны допустимыми, если они не накладывают на хозяйствующие субъекты (субъекты рынка) ограничения, не являющиеся необходимыми для достижения целей этих соглашений, и не создают возможность для устранения конкуренции

на соответствующем товарном рынке и если хозяйствующие субъекты (субъекты рынка) докажут, что такие соглашения имеют или могут иметь своим результатом:

- совершенствование производства (реализации) товаров или стимулирование технического (экономического) прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров производства государств-членов на мировом товарном рынке;
- получение потребителями соразмерной части преимуществ (выгод), которые приобретаются соответствующими лицами от совершения таких действий.

Как видно из сказанного, критерии допустимости для указанных соглашений являются достаточно узкими и на практике могут быть применены в очень ограниченных случаях.

В отношении «вертикальных» соглашений, названные соглашения допускаются, если:

- такие соглашения являются договорами коммерческой концессии;
- доля каждого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), являющегося участником такого соглашения, на рынке реализуемого товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения, не превышает 20%.

В силу п. 7 Протокола, также признаются допустимыми соглашения между субъектами рынка, входящими в одну группу лиц, если одним из таких субъектов рынка в отношении другого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) установлен прямой или косвенный контроль либо если такие хозяйствующие субъекты (субъекты рынка) находятся под прямым или косвенным контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) не допускается в соответствии с законодательством государств-членов.

Данное исключение обусловлено общим подходом, закрепленным в Протокола, который заключается в том, что группа лиц рассматривается как единый субъект рынка.

В разд. IV Протокола установлена ответственность за заключение антиконкурентных соглашений в виде штрафа в размерах, аналогичных размерам штрафов, установленных за злоупотребление доминирующим положением.

При этом в соответствии с п. 19 Протокола закреплены меры, направление на стимулирование субъектов рынка к добровольному раскрытию информации о совершении ими антиконкурентных соглашений. Так, согласно данному пункту лицо (группа лиц), добровольно заявившее в ЕЭК о

заключении им антиконкурентного соглашения, освобождается от ответственности за данное нарушение при выполнении в совокупности следующих условий:

- на момент обращения лица с заявлением Комиссия не располагала сведениями и документами о совершенном правонарушении;
- лицо отказалось от участия или дальнейшего участия в соглашении, недопустимом в соответствии со ст. 76 Договора о ЕАЭС;
- представленные сведения и документы являются достаточными для установления события правонарушения.

Таким образом, в результате применения данного положения участник антиконкурентного соглашения, который первый сообщил ЕЭК о наличии такого нарушения, может избежать ответственности.

Недобросовестная конкуренция. В соответствии с пп. 14 п. 2 Протокола под *недобросовестной конкуренцией* понимаются любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) (групп лиц), которые противоречат законодательству стран ЕАЭС, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить ущерб другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

При этом, в п. 2 ст. 76 Договора о ЕАЭС приведен лишь примерный перечень действий, которые могут рассматриваться в качестве недобросовестной конкуренции. Такое широкое определение может привести к тому, что в правоприменительной практике ЕЭК будет необоснованно рассматривать в качестве недобросовестной конкуренции любые действия субъекта рынка, которые причинили ущерб другим хозяйствующим субъектам.

В связи с этим возможно более целесообразно закрепить в актах ЕЭК закрытый перечень нарушений, которые могут рассматриваться как недобросовестная конкуренция.

В соответствии с разд. IV Протокола за совершение действий, подпадающих под определение «недобросовестной конкуренции» установлены следующие размеры штрафов: для должностных лиц и индивидуальных предпринимателей в размере от 20 тыс. до 110 тыс. руб., для юридических лиц — в размере от 100 тыс. до 1 млн руб.

Конкретный размер штрафа ЕЭК определяет исходя из наличия обстоятельств, смягчающих ответственность, и обстоятельств, отягчающих ответственность, установленных в Методике расчета и порядка наложения штрафов¹ за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

ГЛАВА 5.

Основная деятельность ЕЭК по формированию и реализации конкурентной политики в рамках ЕАЭС

5.1. Работа ЕЭК в сфере предупреждения нарушений общих правил конкуренции

С момента создания в 2012 г. Комиссии вопросам развития конкуренции и антимонопольного регулирования отводилось одно из самых значимых мест, в связи с чем они были вынесены на наднациональный уровень. 24 декабря 2013 года Высший совет принял историческое Решение от 24 декабря 2013 г. № 58 «О передаче Евразийской экономической комиссии полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции на трансграничных рынках на территориях государств — членов Таможенного союза и Единого экономического пространства», создав тем самым наднациональный орган в сфере антимонопольного контроля.

В период с 2012 г. по 2015 г. ЕЭК успешно реализовывала проект по созданию единой нормативно-правовой базы конкурентной политики и антимонопольного регулирования на территории государств — членов ЕАЭС. Правовая основа ЕАЭС по защите конкуренции представлена целым рядом рассмотренных ранее документов¹:

- Договор о Евразийском экономическом союзе (разд. XVIII и приложение №19);

- Соглашение о порядке защиты конфиденциальной информации и ответственности за ее разглашение при осуществлении Комиссией полномочий по контролю за соблюдением единых правил конкуренции (Москва, 12 ноября 2014 г.);
- Решение Коллегии ЕЭК от 6 ноября 2012 г. № 210 «О Порядке подачи в Евразийскую экономическую комиссию обращений государств — членов Евразийского экономического союза по фактам введения государственного ценового регулирования и их рассмотрения Евразийской экономической комиссией»; Решение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 12 сентября 2016 г. № 104 «О внесении изменений в Решение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 6 ноября 2012 г. № 210»;
- Решение Коллегии ЕЭК от 19 декабря 2016 г. № 169 «Об утверждении Порядка реализации общих процессов в рамках Евразийского экономического союза»;
- Решение Совета ЕЭК от 17 декабря 2012 г. № 110 «О Критериях отнесения рынка к трансграничному» (с изменениями и дополнениями);
- Решение Совета ЕЭК от 30 января 2013 г. № 7 «О Методике оценки состояния конкуренции» (с изменениями и дополнениями);
- Решение Коллегии ЕЭК от 13 ноября 2012 г. № 223 «О Порядке рассмотрения заявлений (материалов) о нарушении правил конкуренции». Утверждено Решением Совета ЕЭК от 23 ноября 2012 г. № 97 «О Порядке рассмотрения заявления (материалов) о нарушении правил конкуренции»;

- Решение Коллегии ЕЭК от 13 ноября 2012 г. № 224 «О Порядке проведения расследования нарушений правил конкуренции». Утверждено Решением Совета ЕЭК от 23 ноября 2012 г. № 98 «о Порядке проведения расследования нарушений правил конкуренции»;
- Решение Коллегии ЕЭК от 13 ноября 2012 г. № 225 «О Порядке рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции»;
- Решение Совета ЕЭК от 17 декабря 2012 г. № 117 (в редакции от 18 октября 2016 г.) «О Методике определения монопольно высоких (низких цен)».
- Решение Совета ЕЭК от 17 декабря 2012 г. № 118 (в редакции от 18 октября 2016 г.) «О Методике расчета и порядке наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках». На основе наднациональной правовой базы ЕЭК перечисленные документы необходимы для пресечения имеет полномочия осуществлять расследования в сфере антимонопольного регулирования в отношении компаний, являющихся резидентами государств-членов, и при этом только тогда, когда совершенные такими компаниями правонарушения негативно влияют или могут влиять на состояние конкуренции на трансграничных рынках, охватывающих территории двух и более государств-членов за исключением финансовых рынков.

Нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках выявляются в ходе осуществления процедур расследований, проводимых совместно с национальными антимонопольными органами государств-членов и последующего рассмотрения антимонопольных дел. Рассмотрение таких дел проходит на основе принципов гласности, а также при участии возможных заинтересованных сторон.

Кроме того, в рамках своей текущей деятельности ЕЭК осуществляет экономический анализ рынков на предмет трансграничности. Так, совместно с национальными регуляторами были проанализированы рынки услуг международного роуминга на территориях государств-членов, ценообразование на апатитовый концентрат и фосфатное сырье, а также рассмотрены вопросы доступа на рынки лифтового оборудования. Подобный анализ проводится, когда затронуты интересы компаний на рынках нескольких государств.

В соответствии с п. 13 Протокола ЕЭК, ответственная за проведение антимонопольных расследований, может запрашивать необходимую информацию у органов государственной власти, органов местного самоуправления государств-членов, а также у физических или юридических лиц, которые обязаны предоставить такую информацию, документы, сведения или пояснения. При этом в уполномоченный орган государства-члена направляется копия запроса (п. 78 Протокола).

Антимонопольные органы некоторых государств — членов ЕАЭС используют возможность применения мер ограничительного, предупредительного и профилактического характера, направленных на недопущение и (или) пресечение нарушений юридическими лицами требований в сфере антимонопольного регулирования. Такая практика позволяет добиться большой гибкости, и избежать необходимости наложения штрафов. В результате достигается конструктивное взаимодействие органов власти и бизнеса в вопросах выполнения законодательных требований, направленных на обеспечение справедливой конкуренции. В свою очередь, это способствует повышению экономической устойчивости предприятий и созданию благоприятного бизнес-климата.

В результате проводимой работы по совершенствованию положений Договора о ЕАЭС, станет возможным расширение инструментария в антимонопольного регулирования. В первую очередь речь идет о возможности применять меры предупредительного характера. Таким образом, с внесением необходимых поправок в Договор о ЕАЭС ЕЭК, станет играть роль института антимонопольно-превентивного права. Подобный симбиоз экономики и права позволит регулировать деятельность

компаний в процессе слияния, поглощения, консолидации, что позволит в значительной степени снизить количество антимонопольных правонарушений, а также ускорит процесс гармонизации законодательств государств-членов при осуществлении трансграничной торговли.

Необходимо отметить, что вопросу гармонизации антимонопольных законодательств всегда уделяется значительное внимание. В 2013 г. завершился процесс гармонизации конкурентного права таких государств-членов, как Республика Беларусь, Республика Казахстан и Российская Федерация.

Как показывает практика антимонопольного регулирования ведомств по защите конкуренции ведущих стран мира, в некоторых случаях превентивные меры, в том числе адвокатирование конкуренции, являются более эффективным способом предотвращения нарушений антимонопольного законодательства, чем возбуждение и рассмотрение дел с неизбежным применением антимонопольных санкций.

В качестве мер по профилактике нарушений правил конкуренции ЕЭК совместно с антимонопольными органами ЕАЭС активно применяет механизм предупреждения нарушений правил конкуренции. Институт предупреждения призван в оперативном порядке указывать участникам рынков на возможные нарушения для их добровольного устранения.

Особое внимание ЕЭК уделяет минимизации негативного воздействия антиконкурентной предпринимательской деятельности в таких стратегически важных сферах, как промышленность, агропромышленный комплекс, топливно-энергетический комплекс, транспорт, телекоммуникации, торговля услугами и лекарственные средства.

Результаты совместной деятельности по пресечению антиконкурентного поведения хозяйствующих субъектов на рынке ЕАЭС становятся предметом обсуждения в рамках, проводимых на регулярной основе встреч и мероприятий. Например, в ходе международной конференции «Преимущества и особенности работы субъектов бизнеса в условиях ЕАЭС в 2016 году» (10 ноября 2016 г. Гродно, Республика Беларусь) были подведены итоги имплементации Модельного закона «О конкуренции» в национальное законодательство государств — членов ЕАЭС и обсуждался вопрос внесения изменений, предусматривающих возможность введения исключений из принципа исчерпания прав на некоторые товарные группы (работы в области параллельного импорта). Кроме того, были представлены на рассмотрение дела в области неконкурентного поведения компаний, по которым уже были вынесены решения. К успешному разрешению проблемы относится дело,

связанное, например, с нарушением принципов конкуренции на рынке минерального сырья.

Суть данной проблемы состоит в следующем. В рамках рассмотрения претензии ОАО «Гомельский химический завод» эксперты ЕЭК проанализировали цены на апатитовый концентрат в 2012-2014 г. на трансграничном рынке Российской Федерации и Республики Беларусь. Анализ позволил выявить разные подходы к ценовой политике на внутреннем и внешнем рынках. В результате плодотворного сотрудничества Комиссии и ФАС России в 2015 г. отпускная цена апатитового концентрата для белорусских потребителей сравнялась с отпускной ценой для российских потребителей. С целью снижения негативного влияния деятельности предприятий, противоречащей правилам конкуренции на трансграничном рынке (в данном случае фосфатного сырья) ЕЭК были разработаны рекомендации, направленные на обеспечение равного доступа и соблюдение справедливой ценовой политики для всех участников рынка ЕАЭС апатитового концентрата¹.

ЕЭК была разрешена и проблема, возникшая на рынке лифтов и лифтового оборудования. Проблема рассматривалась в связи с поступлением заявления из Министерства промышленности Республики Беларусь о возможных признаках нарушения правил конкуренции на рынке лифтов и лифтового оборудования России. В результате проведенной работы ЕЭК добилась обеспечения доступа на данный рынок продукции белорусского предприятия «Могилевлифтмаш», а также в целом создания равных условий конкуренции для российских и белорусских производителей.

Необходимо также обратить внимание на следующие наиболее крупные дела, которые были успешно рассмотрены в 2016 г., разрешение проблем, возникших на рынке услуг сотовой связи в роуминге и на рынке технике, применяемой в горнорудной промышленности.

Рынок услуг сотовой связи в роуминге. Вопросы развития конкуренции в сфере связи и снижение тарифов на услуги мобильной связи в роуминге находятся в центре внимания ЕЭК с момента ее создания

¹ ЕЭК рассмотрела дела на трансграничных товарных рынках Евразийского экономического союза. <<http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/30-09-2016.aspx>>.

и регулярно рассматриваются на проводимых ею совещаниях, конференциях и других мероприятиях с привлечением органов государственной власти и операторов связи государств-членов.

В 2014 г. проведена масштабная совместная работа по снижению стоимости услуг сотовой связи в роуминге на территории государств-членов. Рынок услуг роуминга отнесен к числу социально значимых, так как более 30 млн граждан государств-членов, проживающих на приграничных территориях, часто сталкиваются с проблемой высокой стоимости услуг сотовой связи в роуминге. Анализ цен на услуги сотовой связи показал, что тарифы на исходящие звонки в роуминге в государствах Союза до 40 раз превышают тарифы на внутренние звонки и до 5 раз превышают максимальный тариф в странах Европейского союза, что может свидетельствовать о возможных признаках нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

Проанализировав ситуацию, ЕЭК указала операторам сотовой связи в государствах-членах о возможном возбуждении дела по признакам нарушения общих правил конкуренции в части установления монопольно высоких цен в случае отказа операторов сотовой связи в добровольном порядке пересмотреть условия взаимодействия роуминговых партнеров, обеспечить снижение межоператорских ставок и предоставление абонентам специальных предложений по снижению платежей в роуминге на территориях государств-членов.

В результате взаимодействия ЕЭК, антимонопольных и конкурентных органов, а также операторов сотовой связи, находящихся на территориях государств-членов, тарифы на услуги сотовой связи в роуминге были снижены в несколько раз. Вследствие проведенных мероприятий в 2014 и 2015 г. экономический эффект, а именно экономия средств абонентов в государствах-членах, может составить около 4,5 млрд руб. в год.

В рамках заключенного Меморандума о взаимодействии в сфере сотрудничества в области антимонопольной политики и антимонопольного регулирования между ЕЭК и Национальной комиссией по развитию и реформам Китайской Народной Республики на сегодняшний момент достигнуты договоренности, в том числе о проработке вопроса о снижении стоимости услуг сотовой связи в роуминге между государствами — членами ЕАЭС и КНР.

Рынок техники, применяемой в горнорудной промышленности. В 2016 г. Комиссией были обеспечены равные условия конкуренции на трансграничном рынке техники, применяемой в горнорудной промышленности. Комитет по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан представил материалы по

обращению ТОО «Евразийская группа» (Республика Казахстан) о нарушении общих правил конкуренции со стороны компании Caterpillar и его официального дилера на территории Республики Казахстан ТОО «Борусан Макина Казахстан». Комиссия совместно с антимонопольными и конкурентными органами государств-членов провела работу по устранению нарушений общих правил конкуренции. Комиссия обнаружила, что в некоторых случаях могут создаваться неравные условия приобретения хозяйствующими субъектами указанной продукции в разных государствах-членах. Например, российский дилер отказывал казахстанскому хозяйствующему субъекту в продаже продукции, при том, что стоимость продукции компании Caterpillar у официального дилера в Республике Казахстан была выше, чем у официального дилера в Российской Федерации.

В рамках взаимодействия ЕЭК Комиссии с ФАС России была проведена проверка деятельности дилеров компании Caterpillar и ее дистрибьютора ООО «Катерпиллар Евразия» (Российская Федерация). По результатам проверки были выявлены признаки запрещенной координации экономической деятельности компании Caterpillar дилеров на территории Союза, которая приводит или может привести к разделу товарного рынка по территориальному принципу. В соответствии с соглашениями реализация осуществляется дилерами только в границах разрешенной территории, например, субъект Казахстана не может приобрести продукцию у официального дилера в России, сервисное обслуживание осуществляется только в стране пребывания.

Комиссией совместно с антимонопольными органами государств — членов Союза, представителями компании Caterpillar (Швейцария) и ООО «Катерпиллар Евразия» (Российская Федерация), российскими и казахстанскими дилерами, реализующими технику Caterpillar, крупными потребителями данной продукции компании были проведены несколько совещаний, посвященных вопросам состояния конкуренции на рынке техники Caterpillar, запасных частей и ее технического обслуживания на территории государств-членов.

По результатам данной работы компанией Caterpillar добровольно были внесены изменения в международные дилерские договоры между

компанией Caterpillar и ее дилерами на территории Союза по исключению фиксированной суммы в размере 5% выплаты одного дилера компании Caterpillar другому дилеру от цены продажи техники и дополнительных деталей. Изменениями также предусмотрено урегулирование данных выплат в рамках переговоров между дилерами (по аналогии с Европейским союзом и Европейской ассоциацией свободной торговли), изменена форма удостоверения о назначении дилером (согласия о назначении дилером) в целях соответствия принципам рыночной экономики и добросовестной конкуренции, установленных Договором о ЕАЭС.

Внесенные изменения соответствуют основополагающим принципам деятельности ЕАЭС, в том числе принципу добросовестной конкуренции, и приведут к развитию конкуренции между дилерами при реализации техники и запасных частей, а также к снижению стоимости продукции и улучшению качества оказываемых услуг. Прирост благосостояния потребителей в результате проведенных мероприятий может достигать 55 тыс. долл. с каждого купленного двигателя модели C-27 Caterpillar. Приросту благосостояния потребителей также будет способствовать появление у потребителей возможности выбора сервисной организации.

Несмотря на значительные успехи ЕЭК в решении споров, возникающих между хозяйствующими субъектами на трансграничном рынке в самых различных рыночных сегментах, остаются определенные проблемы, которые носят долгосрочный характер. К таким проблемам можно отнести создание единого рынка авиаперевозок и формирование общего электроэнергетического рынка ЕАЭС. Для решения данных проблем необходима реализация мероприятий и скоординированные действия антимонопольных органов и профильных ведомств государств ЕАЭС.

Рынок авиаперевозок. Одним из приоритетных направлений работы ЕЭК в сфере конкуренции и антимонопольного регулирования в 2015 г. считала оценка состояния конкуренции на рынках авиаперевозок. Применение единых тарифов на услуги, оказываемые в аэропортах, создание равных условий для предоставления удобных слотов (по времени вылета/прилета) для всех авиакомпаний государств — членов ЕАЭС, а не только для национальных авиаперевозчиков, должно привести к существенному изменению условий конкуренции.

К маю 2017 г. была завершена подготовка «дорожной карты» по формированию общего рынка авиаперевозок. После детального изучения международного опыта различных интеграционных объединений по вопросу регулирования авиаперевозок и реализации мероприятий, обозначенных в

«дорожной карте» по формированию общего рынка авиаперевозок в 2018-2020 гг., будет принято решение о целесообразности заключения многостороннего соглашения о воздушном сообщении.

В ходе обсуждения реализации «дорожной карты» по формированию общего рынка авиаперевозок эксперты пока не пришли к единому мнению относительно сроков реализации запланированных мероприятий. Одним из важных вопросов также остается целесообразность создания механизма, сдерживающего недобросовестную конкуренцию на рынке услуг авиаперевозок, с целью минимизации негативного влияния на состояние национальных рынков авиаперевозок.

В результате реализации основных направлений транспортной политики и формирования общего рынка авиационных услуг ЕЭК запланировано к 2025 г. снять все существующие ограничения по авиаперевозкам между государствами Союза.

Электроэнергетический рынок. В 2016 г. был согласован проект программы формирования общего электроэнергетического рынка ЕАЭС (далее — программа). В соответствии с принятой программой к июлю 2019 г. должны быть созданы условия для организации как централизованных торгов электроэнергией, так и осуществления торговли по свободным двусторонним договорам. Для достижения поставленной цели необходимы электронные системы торговли электроэнергией по срочным контрактам и на сутки вперед, а также создание общей информационной системы электроэнергетического рынка Союза.

В соответствии с программой и в рамках тесного сотрудничества с государствами — членами ЕАЭС должны быть разработаны правила торговли электрической энергией, правила доступа к услугам субъектов естественных монополий в сфере электроэнергетики, правила определения и распределения пропускной способности межгосударственных линий электропередачи и некоторые другие акты для регулирования рынка.

«Параллельный» импорт. При осуществлении трансграничной торговли товары крупных производителей, как правило, представляются и распространяются через систему официальных дистрибьютеров, осуществляющих ввоз, маркетинговое сопровождение, сбыт маркированной товарным знаком правообладателя, т.е. полностью оригинальной продукции на определенной территории. Оригинальные, промаркированные товары, которые ввозятся на территорию другой страны неофициальными дистрибьютерами, не правообладателем, а иными лицами, не имеющими официального согласия на такой ввоз от правообладателя, получили название «параллельный импорт». Ввоз

таких товаров осуществляется по другим альтернативным каналам, о которых правообладатель может и не знать. При этом речь идет, не о контрафактной продукции, а полностью об оригинальном защищенном товарным знаком продукте.

При этом основой для понятия «параллельный импорт» является принцип исчерпания прав, который подразделяется на мировой, региональный и национальный. В соответствии с доктриной исчерпания прав права на объекты интеллектуальной собственности не безграничны и исчерпываются, как правило, с момента первой продажи. После того как правообладатель осуществил продажу, он уже не имеет право запретить дальнейшую продажу данного конкретного товара. На этом принципе базируется мировой принцип исчерпания прав. После первой продажи товар может быть перепродан без уведомления об этом правообладателя.

При региональном принципе исчерпания прав импорт товара в одну часть региона приводит к исчерпанию прав во всем регионе и товар может свободно перемещаться между странами региона, но при этом «параллельный» импорт в данный регион запрещен.

При национальном принципе исключительные права правообладателя на товарный знак признаются исчерпанными только при введении соответствующего товара в оборот внутри данного государства. Даже если товар неоднократно перепродавался за рубежом, его ввоз в страну, в которой действует подход исчерпания прав по национальному принципу, возможен только с разрешения владельца товарного знака.

Поэтому, учитывая сложность и значимость проблемы, важным направлением работы ЕЭК стало совершенствование регулирования и правил, связанных с т.н. «параллельным» импортом. Высокие цены на импортируемые из третьих стран товары, которые в других странах стоят в разы дешевле, часто являются следствием запрета на «параллельный» импорт и монополизации рынков официальными дистрибьюторами зарубежных производителей. Разница между полной ценой у официального поставщика и параллельного импортера может быть очень велика. Комиссия проводила сравнение цен на работы и запасные части у официальных дилеров и у независимых организаций автосервиса в государствах – членах ЕАЭС. Оказалось, что в Беларуси цена на тормозные колодки различных производителей у официальных дилеров на 25-60% выше, чем у независимого автосервиса, в Казахстане - на 25-40%, в России - на 31-71%. В ТС и в рамках ЕЭП «параллельный» импорт официально запрещен. Невозможно завезти в страну и, соответственно, купить брендовый европейский товар в обход

дистрибьюторской сети, которая задает свою ценовую политику и диктует свои условия. Таким способом производители, к примеру, европейских брендов защищают свои доходы.

Правообладатель, чьи права на товарный знак защищаются национальным принципом исчерпания прав, превращаясь в монополиста, получает право устанавливать объем импорта, ассортимент импортируемых товаров, а также влиять на процессы ценообразования, имеет полную свободу действий при установлении тех или иных дискриминационных условий в отношении разных стран, что создает определенные угрозы для конкуренции. Ограничение конкуренции приводит к разделу товарного рынка между официальными дилерами, а также к злоупотреблению дистрибьюторами своим доминирующим положением. В частности, запрет на параллельный импорт влечет ограничение торговли автозапчастями, их удорожание, а также увеличение стоимости обслуживания автомобилей и т.д. Легализация «параллельного» импорта предполагает, что брендовый товар может ввозить не только владелец этого товарного знака или его официальный дистрибьютор, но и любой импортер. Это приведет к значительному снижению стоимости ввозимой продукции - от йогуртов до автомобилей.

Учитывая значимость проблемы выбора оптимального принципа исчерпания исключительного права на товарный знак, при ЕЭК решением Совета ЕЭК от 23 июня 2014 г. № 45 была создана Рабочая группа по выработке предложений в отношении дальнейшего применения принципа исчерпания исключительного права на объекты интеллектуальной собственности, с учетом необходимости максимального положительного социального и экономического эффекта для всех государств-членов. Председателем Рабочей группы является министр Коллегии Комиссии по экономике и финансовой политике. Рабочая группа разработала Проект Протокола о внесении изменений в Договор о ЕАЭС от 29 мая 2014 г. в целях реализации распоряжения Межправительственного совета от 13 апреля 2016 г. №6 «О вопросах применения принципа исчерпания исключительного права на товарный знак, товарный знак Евразийского экономического союза». Проект протокола рассмотрен на заседаниях данной Рабочей группы Консультативного комитета по интеллектуальной собственности при Коллегии ЕЭК.

Частичная легализация «параллельного» импорта должна была проходить в два этапа. На первом этапе исключения из регионального принципа исчерпания прав должны были затрагивать медицинское оборудование и лекарства, а также

¹ Межправсовет разрешит «параллельный» импорт на отдельные виды товаров в ЕАЭС / <http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/26-04-2017.aspx>

автозапчасти. На втором этапе частичного перехода на международный принцип исчерпания прав должен был затронуть вопросы электроники, парфюмерно-косметической продукции.

В соответствии с распоряжением от 24 апреля 2017 г. №30 «О проекте Протокола о внесении изменений в Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г.» предусматривается одобрение проекта Протокола о внесении изменений в Договор о ЕАЭС с последующим направлением его в государства – члены ЕАЭС для проведения внутригосударственных процедур.

На данный момент проект Протокола о внесении изменений в Договор о ЕАЭС в отношении дальнейшего применения принципа исчерпания исключительного права на объекты интеллектуальной собственности находится на стадии проведения внутригосударственных процедур. При этом по данным Протокола №28-ТС восьмого заседания Консультативного комитета по интеллектуальной собственности при Коллегии Евразийской экономической комиссии от 29 сентября 2016 г. проект Протокола, направленный Комиссией в государства – члены ЕАЭС на рассмотрение поддержан всеми государствами – членами, за исключением Республики Беларусь. Это связано с тем, что бизнессообщество Республики Беларусь не поддерживает возможность легализации «параллельного» импорта в отношении отдельных видов товаров. При этом в мае 2016 года Советом Министров Республики Беларусь было поддержано предложение большинства министерств и ведомств о продолжении проведения дополнительного анализа последствий для Республики Беларусь в случае внесения изменений в Договор о ЕАЭС в отношении установления исключений из применения регионального принципа исчерпания права. Несмотря на то, что проект Протокола лишь создает правовую возможность установления исключений из регионального принципа исчерпания прав, а не предусматривает автоматическое установление исключений, государства – члены ЕАЭС пришли к общему решению продолжить работу по проекту Протокола с проведением дополнительных консультаций, используя результаты исследований и аналитические материалы по проблематике выбора принципа исчерпания прав.

В случае получения одобрения Евразийский межправительственный совет получит право устанавливать по инициативе государств – членов ЕАЭС принципы международного принципа исчерпания в отношении отдельных видов товаров, которые полностью недоступны на внутреннем рынке, предложение их ограничено или в случае реализации по необоснованно завышенным ценам. Также применение международного принципа исчерпания прав возможно для реализации социально-экономических интересов государств – членов ЕАЭС.

Говоря о параллельном импорте, необходимо заметить, что переход с регионального на международный принцип исчерпания прав безусловно приведет к значительному снижению цен для конечных потребителей и завершению периода безраздельного монопольного влияния официальных дистрибьюторов на рынке того или иного товара. В России, параллельный импорт, особенно в сфере лекарственных препаратов, рассматривается как часть антикризисной программы. Но перенесение сроков принятия окончательного решения по этому вопросу отражает всю сложность процесса легализации. Необходимо разработать сложную систему защиты конечных потребителей от контрафактной продукции, которая может бесконтрольно появляться на трансграничных рынках. Понимая всю сложность сложившейся ситуации ЕЭК совместно с правительствами государств – членом Союза продолжает работать над вопросом применения международного принципа исчерпания прав в отношении отдельных видов товаров.

Говоря в целом о работе ЕЭК в сфере предупреждения нарушения общих правил конкуренции в рамках проведения трансграничных торговых операций на территории ЕАЭС, следует отметить высокую степень эффективности данного органа. За достаточно небольшой период формирования и становления Комиссия совместно с национальными антимонопольными органами смогла успешно разрешить ряд спорных моментов антиконкурентного поведения компаний на трансграничных рынках ЕАЭС, которые в конечном счете затрагивали напрямую интересы конечных потребителей. В 2015 г. Комиссией было рассмотрено 16 заявлений по признакам нарушений общих правил конкуренции, по семи идет сбор доказательной базы. В 2016 – 2017 гг. рассмотрено 14 заявлений по признакам нарушений правил конкуренции на трансграничных товарных рынках. В результате рассмотрения заявлений было возбуждено два дела. Одно из них, касающееся рынка электротехнической анизотропной стали, уже завершено. В результате рассмотрения Коллегия ЕЭК вынесла решение от 26 сентября 2017 г., где признала, что одно из предприятий злоупотребляло доминирующим положением в сегменте электротехнической анизотропной стали, установив дискриминационные условия для покупателей из стран ЕАЭС. В результате расследования и принятия решения по данному делу наложены штрафы. Остальные дела находятся в стадии рассмотрения и сбора доказательной базы.

Все вышеизложенные примеры явно демонстрируют тот факт, что Евразийская экономическая комиссия, как молодой и быстроразвивающийся наднациональный орган хорошо зарекомендовала себя в качестве контролирующего органа в сфере реализации норм конкурентной политики. Во-первых, следует подчеркнуть тот факт, что созданная ей нормативная база, модельный закон в сфере конкуренции

созвучны мировым тенденциям в сфере борьбы с антиконкурентным поведением компаний на рынках товаров и услуг, в рамках различных региональных торговых соглашений (РТС). Во-вторых, по многим вопросам ЕЭК смогла продвинуться намного дальше, чем многие РТС с продолжительной историей существования и уже включила в основополагающий документ – Договор о ЕАЭС – нормы, регулирующие осуществление государственных закупок (о чем будет сказано ниже). При этом для многих РТС этот вопрос остается на уровне совместных обсуждений, переговоров и дискуссий.

5.2. Роль адвокатиrowания в процессе создания антимонопольно-превентивного механизма воздействия на компании на рынках ЕАЭС

Международная организация «Международная конкурентная сеть» (МКС) определяет адвокатиrowание конкуренции как деятельность антимонопольных органов государства, направленная на продвижение конкурентной среды в предпринимательской деятельности, главным образом с помощью взаимодействия с другими государственными органами и с помощью увеличения информирования общества о выгодах конкуренции.

Инструментами адвокатиrowания конкуренции могут быть:

- официальное участие в законотворческой деятельности, разработке норм и правил, а также в парламентских слушаниях;
- анализ законов и нормативных актов на предмет выявления и устранения ограничений конкуренции, издание рекомендаций;
- исследования конкуренции с запросами информации у различных игроков рынка;
- демонстрация выигрышей общества от свободной конкуренции связи между конкуренцией и экономическим ростом, формирование «дружественной» для конкуренции среды;
- создание специальных рабочих групп с представителями бизнеса, проведение семинаров и обучение лиц, принимающих решения, неформальное общение через тренинги;
- повышение осведомленности хозяйствующих субъектов об антимонопольных запретах, распространение наилучших хозяйственных практик, соответствующих законодательству;

- взаимодействие со средствами массовой информации, создание системы общественных коммуникаций, в том числе с помощью сети Интернет;
- рекламирование успешных примеров из международного опыта, создание тематических информационных подборок, подготовка докладов о политике в области конкуренции;
- подготовка предложений в сфере экономических реформ и программ либерализации, контроль за процессом реформ с точки зрения развития конкуренции, оценка экономического воздействия конкретных мер;
- развитие партнерских отношений с исследовательскими институтами и университетами.

Адвокати́рование рассчитано на взаимодействие с широкими группами: объединениями предпринимателей, потребителей и профсоюзов, профессиональными сообществами, институтами правовой системы (государственными структурами, законодательными органами, судебными инстанциями). Очевидно, что информационная деятельность требует постоянного мониторинга конкуренции и наличия у органа по защите конкуренции собственного мнения по актуальным вопросам экономической политики.

Комиссия регулярно проводит, организует и принимает участие в международных конференциях, встречах, круглых столах по адвокати́рованию конкуренции с участием третьих стран и международных организаций.

Делегация ЕЭК во главе с министром Коллегии ЕЭК по конкуренции и антимонопо́льному регулированию активно принимает участие:

- в сессиях Межправительственной группы экспертов по законодательству и политике в области конкуренции в рамках Конференций ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), в частности, в работе круглых столов на тему: «Выгоды для потребителей от политики в области конкуренции» и «Коммуникационные стратегии органов по вопросам конкуренции как инструмента повышения эффективности их работы (адвокати́рование конкуренции)».
- на Ежегодной конференции МКС, в рамках которой рассматриваются такие вопросы как адвокати́рование конкуренции, государственные предприятия в рамках конкурентного законодательства, борьба с картелями и др. При этом особое внимание уделяется обсуждению важности адвокати́рования конкуренции в работе ведомств, ответственных за антимонопо́льное регулирование. **Отдельные примеры мероприятий в области адвокати́рования конкуренции в рамках деятельности Комиссии.** В рамках адвокати́рования конкуренции ЕЭК 20 марта 2015 г. в Минске проводилась международная

конференция на тему «Адвокатирование конкуренции в сфере государственных закупок, обеспечение справедливости и прозрачности торгов: опыт евразийской интеграции и перспективы». На конференции обсуждались вопросы обеспечения предоставления взаимного доступа к участию в государственных закупках на территории государств-членов ЕАЭС, максимально эффективного расходования бюджетных средств, обеспечиваемого путем создания конкурентных механизмов и расширения рынков сбыта продукции армянских, белорусских, казахстанских и российских производителей.

Комиссией неоднократно проводились международные «круглые столы» на тему «Единая конкурентная политика — необходимое условие эффективного функционирования ЕЭП», в частности, в Караганде, Усть-Каменогорске (Республика Казахстан), Новосибирске и Волгограде (Российская Федерация), Гродно (Республика Беларусь). На них рассматривались вопросы функционирования ЕЭП в сфере регулирования конкуренции, вопросы обеспечения равных условий конкуренции на товарных рынках ЕЭП, в первую очередь, на трансграничных рынках топливно-энергетического комплекса (электроэнергия, горюче-смазочные материалы, газ и т.д.), гармонизации и совершенствования законодательства каждой из трех стран в области конкурентной политики, включая предложения по снятию барьеров при вхождении субъектов предпринимательства сторон на товарные рынки ЕЭП, недискриминационного доступа хозяйствующих субъектов к товарным рынкам (Караганда), вопросы прохождения на российские рынки товаров, производимых в Республике Беларусь и Республики Казахстан (Волгоград), вопросы интеллектуальной собственности (товарные знаки) и снятия барьеров во взаимной торговле (Гродно).

Для обсуждения проекта модельного закона «О конкуренции» проводились международные научно-практические конференции и «круглые столы» в Республике Беларусь (г. Минск, г. Брест), Республике Казахстан (г. Астана, г. Алматы) и Российской Федерации (г. Новосибирск, г. Казнь), с привлечением депутатов, представителей органов власти, бизнес-сообщества и общественных организаций.

Международный опыт адвокатирования конкуренции. Важной перспективой в развитии адвокатирования конкуренции для государств — членов ЕАЭС является изучение и использование международного опыта, в частности, других интеграционных объединений.

Опыт по организации деятельности в сфере адвокатирования конкуренции имеется, в частности в Ассоциации государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН).

Страны — члены АСЕАН договорились гармонизировать политику в сфере конкуренции к 2015 г. и с этой целью учредили в 2007 г. Экспертный форум по конкуренции. В рамках форума были разработаны и официально приняты АСЕАН Региональные руководящие принципы конкуренции (*Regional competition guidelines*) и Справочник для предприятий по конкуренции (*Handbook on Competition Policy for Business*). В результате в настоящее время девять из десяти стран — членов АСЕАН унифицировали свое конкурентное законодательство. В 2015 г. было создано Экономическое сообщество АСЕАН. На 2016-2025 гг. страны приняли официальную программу АСЕАН «План действий в сфере конкуренции».

В рамках реализации этого плана, в 2016-2017 годах АСЕАН были изданы предназначенные для органов стран-членов рекомендации «Инструментарий для самостоятельной оценки практики правоприменения и адвокати́рования конкуренции» (*ASEAN Self-Assessment Toolkit on Competition Enforcement and Advocacy*) и «Инструментарий адвокати́рования конкуренции в АСЕАН» (*Toolkit for competition advocacy in ASEAN*).

Целью их документов является предоставление государствам — членам АСЕАН практических рекомендаций, инструментов и шаблонов для разработки и проведения политики защиты и развития конкуренции.

Рекомендации АСЕАН в сфере адвокати́рования онкуренции

ПЛАНИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО АДВОКАТИРОВАНИЮ

В этом разделе содержатся рекомендации по разработке стратегии информационной деятельности и основные соображения по адаптации мероприятий к конкретным условиям в странах. Основные цели — это содействие культуре конкуренции: создание прозрачного, уважаемого и самосогласованного сообщества, которое препятствует антиконкурентному поведению и поощряет экономическое процветание. Адвокати́рование может варьироваться от простого повышения уровня осведомленности о проблемах конкуренции до пропаганды конкретной реформы или целей политики. Определение того, какая деятельность является наиболее подходящей, зависит от конкретных групп заинтересованных лиц. К ним относятся правительственные учреждения и другие государственные органы, предприятия (включая торговые и деловые ассоциации), средства массовой информации, потребители, научные круги, юридическое сообщество и судебные органы.

СТРАТЕГИЯ И НАПРАВЛЕНИЕ

При разработке стратегии информационно-пропагандистской деятельности и определении целей органы по защите конкуренции должны:

- сосредоточиться на основной проблеме, т. е.: определить долгосрочные, среднесрочные и краткосрочные цели;
- разработать и внедрить ежегодный план с конкретными мероприятиями, направленными на выявленные ключевых групп заинтересованных лиц;
- пропагандировать и публиковать информацию о деятельности органа, которую легко понять всем заинтересованным группам;
- взаимодействовать с деловыми кругами для разработки удобных инструкций по соблюдению законодательства о конкуренции;
- принимать приглашения и искать возможности выступить по вопросам конкуренции, например, на переговорах в бизнес-объединениях и учебных заведениях, а также участвовать в международных конференциях (семинарах, выставках);
- изучать новые стратегии коммуникации и каналы, которые можно было бы использовать для более широкого охвата и воздействия, такие как социальные сети и цифровые технологии;
- расширять и поддерживать сеть устойчивых отношений с основными заинтересованными сторонами, которые также проявляют профессиональный интерес к содействию конкуренции на рынке.
- гарантировать, что цели, сообщения и результаты стратегий и мероприятий в области адвокатирования и правоприменения являются последовательными и не противоречат друг другу.

Для государств — членов АСЕАН, которые недавно приняли национальное законодательство о конкуренции, усилия должны быть направлены на повышение информированности широкой общественности и деловых кругов. Это включает распространение информации о преимуществах законодательства о конкуренции для потребителей и необходимости соблюдения законодательства о конкуренции.

Пытаясь определить инструменты при создании плана адвокатирования следует рассмотреть следующие вопросы:

- чего мы хотим добиться посредством адвокатирования? Внедрение политики законодательства о конкуренции не может и не приведет к немедленным изменениям в функционировании рынков. Поэтому полезно определить долгосрочные цели;
- кто может это сделать? После того, как орган по защите конкуренции поставил цели, необходимо определить лиц, которые нуждаются в изменениях. Это могут быть законодатели, а также средства массовой информации, ключевые министерства и агентства;
- что им нужно слышать? (формулирование правильных сообщений) Сообщения должны быть убедительными, последовательными и легкими для понимания. Таким образом, они должны иметь два основных компонента: содержать информацию о «правильном», обращаться к собственным интересам аудитории;
- Как донести информацию? Орган по защите конкуренции должен идентифицировать соответствующие источники, также следует избегать юридического языка, если только речь не идет о юридической аудитории;
- как начать? Необходимо установить четкие цели, а также выделить бюджет. Основная цель состоит в том, чтобы подробно рассказать о всех видах деятельности, кто будет нести ответственность, о сроках, а также о необходимых ресурсах.

РАЗВИТИЕ И ВОЗМОЖНОСТИ

Политика законодательства о конкуренции стремится обеспечить конкурентный рынок. Общественный и частный сектора образуют крупнейшие группы заинтересованных сторон. Каждому органу следует рассмотреть возможность анализа жалоб о потенциальных антиконкурентных действиях. В качестве альтернативы можно использовать данные организаций (включая опросы). Это позволит определить тип и объем искажений на рынке, а также пролить свет на их возможные причины. Очень часто такая оценка уже обеспечивает по меньшей мере «мягкое доказательство» проблем конкуренции для органа по защите конкуренции, на которых следует сосредоточиться. Другой вариант заключается в проведении более глубоких исследований рынка или отраслевых опросов. Обычно проводятся исследования, чтобы выяснить, почему отдельные рынки работают неэффективно. Такие исследования включают подробные оценки отраслевых экономических аспектов. Для успешной реализации законодательства о конкуренции органы по защите конкуренции должны привлекать заинтересованные стороны для создания культуры конкуренции. Пропаганда конкуренции может затрагивать широкий круг заинтересованных сторон. В каждом государстве следует начинать с составления базы заинтересованных сторон, к которым необходимо определить порядок доступа.

Следующие государственные служащие должны быть включены в целевые группы по адвокати́рованию конкуренции:

- советники и сотрудники по государственной политике;
- сотрудники по контрактам по закупкам и закупкам;
- юридические советники;
- сотрудники по аудиту и соблюдению;
- руководители подразделений и руководители, определяющие цены для государственных закупок;
- распорядители бюджетов и государственные аудиторы.

Судебная власть является важным элементом системы защиты конкуренции в стране, поскольку она формирует результаты политики в области конкуренции, независимо от правовых традиций и уровня развития. Таким образом, она играет основополагающую роль в толковании и применении правил конкуренции. Представление независимой экспертизы решений антимонопо́льных органов со стороны судебных органов вносит вклад в эффективно функционирующий режим конкуренции. Недостаточное ознакомление с концепциями конкурентного права может привести к расхождению взглядов между судьями и органами защиты конкуренции. Поэтому следует периодически направлять материалы по вопросам конкуренции судьям или судебным властям, чтобы держать их в курсе событий политики о конкуренции. Могут также проводиться официальные встречи между органами по вопросам конкуренции и судьями с тем, чтобы технические детали могли быть объяснены в ходе личных бесед. Более того, каждый орган должен идентифицировать и сотрудничать с учреждениями или специализированными учреждениями, где проводится обучение судей.

Необходимо подготовить стандартное руководство в каждой из стран — членов АСЕАН, систематизировать внутренние тренинги для собственных сотрудников. Это необходимо для обеспечения того, чтобы все сотрудники агентства одинаково понимали и применяли закон.

Малый и средний бизнес составляет основу экономики большинства стран АСЕАН. Часто возникают опасения и неправильные представления о внедрении законодательства о конкуренции в том смысле, что они воспринимаются как угроза вытеснения малых и средних предприятий из рынка. Поэтому органам по вопросам конкуренции следует уделять особое внимание пропаганде политики о конкуренции в отношении малого и среднего бизнеса и

объяснять, почему справедливая защиты конкуренция в конечном счете также выгодна данному сектору.

ПЛОЩАДКА ДЛЯ СОТРУДНИЧЕСТВА

Большинство брифингов или семинаров, которые в значительной степени используют юридический и технический язык, не одобряются их участниками. Большой эффект дает простое и лаконичное информирование о следующих вопросах:

- преимущества законодательства и политики в области конкуренции в государствах — членах АСЕАН;
- общие сведения о выигрышах и преимуществах конкуренции;
- факты и цифры (например, тематические исследования, статистика правоприменения);
- соотношение с более широкой государственной политикой;
- региональное значение законодательства и политики в области конкуренции стран АСЕАН;
- результаты исследований или мнения технических экспертов;
- заявления и утверждения руководства.

Есть ряд ключевых соображений в определении правильного официального представителя органа, распространяющего информацию. Крайне желательны следующая комбинация качеств и опыта:

- хороший послужной список, солидный технический опыт;
- известность и доверие в целевых группах;
- уверенность в построении отношений; опыт публичных выступлений;
- уверенность, выдержка и спокойствие под давлением;
- подтверждение лидерства.

Конференции и форумы являются эффективным способом налаживания контактов с заинтересованными сторонами. Эти платформы могут предоставить возможности для профессионального взаимодействия и развития политики законодательства о конкуренции. Конференции и форумы также позволяют органам по вопросам конкуренции и их партнерам по реализации влиять на целевые группы заинтересованных сторон. Можно использовать межведомственные семинары, региональные совещания по обмену опытом, бизнесфорумы малого и среднего бизнеса, юридические конференции по техническим вопросам и т.д.

Если обратиться к международному опыту адвокатирувания конкуренции, то можно однозначно сказать, что вопросу предупреждения антиконкурентных действий и налаживанию активного диалога между бизнесом и антимонопольными органами уделяется большое внимание как в рамках интеграционных объединений, так и отдельными странами. Помимо опыта АСЕАН интересен будет опыт и стран БРИКС: Бразилии, ЮАР, Индии и Китая.

Бразилия. В 2012 г. вступил в силу Закон о реструктуризации органов исполнительной власти, ответственных за формирование и реализацию конкурентной политики в стране. В результате проведенных реформ ответственным за адвокатирувание стал Административный Совет по экономической защите (Administrative Council for Economic Defense, CADE). В

рамках сделанных предложений по созданию культуры конкуренции особенно выделяется общая тенденция налаживания активного диалога с бизнесом через проведение разъясняющих семинаров, создание информационных служб для граждан Бразилии, а также публикация журналов для различных групп акционеров. Немаловажной является инициатива досудебных заседаний при CADE, что оказывает благоприятное воздействие на формирование конкурентной политики, а также активное взаимодействие антимонопольных структур с другими уровнями государственной власти с целью получения более подробной информации относительно поведения фирм в различных экономических отраслях.

ЮАР. В стране вопросами адвокати́рования занимается Комиссия по вопросам конкуренции (The Competition Commission — далее Комиссия), в рамках которой существует Отдел по адвокати́рованию и внешним связям (The Advocacy and Stakeholder Division, ASR), который продвигает идею добровольного соблюдения закона о конкуренции, ведет информационную деятельность в отношении проводимой политики и внесения изменений в законодательство, а также является посредником во взаимодействии внутренних и внешних акционеров в государственных и частных секторах.

Индия. В Индии адвокати́рование занимает место в законе о конкуренции. Проблемы антимонопо́льного регулирования входят в компетенцию таких органов как: Комитет по вопросам конкуренции и Комиссия по монопо́льным и ограничительным действиям, которая подчиняется Правительству и Парламенту Индии. В соответствии с законодательством данная Комиссия наделяется полномочия использовать соответствующие меры по распространению адвокати́рования конкуренции, предоставления всей необходимой информации и консультационных услуг о целях и проблемах конкуренции. При этом Комиссия и законодательство призывает использовать меры, отличающиеся от принуждения (non-enforcement measures). Однако следует отметить, что в Индии не уделяется должного внимания вопросам взаимодействия со смежными органами власти при осуществлении консультационной деятельности.

Китай. Изучая опыт Китая в первую очередь следует отметить, что структура антимонопо́льных органов этой страны не является централизованной. 1 августа 2008 г. вступил в силу Антимонопо́льный закон Китая и была сформирована Новая Антимонопо́льная комиссия, в обязанности которой входило осуществление контроля за соблюдением антимонопо́льного законодательства. Комиссия также должна осуществлять координацию работы трех государственных органов: Антимонопо́льного бюро при Министерстве торговли КНР, Национальной

комиссии по развитию и реформам и Государственной администрации промышленности и торговли. При этом каждый из этих государственных органов имеет довольно узкий круг полномочий, например:

- Антимонопольное бюро ответственно за антимонопольное регулирование при слиянии и поглощении и вопросами зарубежного капиталовложения.
- национальная комиссия по развитию и реформам занимается вопросами нарушением правил ценообразования
- Государственная администрация промышленности и торговли занимается вопросами нарушения антимонопольного закона, не связанных с ценообразованием.

Если рассматривать саму политику, проводимую в сфере адвокатирувания то следует отметить, что в Китае она имеет очень сложную и разветвленную структуру. В целом выделяется четыре целевые группы, в отношении которых осуществляется адвокатирувание конкуренции:

- органы власти:
 1. проведение тренингов для представителей органов власти, отвечающих за принятие решений;
 2. проведение ежегодного заседания Антимонопольной комиссии (на уровне министерств);
 3. сотрудничество с представителями по внешним связям различных органов государственной власти, осуществляющих антимонопольный контроль;
 4. ежегодные заседания Антимонопольного бюро и местных сторон;
 5. проведение тренингов для местных властей как минимум 4 раза в год;
 6. исследование адвокатирувания конкуренции в контексте зарубежного опыта;
 7. проведение и участие недельной сессии по вопросам конкурентной политики при участии Евросоюза;
 8. обсуждение принимаемых мер в рамках используемой конкурентной политики.
- предприятия и промышленные ассоциации:
 1. проведение тренингов для генеральных директоров предприятий, а также штатных сотрудников крупнейших государственных предприятий;
 2. проведение тренингов для частных предприятий;
 3. недельная сессия по вопросам конкурентной политики;
 4. консультации в процессе расследования дел (нарушающих антимонопольный закон);
- образовательные учреждения и исследовательские центры:
 1. проведение образовательных лекций для студентов;

2. проведение научных исследований в отношении закона и правоприменения;

- общественность:

1. публикация стендовых докладов и ознакомительных книг;

2. раскрытие информации о решениях, вынесенных судом (по делам, нарушающим нормы антимонопольного законодательства);

3. пресс-релизов¹.

Если оценивать адвокати́рование, реализуемое развивающимися странами, следует отметить, что в целом оно осуществляется по трем направлениям:

- проведение консультаций по вопросам конкуренции среди различных групп контрагентов;

- обнародование судебных решений по делам, затрагивающих антиконкурентное поведение компаний на рынке;

- развитие общих образовательных программ.

При этом в отличие от развитых стран в опыте развивающихся стран проявляется недостаточное взаимодействие и сотрудничество между различными органами власти.

В условиях глобального рынка и высокой степени взаимодействия сотрудничества между различными региональными объединениями проблема заимствования и проникновения институтов антимонопольного права в мире стоит очень остро. Безусловно, большую роль играет международное сотрудничество в развитии и продвижении идеи адвокати́рования конкуренции в мировом масштабе. На примере Китая можно наблюдать активное участие специалистов из ЕС при проведении тренингов и консультаций по вопросам развития адвокати́рования. В обсуждении развития антимонопольной практики в странах БРИКС также участвуют ученые и эксперты по антимонопольному праву как из стран БРИКС, так и из Европы и конечно представители США.

ЕАЭС также демонстрируют свою активную позицию в развитие международного сотрудничества с другими странами и международными организациями как по общим вопросам конкуренции и антимонопольного регулирования в целом, так и по вопросам адвокати́рования в частности. Меры по адвокати́рованию конкуренции реализуются и в США.

США. Вопрос адвокати́рования в США входит в компетенцию Федеральной торговой комиссии (Antitrust Division of the US Department of Justice) и антимонопольного отдела Министерства юстиции (Antitrust Division of the US Department of Justice) и включает:

- разработка и предложение законопроектов в отношении антимонопольного законодательства и конкуренции в целом, а также

осуществление консультационной деятельности при надлежущей необходимости по соответствующим делам, поступающих от Конгресса и иных ведомств.

- консультирование Президента, департаментов и иных органов исполнительной власти о конкурентной составляющей правительственных мер.
- подбор данных и подготовка отчетов по требованию Конгресса или министра юстиции с целью поддержания и соблюдения принципов конкуренции в рамках системы свободного предпринимательства¹.

5.3. Международное сотрудничество ЕЭК в сфере защиты конкуренции

Нарастающий процесс глобализации экономики стал настолько привычным явлением, что высокая степень взаимопроникновения экономик становится наиболее очевидна только при наступлении очередного экономического кризиса, который молниеносно превращается в мировой. Поскольку движущей силой глобализации являются транснациональные компании (ТНК), то межстрановая конкуренция уходит на второй план и уступает свое место конкуренции между ТНК.²

Экономики стран становятся все менее независимыми. На микроэкономическом уровне компании наращивают объем своих трансграничных операций. Несмотря на это, органы по вопросам конкуренции продолжают работать на национальном уровне. Даже если речь идет о выработке конкурентной политики в рамках интеграционных объединений, то среди наиболее развитых объединений только Европейский Союз может продемонстрировать эффективную конкурентную политику, которая функционирует в рамках всего интеграционного объединения и носит наднациональный характер.

Во всех остальных интеграционных объединениях (МЕРКОСУР, НАФТА, АСЕАН, КАРИКОМ) нет такой же степени интеграции с целью создания единой конкурентной политики. В большинстве случаев такие интеграционные объединения сталкиваются с проблемой либо неравномерного развития

¹ Моросанов А.А., Мелешкина А.И., Фатихова А.Ф. Зарубежный опыт адвокатирирования конкуренции: цели, методы, результаты // Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал. 2015. Т. 7. Вып. 1. С. 95-117. URL: <https://archive.econ.msu.ru/journal/issues/2015/2015.volnme 7.issue 1/Competition_advocacy_foreign_experience_goals_methods_andResultB/>.

² Официальный сайт Federal Trade Commission. URL: <<https://www.ftc.gov>>.

национального конкурентного права среди участников объединений, либо неспособностью сформировать наднациональный орган и делегировать ему функции контроля над деятельностью хозяйствующих субъектов на рынке и вынесения решений в случае нарушения норм конкурентного права. В связи с этим очень сложно говорить о развитии единой конкурентной политики в рамках интеграционных объединений соизмеримой с требованиями глобализирующегося мира.

Однако, если с созданием единой конкурентной политики у стран-участниц различных интеграционных объединений возникают трудности, то сотрудничество и кооперация стран для создания эффективных конкурентных режимов активно развиваются. На первых этапах развития международного сотрудничества в мире существовало несколько систем законодательства в области конкуренции и все они действовали в развитых странах. На данный момент в мире насчитывается примерно около 100 режимов защиты конкуренции. При этом большинство из них существует в развивающихся странах, которые в большей степени отстаивают необходимость защиты конкуренции на рынке. Принимая во внимание столь значительные изменения, можно утверждать, что необходимость развития эффективного международного сотрудничества в сфере защиты конкуренции приносит значительные выгоды этим странам.

Подтверждением сказанному выше служит пример международного картельного сговора, суть которого состоит в том, что компании создают альянс, который функционирует вопреки всем нормам, затрагивающим защиту конкуренции, и осуществляют свою деятельность на мировом рынке. Для органов, занимающихся вопросами конкуренции с целью выработки адекватной реакции на правонарушения подобного рода, чрезвычайно важно начать диалог о сотрудничестве с аналогичными органами на самых ранних этапах расследования картельного сговора, а также о координации правоприменительной практики и налаживании обмена необходимой информацией. Компании должны постоянно уведомляться о возрастающих издержках и рисках в случае осуществления ими трансграничной деятельности, нарушающей законодательство в области конкуренции. При этом компании должны быть уверены, что сдерживающий фактор будет работать все более эффективно,

но это возможно только в случае налаживания тесного и постоянного сотрудничества. В процессе работы органы, занимающиеся вопросами конкуренции, знакомятся с существующими международными практиками и включаются в постоянный взаимный процесс обучения. При этом данный процесс становится более эффективным, если происходит постоянный обмен информацией и сопоставление полученных результатов. По мере развития международного сотрудничества происходит постепенное сближение национальных законодательств с законодательствами наиболее развитых стран, обеспечивается механизм взаимодействия органов, курирующих вопрос конкуренции при рассмотрении случаев нарушения антимонопольного законодательства.

Международное сотрудничество может осуществляться как в двустороннем, так и в многостороннем формате. Международное сотрудничество в сфере конкуренции может приобретать такие формы, как:

- сотрудничество с международными и межгосударственными организациями, интеграционными группировками, государственными органами зарубежных стран по вопросам защиты конкуренции;
- реализация международных программ и проектов;
- работа в составе межправительственных и межведомственных комиссий, координирующих международное сотрудничество в сфере конкуренции.

В качестве примера можно рассмотреть практику Европейского Союза, где двусторонние соглашения в сфере конкуренции получили распространение с 1976 г., когда было подписано первое двусторонне соглашение между Германией и США. Европейская комиссия сотрудничает с большим количеством юрисдикций. С узким кругом стран были подписаны официальные межправительственные соглашения. С некоторыми юрисдикциями были достигнуты соглашения на уровне ведомств, что обеспечивает достижение более широкого формата сотрудничества и позволяет создать тесный контакт на регулярной основе. Договоренности в сфере защиты конкуренции достигаются и фиксируются в рамках соглашений о зоне свободной торговле и в об экономическом партнерстве. Иногда с наиболее важными партнерами налаживается сотрудничество при отсутствии формального соглашения или договоренностей. Примером может служить сотрудничество Европейской комиссии с Комитетом Австралии по вопросам конкуренции и защиты прав потребителей.

Многостороннее сотрудничество в сфере защиты конкуренции развивается, как правило, в рамках международных организаций. Такими площадками являются МКС, ОЭСР и ЮНКТАД. Эти организации приобрели особую важность за последние несколько лет, особенно после неудачных

попыток включения конкурентного права в нормы ВТО. Например, МКС единственная организация, деятельность которой полностью посвящена защите конкурентного права. С момента своего существования МКС выпустили большое количество руководств, описаний и лучших практик, которые предназначены для использования в различных стратегических секторах, в том числе по вопросам картельного сговора и слияния и поглощения.

ОЭСР организует диалог между заинтересованными сторонами в рамках своих регулярных сессий, посвященных вопросам конкурентного права, также периодически издает рекомендации по вопросам сотрудничества в сфере конкуренции. В рамках ЮНКТАД регулярно обсуждаются вопросы налаживания сотрудничества и кооперации в сфере конкуренции, с учетом интересов развивающихся стран и стран с переходной экономикой. Такой же площадкой для обсуждения вопросов защиты конкуренции в рамках евразийского рынка может стать и ЕЭК.

С 1 января 2015 г. после вступления в силу договора о ЕАЭС Союз обрел статус международной правосубъектности и был наделен правом осуществлять международное сотрудничество и заключать международные договоры с государствами, международными организациями и международными интеграционными объединениями (п. 1. ст. 7 Договора о ЕАЭС). При этом следует отметить, что международное сотрудничество ЕЭК продвигается значительными темпами. Оно соответствует всем изложенным выше формам и осуществляется как в двустороннем, так и в многостороннем формате. ЕЭК на регулярной основе поддерживает тесные связи с такими организациями, как ЮНКТАД и Международная конкурентная сеть, имеет Меморандумы о сотрудничестве с отдельными странами. Кроме того, нормы конкурентной политики прописаны в Соглашении о свободной торговле между государствами — членами ЕАЭС и Социалистической Республикой Вьетнам.

ЕЭК и ЮНКТАД. В рамках 16-й сессии Межправительственной группы экспертов по конкурентному праву и политике ЮНКТАД были достигнуты договоренности о развитии сотрудничества между ЕЭК и ЮНКТАД.

Тесное сотрудничество с ЮНКТАД, будет способствовать эффективному внедрению новых подходов к антимонопольному регулированию, с учетом всех вызовов процесса глобализации.

В сфере международной кооперации, связанной с противодействием неконкурентному поведению субъектов предпринимательской деятельности, выявляются такие важные проблемы, как повышение компетенции специалистов,

работающих с нормами конкурентного права, обеспечение и дальнейшее развитие технического сотрудничества в области конкурентной политики и законодательства. ЮНКТАД вместе с ЕЭК проявляют озабоченность относительно роста числа трансграничных дел о нарушении конкуренции и широкое распространение антиконкурентной практики глобальных игроков. Для решения этой проблемы прежде всего необходимо совершенствовать существующий механизм взаимодействия антимонопольных органов стран — участниц ЕАЭС, а также изучать и использовать накопившийся международный опыт отдельных стран, организаций и интеграционных объединений.

Следует отметить, что ЕЭК активно ведет диалог о тесном сотрудничестве в сфере борьбы с антимонопольным поведением субъектов глобального рынка не только с международными организациями, но и с отдельными странами. Например, с 2012-2016 гг. были подписаны меморандумы о сотрудничестве с такими странами? как Австрия, Республика Корея, Китай.

ЕЭК и Австрия. Сотрудничество между ЕЭК и Австрией осуществляется на основе Соглашения о взаимодействии по вопросам конкуренции и антимонопольному регулированию подписанное в Вене 6 декабря 2012 г.¹ (далее — Соглашение). Сторонами данного Соглашения стали член Коллегии (министр) по конкуренции и антимонопольному регулированию ЕЭК и Федеральное конкурентное ведомство Австрийской Республики.

Стороны подписанного Соглашения в полной мере осознают необходимость развивать сотрудничество в области конкурентной политики, а также понимают определяющую роль конкуренции в эффективном развитии экономики. В связи с этим сторонами были выбраны основные направления взаимного сотрудничества, среди которых наравне с общими принципами реформирования антиконкурентного законодательства можно выделить оказание методической помощи при проведении расследований нарушений антимонопольного законодательства создание благоприятных условий для эффективного функционирования товарных рынков

¹ URL: <<http://www.eurasiancommission.org/ru/act/caa/SiteAssets/%D0%9C%D0%B5%D0%BC%D0%BE%D1%80%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D1%83%D0%BC.pdf>>.

В рамках подписанного Соглашения стороны определили конкретные формы реализации прописанных направлений сотрудничества. Например, стороны обязуются предоставлять необходимую информацию (нормативные акты, статистические, справочные материалы и рекомендации); обмениваться опытом по проведению антимонопольных расследований; проведение консультаций по вопросам регулирования правоотношений в области конкурентной политики. Кроме того, стороны договорились об участии представителей одной из сторон в мероприятиях, организуемых другой стороной, а также об организации совместных встреч, консультаций, стажировки и семинаров.

ЕЭК и Республика Корея. Меморандум о взаимоотношении между Евразийской экономической комиссией и Службой по государственным закупкам Республики Корея (Астана 22 октября 2015 г.)¹.

22 октября 2015 г. в Астане был подписан Меморандум о сотрудничестве в области конкурентной политики между ЕЭК и Службой по государственным закупкам Республики Корея. Стороны Меморандума имеют четкое представление о необходимости в полном масштабе развивать сотрудничество в сфере регулирования государственных закупок и в своих действиях основываются на принципах равенства и взаимной выгоды.

В рамках данного Меморандума была выделена приоритетная задача - осуществление совершенствования процессов администрирования государственных закупок, а также электронных государственных закупок, осуществляемых на территориях государств — членов ЕАЭС и Республики Корея. Деятельность, реализуемая сторонами, будет осуществляться в рамках компетенции, определенной международными договорами и актами, составляющими право ЕАЭС, и законодательством Республики Корея.

Укрепление сотрудничества и взаимодействия будет осуществляться через такие мероприятия, как:

- обмен необходимой информацией и опытом в сфере регулирования государственных закупок;

¹ URL: <https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01410510/ms_20062016>.

- консультативная деятельность по вопросам внедрения технологий и совершенствования системы электронных государственных закупок;
- мониторинг исследований в сфере государственных закупок;
- проведение совместных встреч, мероприятий образовательного характера, конференций и т. д.

ЕЭК и Китай. Меморандум о взаимопонимании в сфере сотрудничества в области антимонопольной политики и антимонопольного регулирования между Евразийской экономической комиссией и Национальной комиссией по развитию и реформам Китайской народной Республики (Пекин, 16 июня 2016 года)¹.

Факт полного взаимопонимания в отношении роли конкурентной политики в развитии мировой экономики находит свое отражение в Меморандуме о взаимопонимании в сфере сотрудничества в области антимонопольной политики и антимонопольного регулирования между ЕЭК и Национальной комиссией по развитию и реформам Китая, подписанном в Пекине 16 июня 2016 г.

Аналогично предыдущим рассмотренным документам Китай также намерен развивать и укреплять сотрудничество в области конкурентной политики и антимонопольного регулирования. Стороны договорились об оказании методической помощи при проведении исследований, связанных с неконкурентным поведением субъектов рынка, совершенствовании правовых основ конкурентного права, совместном проведении исследований в области конкурентной политики.

Для реализации поставленных задач будет происходить регулярный обмен информацией (нормативно правовые акты, методические рекомендации, статистические и справочные материалы); опытом в рамках проведения исследований; будут организовываться консультации по вопросам реализации норм конкурентного права, а также совместное участие сторон в работе международных консультативных органов по вопросам конкуренции и антимонопольного регулирования.

ЕЭК и Вьетнам. Сотрудничество между Т"К и Вьетнамом осуществляется на основе соглашения о свободной торговле между государствами — членами ЕАЭС и Социалистической Республикой Вьетнам (далее — Соглашение) вступило в силу 5 октября 2016 г. Наряду с общими вопросами регулирования торговли, гл. 11 Соглашения затрагивается

- организация объединенных семинаров, встреч, конференций по вопросам формирования конкурентной политики;

¹ URL: <https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01410510/ms_20062016>.

вопрос развития двустороннего сотрудничества в сфере конкуренции. В частности, в нем зафиксировано, что стороны понимают всю важность свободной и эффективной конкуренции в рамках развивающихся торговых отношений. Каждая сторона Соглашения обязуется в соответствии со своими правовыми нормами предпринимать меры, направленные на предотвращение поведения субъектов предпринимательской деятельности, которые противоречат принципам конкуренции, а также на обеспечение функционирования рынка и общественного благосостояния. Все предпринимаемые сторонами Соглашения меры противодействия неконкурентному поведению компаний должны базироваться на принципах транспарентности, недискриминации и справедливости.

В соответствии с указанным Соглашением должны быть реализованы меры, с целью предотвращения и ограничения монопольной деятельности участников рынка, оказывающей негативное воздействие на взаимную торговлю между государствами — членами ЕАЭС и Вьетнамом. Особое внимание должно быть направлено на такие формы взаимодействия хозяйствующих субъектов, как:

- соглашения между предприятиями, решения, принимаемые ассоциацией предприятий и согласованные действия предприятий, которые ставят основной своей целью — ограничение или нарушение принципов конкуренции;
- злоупотребление доминирующим положением одного или нескольких предприятий;
- несправедливая конкуренция.
- Следует отметить, что положения, затрагивающие государственные монополии и предприятия, обладающие специальными и исключительными правами, не являются предметом гл. 11 Соглашения.

В ст. 11.3 записано, что стороны пришли к пониманию важности развития кооперации в отношении практики исполнения норм конкурентного права и конкурентной политики в целом. Сотрудничество должно осуществляться в соответствии с существующим законодательством, регулирующим конкуренцию и включать такие формы взаимодействия, как:

- обмен неконфиденциальной информацией, проведение консультаций, осуществление технической поддержки;
- обмен опытом продвижения и реализации политики в области конкуренции;
- любые другие формы сотрудничества, оговоренные сторонами Соглашения. Исполнение норм конкурентного права осуществляется следующим образом:
- в том случае, если одна сторона Соглашения пришла к выводу о том, что ее интересы были нарушены на территории другой стороны Соглашения в

отношении неконкурентной практики, она может направить запрос, чтобы другая сторона инициировала соответствующие меры в рамках законодательства. Такие меры должны быть направлены на разбирательство по возможности на самых первых стадиях развития антиконкурентной деятельности и достаточно подробно изложены;

- запрашиваемая сторона должна оценить возможность инициирования правоприменительной деятельности или расширить текущую правоприменительную практику в соответствии с законодательством и проинформировать запрашивающую сторону о своем решении как можно быстрее;
- в том случае если правоприменительная деятельность была инициированная или расширена, запрашиваемая сторона должна проинформировать запрашивающую сторону об итогах проверок и важных промежуточных результатах;
- ни одно из положений Соглашения не может ограничивать свободу действий запрашиваемой стороны принимать решения относительно целесообразности проведения правоприменительной деятельности с целью предотвращения неконкурентного поведения субъекта хозяйственной деятельности на рынке.

С целью содействия понимания между сторонами Соглашения и обеспечения эффективного решения возникающих в рамках главы 11 Соглашения вопросов каждая сторона Соглашения должна проводить консультации по отправленным запросам. Такие консультации, не ущемляя права сторон Соглашения, должны способствовать соблюдению норм конкурентного права. В рамках отправленного запроса на проведение консультаций запрашивающей стороне необходимо указать, как именно рассматриваемый предмет запроса негативно влияет на осуществление торговли между участниками Соглашения. Сторона, получившая такой запрос должна провести консультации с целью достижения взаимно удовлетворительных результатов.

В течение проведения консультаций в соответствии со ст. 11.4 Соглашения запрашиваемая сторона должна самым тщательным образом рассмотреть предмет запроса в разумные сроки. Стороны спорной ситуации должны стремиться достичь консенсуса через проведение конструктивного диалога. В том случае, если одна из сторон приходит к выводу, что несмотря на проведение консультаций, ее права по-прежнему нарушаются, она может обратиться для решения возникшей проблемы в Совместный комитет, созданный в рамках данного соглашения¹.

В ст. 11.5 рассматривается вопрос использования информации. В том случае если одна сторона предоставляет другой стороне необходимую информацию для целей реализаций положений данного Соглашения, то такая информация должна быть использована только для этих целей и не должна быть раскрыта или передана другим организациям либо физическим лицам без получения согласия на то со стороны, предоставившей информацию. Несмотря на положения данного Соглашения, ни одна из сторон не имеет право запрашивать информацию у другой стороне, если такая информация запрещена национальным законодательством.

Для контроля над исполнением положений, прописанных в гл. 11 Соглашения, каждая сторона должна назначить контактный орган. Контактные органы должны работать совместно с целью эффективного исполнения положений Соглашения. Стороны должны обмениваться всей необходимой контактной информацией, содержащей необходимую для налаживания связей.

5.4. Регулирование государственных закупок в ЕАЭС

Создание условий для добросовестного соперничества и защиты участников торгов на рынке государственных закупок — важный элемент реализации конкурентной политики. Рынок государственных закупок государств-членов по масштабам сопоставим с их внешними рынками, он оказывает существенное влияние на экономическое развитие государств — членов ЕАЭС, а его эффективное функционирование — залог общественного процветания.

Договором о ЕАЭС в сфере государственных (муниципальных) закупок предусмотрено, что каждое из государств-членов обеспечивает товарам, работам и услугам, происходящим с территорий других государств — членов ЕАЭС, а также потенциальным поставщикам и поставщикам других государств-членов, предлагающим такие товары, работы и услуги, национальный режим в сфере закупок (разд. XXII Договора о ЕАЭС «Государственные (муниципальные) закупки»).

Договором предусмотрены некоторые запреты и требования, направленных на обеспечение равного доступа потенциальных поставщиков к закупкам, конкретизированные в Протоколе о порядке регулирования закупок (приложение № 25 к Договору о ЕАЭС). В частности, предусмотрен запрет на установление условий договора (контракта) о закупке, которые влекут ограничение числа потенциальных поставщиков и поставщиков в случаях, не предусмотренных применяемым законодательством.

¹ Подробнее о составе и функциях данного органа см. ст. 1.4-1.5 Соглашения.

Кроме того, в Протоколе о порядке регулирования закупок определен перечень случаев осуществления закупок путем проведения запроса предложений, определен единый перечень случаев осуществления закупок из одного источника либо у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), а также устранена возможность одностороннего расширения данного перечня государствами-членами (приложения № 2 и 3 к указанному Протоколу). Кроме того, в нем сформулированы требования об обеспечении информационной открытости и прозрачности закупок. В частности, не допускается установление критериев и порядка оценки, а также сопоставления заявок на участие в конкурсе, влекущих необъективное и (или) неадминистрируемое определение поставщика, а также не соответствующее национальному законодательству о закупках (п. 6 Протокола).

Вместе с тем предусмотрены и изъятия из национального режима. Государства-члены в соответствии с Договором о ЕАЭС могут в исключительных обстоятельствах устанавливать в одностороннем порядке изъятия из национального режима на срок не более двух лет. При этом соответствующий национальный орган должен уведомить ЕЭК об этом не менее, чем за 15 дней до введения изъятий, для проведения консультаций. Консультации должны осуществляться ЕЭК при участии всех заинтересованных государств — членов на основе полученного уведомления либо в случае выявления нарушения обязательств. Комиссия может вынести решение об отмене введенных изъятий из национального режима не позднее, чем через один год после их введения. Если такое решение не будет выполнено государством-членом в течение двух месяцев, то остальные государства — члены могут не распространять национальный режим на государство — член, не выполнившего решение ЕЭК. В настоящее время разработан и подготовлен проект правил рассмотрения полученных уведомлений о введении изъятий из национального режима и рассмотрения Комиссией необходимости их отмены. 23 ноября 2015 г. было принято решение Совета ЕЭК № 69 «Об утверждении Порядка рассмотрения Евразийской экономической комиссией уведомлений государств-членов Евразийского экономического союза о принятии актов об установлении государствами — членами изъятий из национального режима в сфере государственных (муниципальных) закупок, обращений государств-членов по вопросам отмены таких актов, а также принятия Комиссией решений о необходимости отмены таких актов». Данный Порядок был разработан в полном соответствии с п. 33 Протокола о порядке регулирования закупок. Из сферы действия Договора исключены закупки, сведения о которых

являются государственной тайной (государственными секретами) и закупки, осуществляемые национальными (центральными) банками.

Основными принципами регулирования государственных закупок в ЕАЭС являются:

- обеспечение оптимального и эффективного расходования финансовых средств; обеспечение открытости и прозрачности осуществления закупок;
- применение в отношении государств-членов режима наибольшего благоприятствования (недопустимость предоставления третьим странам режима более благоприятного, чем государствам-членам);
- стимулирование развития конкуренции и противодействия коррупции и иным злоупотреблениям в практике государственных закупок.
- обеспечение наличия уполномоченных регулирующих и контролирующих органов власти государства-члена в сфере закупок (допускается выполнение этих функций одним органом).

Кроме того, Договор о ЕАЭС к числу принципов регулирования относит обеспечение беспрепятственного доступа потенциальных поставщиков и поставщиков государств-членов к участию в закупках, проводимых в электронном формате, путем взаимного признания электронной цифровой подписи, изготовленной в соответствии с законодательством одного государства-члена, другим государством-членом. (ст. 88 Договора о ЕАЭС.) Проведение конкурсов и аукционов должно обеспечиваться только в электронном формате. Планировалось, что в 2016 г. заработает «ограниченный вариант» интеграции, требующий объединения электронных площадок. Базой интеграции должны были стать российские электронные торговые площадки, как наиболее развитые. Однако процесс создания единого рынка государственных закупок проходит с определенными трудностями.

Для создания единой системы государственных закупок с помощью электронных торгов в рамках ЕАЭС необходимо решить ряд организационно-технических моментов, связанных в первую очередь с получением электронной цифровой подписи. Положение о взаимном признании электронных цифровых подписей распространяется и на государственные закупки (приложение № 25), но действует пока только между Российской Федерацией и Республикой Беларусь. В ЕЭК проработан вопрос о создании на союзном уровне каталога товаров и услуг, который можно было бы использовать при государственных закупках, и единый реестр поставщиков для включения в него компании, получившие единую квалифицированную электронную подпись.

Одним из способов решения трудностей, связанных с созданием единого рынка государственных закупок, является создание единого портала ЕАЭС, предназначенного для проведения электронных торгов. Однако подобный вариант предусматривает упразднение уже существующих торговых площадок в Российской Федерации, Республике Беларусь, Республике Казахстан. Кроме того, это не ликвидирует проблемы унификации электронных подписей, а также формирования реестров поставщиков и товаров. Таким образом, вопрос создания единого рынка государственных закупок остается на стадии переговоров и дальнейшей работы.

Комиссия также считает необходимым ввести понятие «товар Евразийского экономического союза», чтобы устранить неравные конкурентные условия. Комиссия прорабатывает механизм определения «перечня технологических операций», выполняемых в государствах-членах при совместном производстве продукции. Предполагается, что совместно произведенная продукция, имеющая статус товара ЕАЭС, могла бы иметь доступ к государственным закупкам наравне с национальной продукцией.

Договором о ЕАЭС предусмотрено, что участие потенциальных поставщиков в закупках может быть ограничено на основе сведений, включенных в реестр недобросовестных поставщиков. Нормы включения недобросовестных поставщиков в такие реестры существуют в законодательствах всех участников ЕАЭС. В реестр включаются на два года, как правило, сведения о поставщиках, уклонившихся от заключения договора, не исполнивших либо ненадлежащим образом исполнивших свои обязательства по заключенным с ними договорам. Основанием для включения в реестр может быть решение суда и (или) национального контролирующего органа. При этом лицо, сведения о котором включены в реестр недобросовестных поставщиков, вправе обжаловать такое решение в судебном порядке. Информацию о лицах, включенных в национальный реестр недобросовестных поставщиков, можно найти на национальных веб-порталах государственных закупок.

Ограничения по допуску к участию в государственных закупках лиц, сведения о которых включены в соответствующие национальные реестры, устанавливаются национальным законодательством.

¹ icetrade.by (Республика Беларусь), goszakup.gov.kz (Республика Казахстан), zakupki.gov.ru (Российская Федерация), zakupki.gov.kg (Кыргызская Республика), gmunner.am/ru/ (Республика Армения).

Комиссия регулярно проводит мониторинг в тех случаях, когда какая-либо из стран собирается исключить производителей ЕАЭС из государственных закупок. Если национальный акт об исключении производителя был принят с нарушениями и противоречит Договору о ЕАЭС, ЕЭК вправе отменять действие таких национальных актов.

Важным прецедентом реализации ЕЭК наднациональных полномочий стало решение об отмене изъятий из национального режима в отношении закупок белорусских камвольных тканей, установленных Российской Федерацией.

В 2014 г. по инициативе Республики Беларусь проводились консультации в отношении постановлений Правительства РФ «Об установлении запрета и ограничений на допуск товаров, происходящих из иностранных государств, работ (услуг), выполняемых (оказываемых) иностранными лицами, для целей осуществления закупок товаров, работ (услуг) для нужд обороны страны и безопасности государства» от 24 декабря 2013 г. № 1224 и «Об установлении запрета на допуск отдельных видов товаров машиностроения, происходящих из иностранных государств, для целей обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 14 июля 2014 г. № 656. Участниками консультаций от Республики Беларусь (ОАО «Белшина» и Министерство торговли) были представлены сведения, подтверждающие отказ в допуске белорусских шин к участию в процедурах государственных закупок, проводимых в Российской Федерации в 2014 г. для нужд воинских частей на основе постановления № 1224. Участники консультаций сошлись во мнении, что постановлением установлены изъятия из национального режима в сфере государственных закупок для товаров (работ, услуг) и поставщиков Республики Беларусь и Республики Казахстана с нарушением ст. 4 Соглашения о государственных (муниципальных) закупках на неограниченный срок и без уведомления об этом государств — членов. В результате российская сторона заявила о намерении устранить эти изъятия.

В 2017 г. ЕЭК рекомендовала (приняла рекомендацию) правительствам государств — членам ЕАЭС предоставить равный доступ к государственным закупкам всем производителям из государств-членов, без предпочтений местным компаниям. Рекомендация касается товаров легкой промышленности (т. е. пряжи и

² Постановление Правительства Российской Федерации от 30 марта 2012 г. № 269 «Об установлении дополнительных требований к участникам размещения заказов при размещении заказов на поставки вещевого имущества для нужд федеральных органов исполнительной власти».

³ Соглашение о государственных (муниципальных) закупках (Заключено в г. Москве 09.12.2010).

нитей, тканей и постельного белья, текстиля, ковров, чулочно-носочных изделий, одежды и обуви).

Работа по созданию общего рынка государственных закупок идет и по линии устранения внутренних барьеров, препятствий и ограничений, которые все еще сохраняются в государствах — членах ЕАЭС. Так, в начале апреля 2017 г. ЕЭК опубликовала «Белую книгу», содержащий доклад «Барьеры, изъятия и ограничения в ЕАЭС». В числе выявленных его разработчиками препятствий, мешающих функционированию общего рынка, названы и те, которые относятся к сфере государственных закупок. Например, упоминается отсутствие на веб-портале государственных закупок Министерства финансов Армении необходимой информации о торгах, в том числе на русском языке.

Препятствия в сфере государственных закупок есть и в других государствах — членах. В Российской Федерации, например, ограничен доступ компаний из государств — членов ЕАЭС к поставкам программного обеспечения для государственных нужд. На Совете ЕЭК 28 апреля 2017 г. была обнародована информация о том, что в Республике Казахстан не соответствуют положениям Договора о ЕАЭС процедуры закупки за счет государственных средств лекарств, вакцин и других иммунобиологических препаратов, приобретаемых в рамках программы оказания гарантированного объема бесплатной медицинской помощи населению.

Советом глав Правительств СНГ 7 июня 2017 г. в Бишкеке был принят Протокол о правилах и процедурах регулирования государственных закупок, между государствами - участниками Договора о зоне свободной торговли от 18 октября 2011 г. Предусматривается, что подписанный Протокол будет реализовываться в два этапа. На первом этапе (до 1 января 2018 г.) запланирован переход на электронный формат осуществления закупок способами, непротиворечащими нормам конкурентного права. Второй этап (до 1 января 2019 г.) предусматривает внедрение технологий, обеспечивающих информационную открытость и прозрачность закупок. Особо следует подчеркнуть, что названный Протокол полностью соответствует положениям Договора других международных договоров Российской Федерации.

Унификацию системы государственных закупок в ЕАЭС планируется реализовать в два этапа. На первом из них (до 1 января 2018 г.) необходимо внести соответствующие изменения в национальное законодательство и привести его в соответствие с протоколом. На втором этапе (до 1 января 2019 г.)

¹ URL: <<http://docs.cntd.ru/document/456060251>>.

будут реализованы технологические изменения, направленные на обеспечение прозрачности государственных закупок, их информационную открытость и совместимость технологических платформ. Для проведения онлайнторгов планируется обеспечить совместимость веб-порталов, что позволит подрядчикам удаленно участвовать в проводимых торгах из любой точки ЕАЭС.

Различные проекты, направленные на совершенствование процесса реализации государственных закупок, развиваются на разных уровнях международного сотрудничества. Например, такие организации? как Всемирный банк и ОЭСР разрабатывают указания и рекомендации для национальных правительств с учетом лучших мировых практик борьбе с недобросовестным поведением участников государственных тендеров обеих сторон. Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли о закупках товаров, строительных и других видов услуг (*UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services*) направлен на гармонизацию и повышение эффективности режимов государственных закупок на международном уровне. Кроме того, осуществляется обмен опытом по вопросам использования методологических подходов, рекомендованных Центром ООН по упрощению процедур торговли и электронным деловым операциям (СЕФАКТ ООН) для целей анализа и проектирования общих процессов в рамках ЕАЭС.

Особое внимание на развитие международного регулирования оказывает **Соглашение о государственных закупках ВТО** (*Agreement on Government Procurement — GPA*). В настоящее время участником данного Соглашения являются Республика Армения, Кыргызская Республика и Российская Федерация ведут переговоры о присоединении, Республика Казахстан рассматривает вопрос об инициировании таких переговоров.

Данное соглашение относится к категории соглашений с ограниченным числом участников, т. е. участие в нем не является обязательным для членов ВТО.

Необходимость разработки данного Соглашения связана с тем, что сфера государственных закупок может легко превратиться в среду для дискриминации участников по самым разным основаниям, а именно:

- введение запретов на участие в тендерах иностранных поставщиков (подобные примеры существуют в Индонезии, Малайзии, Вьетнаме);
- установление ценовых преференций (Бразилия — 8-12%, Мексика — 15%, Малайзия — 2,5-10%, Египет — 15%);
- требование о содержании местных компонентов или использовании рабочей силы (Филиппины, отдельные штаты Мексики (30-50%), Вьетнам));

- инвестиционные требования (ЮАР — требование на инвестирование в экономику страны части стоимости контракта);
- политика поддержки инновационной продукции (в Китае, например, действовала долгое время, но в настоящее время под давлением США и ЕС от такой политики отказались).

Первые попытки применения согласованных правил международной торговли в сфере государственных закупок были предприняты еще в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Вопрос повторно появился на повестке дня уже в рамках Токийского раунда многосторонних торговых переговоров ГАТТ в 1976 г. В результате в 1979 г. было подписано первое Соглашение о государственных закупках, вступившее в силу в 1981 г. В 1987 г. в данное Соглашение были внесены изменения, которые, в свою очередь, вступили в силу в 1988 г. Участники Соглашения провели переговоры с целью расширения сферы действия Соглашения в ходе Уругвайского раунда переговоров. В итоге новое Соглашение о государственных закупках было подписано в Марракеше 15 апреля 1994 г. одновременно с Соглашением (Марракешское соглашение) о создании Всемирной торговой организации и вступило в силу 1 января 1996 года. В дальнейшем по инициативе участников Соглашения оно подвергалось пересмотру и в настоящее время действует обновленное Соглашение (*Revised GPA*), которое вступило в силу 6 апреля 2014 г. Соглашение состоит из 22 статей и 4 приложений.

Однако, работа по совершенствованию Соглашения для постепенного сокращения и устранения дискриминационных мер и достижения максимально возможного охвата продолжается, что прямо предусмотрено его положениями.

Основные принципы и элементы Соглашения. В общем виде Соглашение базируется на таких принципах, как недискриминация, транспарентность, процессуальная справедливость, и содержит следующие элементы:

- гарантия предоставления национального режима и недискриминации для поставщиков из стран — членов Соглашения в отношении реализации правительственного заказа на поставку товаров, услуг и строительных услуг, которые оговаривается для каждого участника;
- положения, касающиеся присоединения к Соглашению и предоставления специальных и дифференцированного режима для развивающихся и наименее развитых стран.
- детальное описание процессуальных требований в отношении осуществления государственных закупок с целью гарантирования того, что закупочный процесс, охватываемый Соглашением, осуществляется на

транспарентной и конкурентной основе и не приводит к дискриминации в отношении товаров, услуг или поставщиков из других стран — членов Соглашения;

- дополнительные требования в отношении транспарентности предоставляемой информацией, касающейся закупочной деятельности;
- положения, касаемые модификации и исправления в отношении охвата обязательств членов Соглашения;
- положения, затрагивающие обращения в Орган разрешения споров ВТО в сфере осуществления государственных закупок.
- «традиционная повестка дня» для улучшения Соглашения, расширение охвата его действий, устранение оставшихся дискриминационных мер, путем проведения дальнейших переговоров¹ **Изменения пересмотренного Соглашения.**

Обновленный вариант Соглашения:

- предполагает полный пересмотр формулировок различных положений Соглашения с целью их упрощения;
- учитывает текущие тенденции в процедуре реализации правительственного заказа, прежде всего использование электронных инструментов. В отношении требований к процедуре государственных закупок, проводимых в электронном виде, Соглашением определяется гарантия соблюдения всех основных принципов. Кроме того, предусматриваются дополнительная свобода действий, например, укороченный срок уведомления при использовании электронных средств для осуществления государственных закупок;
- предусматривает развитие специального и дифференцированного режима, который доступен развивающимся участникам Соглашения, что облегчит процедуру присоединения стран к данному Соглашению и приведет к расширению числа его участников, а также положительно скажется на возможностях доступа на рынок;
- предъявляет новые специфичные требования для участия в государственных закупках, предъявляемые к организациям, которые участвуют в государственном заказе с целью предотвращения конфликта интересов и негативного воздействия коррупционного фактора. Ни одна из сторон не может делать оговорки в отношении любого положения Соглашения. Каждая сторона Соглашения должна обеспечить соблюдение его норм, положений и административных процедур, а также соответствие правил, процедур и практик компаниями, осуществляющими закупки положениям Соглашения. Каждая сторона Соглашения должна информировать органы Соглашения о

любых изменениях в своем законодательстве и правилах, касающихся положений Соглашения.

Каждая сторона Соглашения должна предотвратить существующие и выявить формирующиеся дискриминационные меры, которые искажают конкуренцию при открытых государственных закупках.

Сфера применения данного Соглашения применяется относительно всех процедур, связанных с осуществлением закупок для государственных нужд, независимо от того, полностью ли или частично они были осуществлены через электронные ресурсы. Действие Соглашения распространяется:

- на товары, услуги или их комбинацию в соответствии со специализированным списком, представленном в приложении 1 для каждого участника Соглашения;
- товары, услуги или их комбинацию в случае, если не предусматривается их коммерческая продажа либо перепродажа, а также их использование для производства товаров или услуг для дальнейшей коммерческой реализации;
- любые договорные средства, включая приобретение, лизинг, покупку в рассрочку с возможностью или без нее дальнейшего выкупа;
- деятельность закупающей организации;
- определение стоимости осуществления реализации правительственного заказа.
- Данное Соглашение не распространяется:
- на приобретение или аренду земли, существующих зданий и прочего недвижимого имущества;
- недоговорные отношения или на любую форму помощи, оказываемую сторонами Соглашения, включая соглашения о сотрудничестве, предоставление грантов, займов, инвестиционных вливаний, гарантий и налоговых стимулов;
- приобретение валютно-финансовых учреждений и услуг депозитариев, оплату услуг по ликвидации и управлению финансовыми институтами, а также на оплату услуг, связанных с продажей и реструктуризацией государственного долга, включая займы, государственные облигации и также прочие виды ценных бумаг;
- занятость в государственном секторе;
- закупки, осуществляемые:
 - для реализации международной помощи включая цели развития;

- в рамках конкретных процедур, обозначенных в международных соглашениях, которые связаны с размещением воинского контингента или с совместным осуществлением какого-либо конкретного проекта подписавшими соглашением странами; в рамках конкретных процедур, реализуемых международной организацией или на основе финансирования международными грантами.

Структура обязательств. Если в целом говорить о механизме формирования обязательств, то необходимо заметить, что, присоединяясь к данному Соглашению, каждая страна очерчивает границу сферы своих обязательств на национальном рынке государственных закупок:

- устанавливает пороговые значения стоимости заказа, при превышении которых страна должна выполнять взятые на себя обязательства в рамках Соглашения о государственных закупках ВТО;
- ограничивает виды товаров, услуг и строительных работ, подпадающих под сферу действия Соглашения;
- указывает государственные органы, учреждения и предприятия (центрального и местного уровней), закупочная деятельность которых регулируется Соглашением;
- отдельно представляет список исключений¹.

В ходе переговоров по присоединению к Соглашению определяются индивидуальные условия членства нового участника, включая список условий доступа иностранных поставщиков на внутренний рынок государственных закупок. Аналогично процессу присоединения к ВТО срок присоединения каждой страны к данному Соглашению строго индивидуален. Например, Австралия очень активно занимается процессом присоединения и постоянно пересматривает свои условия доступа на внутренний рынок, а Китай находится в данном процессе около семи лет.

Как у любого международного договора, у Соглашения о государственных закупках есть переходный период. При этом развитые страны этим периодом не пользуются, для развивающихся стран под переходным периодом подразумевается временной отрезок, необходимый для имплементации специфических обязательств, но не более трех лет, а для наименее развитых стран — пять лет. Переходный период может быть продлен по запросу развивающихся стран.

¹ 18 Соглашение по правительственным закупкам Институт торговой политики НИУ» Высшая школа экономики». URL: <<https://tradepol.hse.ru/programme4.6.18>>.

Участникам Соглашения необходимо с должным вниманием относиться к любым запросам развивающихся стран, касающихся технического сотрудничества в рамках присоединения к Соглашению и имплементации норм.

Обеспечение транспарентности государственных закупок.

В целом следует отметить, что в Соглашении уделяется значительное внимание информационному обеспечению осуществления государственных закупок. Каждый участник должен незамедлительно публиковать законы, судебные решения, административные правила общего характера, стандартизированные контракты, утвержденные законами или регуляторными нормами и включенными в тендерную документацию и процедуры проведения государственных закупок. Кроме того, необходимо опубликовывать любые изменения, внесенные как на постоянно доступном электронном и бумажном носителе. Стороны Соглашения должны по запросам предоставлять необходимые разъяснения друг другу.

Следует отметить, что Соглашение очень детально описывает всю процедуру осуществления государственных закупок на каждой из стадий:

- уведомление о намеченной закупке;
- предоставление общей информации по закупкам и информация о предполагаемых закупках;
- проведение выборочных торгов;
- изменение критериев отбора;
- проведение упрощенного тендера.

На любом этапе прописанные нормы не должны приводить к ограничению конкуренции между поставщиками или дискриминации поставщиков из отдельных стран — участниц Соглашения.

Разрешение споров, связанных с государственными закупками.

Как и в любом другом соглашении ВТО, ст. 18 Соглашения о государственных закупках предусматривается механизм разрешения споров, а именно: сторона Соглашения должна обеспечить своевременную, прозрачную и недискриминационную административную и судебную процедуру обжалования, в рамках которой поставщики могут оспорить:

- случаи нарушения Соглашения;
- факты несоблюдения норм данного Соглашения, взятых на себя в рамках имплементации Соглашения, в случае, если поставщики не имеют права обжаловать напрямую случаи нарушения Соглашения в рамках национального законодательства.

Условия доступа на рынок государственных закупок Республики Армения в рамках членства в Соглашении

Уровень проведения закупок	Товары		Услуги		Строительство	
	СДР	Армянский Драм	СДР	Армянский Драм	СДР	Армянский Драм
Центральные органы	130000	84035120	130000	84035120	5000000	3232120000
Местные органы	200000	129284800	200000	129284800	5000000	3232120000
Другие юридические лица*	400000	258569600	400000	258569600	5000000	3232120000
<p>*Под другими юридическими лицами подразумеваются администрации, фонды, в частности:</p> <ul style="list-style-type: none"> • государственные или общественные некоммерческие организации; • коммерческие организации с государственным участием более 50%; • государственные услуги, включая сектор коммунального обслуживания, чьи закупки подпадают под действие Закона о государственных закупках. 						

Процессуальные нормы для оспаривания должны быть представлены в письменной форме и быть общедоступными.

В случае жалобы со стороны поставщика при ущемлении его прав в виду нарушения норм Соглашения в рамках осуществления той или иной процедуры закупки, в которой затрагиваются интересы поставщика, страна проведения закупки, инициировавшая государственную закупку, должна способствовать поиску урегулирования конфликтной ситуации через проведение консультаций. При этом необходимо обеспечивать беспристрастное и своевременное рассмотрение подобных жалоб так, чтобы это не оказывало негативного влияния на участие поставщиков в будущих государственных закупках или на право добиваться исправления сложившейся ситуации с помощью административных и судебных процедур рассмотрения. Каждому поставщику должно быть обеспечено необходимое количество времени для подготовки и подачи иска.

Каждый участник Соглашения должен создать или назначить как минимум один беспристрастный независимый административный или судебный орган, для получения и рассмотрения жалоб поставщиков. При этом должна быть обеспечена возможность обжалования решений данного органа. Участие государств-членов ЕАЭС в **Соглашении ВТО о государственных закупках**. Из пяти государств-членов Союза — четыре являются членами ВТО:

Республика Армения, Республика Казахстан, Кыргызская Республика и Российская Федерация. При этом пока только один из перечисленных членов ВТО является участником Соглашения о государственных закупках ВТО — Республика Армения, которая еще 15 сентября 2011 г. присоединилась к Соглашению, а позднее, 6 июня 2015 г. — к пересмотренному Соглашению (*Revised GPA*). В таблице ниже представлены условия доступа на рынок государственных закупок Республики Армения.

Как отмечалось ранее, Российская Федерация и Кыргызская Республика находятся в активном процессе присоединения к данному Соглашению, Республика Казахстан еще не приступил к этому процессу, но находится в стадии обсуждения по поводу инициирования процесса присоединения. При сравнении Положений о государственных закупках в Договоре о ЕАЭС с Соглашением о государственных закупках ВТО, то однозначно можно сказать, что положения Договора о ЕАЭС соответствуют ключевым принципиальным аспектам регулирования, зафиксированным в Соглашении ВТО. В Договоре о ЕАЭС и Соглашении

ВТО прописаны требования национального режима, транспарентности проводимых закупок, приоритет открытых конкурсов и электронных торгов, а также возможность проведения торгов с ограниченным числом потенциальных поставщиков. Кроме того, предусмотрена процедура квалификационного отбора. Договором о ЕАЭС также предусмотрена процедура обжалования результатов тендера.

Однако можно выделить и некоторые различия. Прежде всего различия заключаются в механизмах формирования обязательств. В соответствии с Договором о ЕАЭС его члены открывают доступ для государственных закупок всех уровней и всех видов товаров, работ и услуг на основе принципа взаимности с возможностью обоснованных временных изъятий. Кроме того, в Договоре о ЕАЭС не предусмотрен переходный период при присоединении менее развитых государств, а также есть различия во временных ограничениях при проведении тендера.

Безусловно, как у Соглашения о государственных закупках ВТО, так и у положений, закрепленных в Договоре о ЕАЭС в сфере регулирования государственных закупок, есть очень значительный потенциал для дальнейшего развития по таким направлениям, как:

- сбор статистических данных и отчетности;

- сокращение списков исключений из сферы действия;
- повышение уровня социальной ответственности в сфере государственных закупок;
- нахождение грани между неоправданными дискриминирующими техническими требованиями и необходимыми мерами по обеспечению безопасности.

Очевидно, что ВТО продолжит работу над вовлечением в сферу Соглашения все больше участников особенно развивающихся стран.

В заключении следует отметить, что вопрос создания норм конкурентной политики и контроль за их соблюдением является сложной и многогранной работой. ЕЭК успешно справляется с задачей наднационального органа управления в сфере соблюдения антимонопольного законодательства и разрешения спорных моментов. Следует отметить, что положения, затрагивающие адвокатирование конкуренции и проведение государственных закупок, а также в целом регулирование конкурентной деятельности на рынке, полностью соответствуют международным практикам, нормам и рекомендациям международных организаций, а также соответствуют требованиям транспарентности и недискриминации ВТО.

ГЛАВА 6.

Процедура обжалования решений ЕЭК в Суде Союза

6.1. Учредительные договоры ЕАЭС и «внутреннее право» Суда Союза. Компетенция, правовой статус и структура Суда Союза

6.1.1. «Внутреннее право» Суда Союза

Суд Союза — один из органов ЕАЭС, постоянно действующий судебный орган. Его состав, компетенция, порядок функционирования и формирования определяются Статутом Суда Евразийского экономического союза. Статут Суда является неотъемлемой частью Договора о ЕАЭС (приложение № 2 к Договору о ЕАЭС).

Местом пребывания Суда Союза является г. Минск, Республика Беларусь.

Все внутренние нормы Суда Союза содержатся в его Статуте и конкретизируются в отдельных документах.

Условно все эти нормы можно разделить на три основные категории:

- относящиеся к компетенции и функционированию Суда (Регламент Суда¹ и решения Высшего совета²);

¹ Регламент Суда ЕАЭС утвержден Решением Высшего совета от 23 декабря 2014 г. № 101.

² Решение Высшего совета «О порядке оплаты услуг экспертов специализированных групп, создаваемых Судом Евразийского экономического союза в рамках рассмотрения споров, предметом которых являются вопросы применения специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер» от 23 декабря 2014 г. № 102; Решение Высшего совета «Об определении размера, валюты платежа, порядка зачисления, использования и возврата пошлины, уплаченной хозяйствующими субъектами при обращении в Суд Евразийского экономического союза» от 10 октября 2014 г. № 85; Решение Коллегии «О Порядке рассмотрения обращений хозяйствующих субъектов об оспаривании решений (актов) ЕЭК, Комиссии Таможенного союза, их отдельных положений или действий (бездействия) Евразийской экономической комиссии» от 19 марта 2013 г. № 46.

- относящиеся к формированию состава Суда Союза (решения Высшего совета)¹;
- регулирующие трудовые и связанные с ними отношения (решения Высшего совета)².

6.1.2. Компетенция, правовой статус и структура Суда Союза

В соответствии с п. 1 Статута Суда целью деятельности Суда Союза является обеспечение единообразного применения государствами-членами и органами ЕАЭС Договора о ЕАЭС, международных договоров в рамках ЕАЭС, международных договоров ЕАЭС с третьей стороной и решений органов ЕАЭС. В состав Суда Союза входят по два судьи от каждого государства-члена, назначаемых сроком на девять лет. Таким образом, сегодня в состав Суда входят десять судей. Судьи назначаются и освобождаются от должности Высшим советом по представлению государств-членов.

Полномочия судьи могут прекращаться по следующим основаниям:

- прекращение деятельности Суда Союза;
- истечение срока полномочий судьи;
- письменное заявление судьи о сложении полномочий в связи с переходом на другую работу или по иным причинам;
- неспособность по состоянию здоровья или по иным уважительным причинам осуществлять полномочия судьи;

¹ Решение Высшего совета «О назначении на должности судей Суда Евразийского экономического союза от Кыргызской Республики» от 31 мая 2016 г. № 1; Решение Высшего совета «О назначении на должности судей Суда Евразийского экономического союза» от 23 декабря 2014 г. № 103; Решение Высшего совета «О назначении на должности судей Суда Евразийского экономического союза от Республики Армения» от 2 января 2015 г. № 3; Решение Высшего совета «Об утверждении Председателя Суда Евразийского экономического союза и его заместителя» от 23 декабря 2014 г. № 104.

² Решение Высшего совета «Об утверждении общей штатной численности и структуры Суда Евразийского экономического союза» от 10 октября 2014 г. № 81; Решение Высшего совета «Об оплате труда судей, должностных лиц и сотрудников Суда Евразийского экономического союза» от 10 октября 2014 г. № 82; Решение Высшего совета «Об отборе кандидатов на занятие вакантных должностей в Секретариате Суда Евразийского экономического союза» от 10 октября 2014 г. № 83; Решение Высшего совета «О порядке проверки достоверности и полноты сведений о доходах, имуществе и обязательствах имущественного характера судей Суда Евразийского экономического союза, должностных лиц и сотрудников Аппарата Суда Евразийского экономического союза, а также членов их семей» от 10 октября 2014 г. № 84.

- деятельностью, несовместимой с должностью судьи;
- прекращение членства в ЕАЭС государства, которым представлен судья;
- утрата судьей гражданства государства-члена, которым представлен судья;
- совершение судьей серьезного проступка, несовместимого с высоким статусом судьи;
- вступление в законную силу обвинительного приговора суда в отношении судьи либо решения суда о применении к нему принудительных мер медицинского характера;
- вступление в законную силу решения суда об ограничении дееспособности судьи либо о признании его недееспособным;
- смерть судьи или вступление в законную силу решения суда об объявлении его умершим либо о признании безвестно отсутствующим.

Руководство деятельностью Суда Союза осуществляет Председатель Суда Союза. При временной невозможности участия Председателя Суда Союза в деятельности Суда Союза его обязанности исполняет заместитель Председателя Суда Союза. Председатель Суда Союза и его заместитель не могут являться гражданами одного и того же государства-члена.

Судьи не могут представлять интересы государственных или межгосударственных органов и организаций, коммерческих структур, политических партий и движений, а также территорий, наций, народностей, социальных и религиозных групп и отдельных лиц. Судьи не вправе заниматься любой деятельностью, связанной с получением доходов, кроме научной, творческой и преподавательской.

Судья не может участвовать в разрешении какого-либо дела, в котором он ранее участвовал в качестве представителя, поверенного или адвоката одной из сторон спора, члена национального или международного суда, следственной комиссии или в каком-либо ином качестве. Судья, как при исполнении своих полномочий, так и во внеслужебных отношениях должен избегать конфликта интересов, а также всего того, что может умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости, беспристрастности.

¹ Решением Высшего совета от 23 декабря 2014 г. № 104 Председателем Суда Союза утвержден Федорцов Александр Адамович, заместителем Председателя Суда Союза — Баишев Жолымбет Нурахметович. Судьи Суда ЕАЭС назначены Решением Высшего совета от 23 декабря 2014 г. № 103, Решением Высшего совета от 2 января 2015 г. № 3 и Решением Высшего совета от 31 мая 2016 г. № 1.

Компетенция Суда Союза определяется в гл. III Статута Суда. Суд Союза рассматривает споры, возникающие по следующим трем категориям вопросов:

- вопросы реализации Договора о ЕАЭС;
- вопросы реализации международных договоров в рамках ЕАЭС;²
- вопросы реализации решений органов ЕАЭС.

В Суд Союза могут обращаться государства-члены и хозяйствующие субъекты.

Государства-члены могут обращаться в Суд Союза по следующим вопросам:

- о соответствии международного договора в рамках ЕАЭС или его отдельных положений Договору о ЕАЭС;
- соблюдении другим государством-членом (другими государствами-членами) Договора о ЕАЭС, международных договоров в рамках ЕАЭС и (или) решений органов ЕАЭС, а также отдельных положений указанных международных договоров и (или) решений;
- соответствии решения ЕЭК или его отдельных положений Договору о ЕАЭС, международным договорам в рамках ЕАЭС и (или) решениям органов ЕАЭС;
- об оспаривании действия (бездействия) ЕЭК. *Хозяйствующие субъекты* могут обращаться в Суд Союза по следующим вопросам²:

¹ Статут Суда в (п. 39.2) определяет хозяйствующего субъекта как юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством государства-члена или третьего государства либо физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии с законодательством государства-члена или третьего государства).

² Определение «международного договора в рамках Союза» дано в ст. 2 Договора о ЕАЭС, под которым понимается международный договор, заключаемый между государствами-членами по вопросам, связанным с функционированием и развитием Союза. Критерии «иных международных договоров, участниками которых являются государства — стороны спора» были установлены в решении от 21 июня 2016 г. Апелляционной палаты Суда. В данном решении указывается на необходимость наличия двух кумулятивных условий, которым должен соответствовать международный договор, не являющийся договором в рамках Союза, а имен-но: членство всех государств ЕАЭС в таком договоре и чтобы сфера действия такого договора относилась к области единой политики в рамках ЕАЭС (решение Апелляционной палаты Суда ЕАЭС по Делу № СЕ-1-2/2-16-АП от 21 июня 2016 г. по жалобе ЗАО «Дженерал Фрейд» на решение Коллегии Суда ЕАЭС от 4 апреля 2016 г. об отказе в удовлетворении заявления ЗАО «Дженерал Фрейд» и признании решения ЕЭК от 18 июля 2014 г. № 117 «О классификации холодильной машины «чиллер» по единой Товарной номенклатуре внешнеэкономической деятельности Таможенного союза» соответствующим Договору ЕАЭС, международным договорам в рамках ЕАЭС).

- о соответствии решения ЕЭК или его отдельных положений, непосредственно затрагивающих права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, Договору о ЕАЭС интересов хозяйствующего субъекта;
- об оспаривании действия (бездействия) ЕЭК, непосредственно затрагивающего права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС, если такое решение или его отдельные положения повлекли нарушение предоставленных Договором о ЕАЭС и (или) международными договорами в рамках ЕАЭС прав и законных экономической деятельности, если такое действие (бездействие) повлекло нарушение предоставленных Договором о ЕАЭС и (или) международными договорами в рамках ЕАЭС прав и законных интересов хозяйствующего субъекта. Кроме того, государства-члены могут отнести к компетенции Суда Союза иные споры, разрешение которых данным Судом прямо предусмотрено Договором о ЕАЭС, международными договорами в рамках ЕАЭС, международными договорами ЕАЭС с третьей стороной или иными международными договорам между государствами-членами.

Вопрос о наличии компетенции Суда Союза по разрешению спора разрешается Судом Союза. При определении того, обладает ли он компетенцией рассматривать спор, Суд Союза руководствуется Договором о ЕАЭС, международными договорами в рамках ЕАЭС и (или) международными договорами ЕАЭС с третьей стороной.

В компетенцию Суда Союза не входит наделение органов ЕАЭС дополнительной компетенцией помимо той, которая прямо предусмотрена Договором о ЕАЭС и (или) международными договорами в рамках ЕАЭС.

Спор не принимается к рассмотрению Судом Союза без предварительного обращения заявителя к государству-члену или ЕЭК для урегулирования вопроса в досудебном порядке путем консультаций, переговоров или иными способами, предусмотренными Договором о ЕАЭС и международными договорами в рамках ЕАЭС, за исключением случаев, прямо предусмотренных Договором о ЕАЭС.

¹Более подробно о досудебном порядке см.: Решение Коллегии ЕЭК «О Порядке рассмотрения обращений хозяйствующих субъектов об оспаривании решений (актов) Евразийской экономической комиссии, Комиссии Таможенного союза, их отдельных положений или действий (бездействия) Евразийской экономической комиссии» от 19 марта 2013 г. № 46.

Если государство-член или ЕЭК в течение трех месяцев со дня поступления к ним обращения заявителя не приняли мер по урегулированию вопроса в досудебном порядке, заявление о рассмотрении спора может быть направлено в Суд Союза. Спор может быть передан на рассмотрение Суда Союза до истечения данного срока по взаимному согласию сторон спора.

По заявлению государства-члена или органа ЕАЭС Суд Союза осуществляет разъяснение положений Договора о ЕАЭС, международных договоров в рамках ЕАЭС и решений органов ЕАЭС, а также по заявлению сотрудников и должностных лиц органов ЕАЭС и Суда Союза положений Договора о ЕАЭС, международных договоров в рамках ЕАЭС и решений органов ЕАЭС, связанных с трудовыми правоотношениями.

Осуществление Судом Союза разъяснения означает предоставление консультативного заключения и не лишает государства-члены права на совместное толкование ими международных договоров.

Суд Союза осуществляет разъяснение положений международного договора ЕАЭС с третьей стороной, если это предусмотрено таким международным договором.

Обращение в Суд Союза от имени государства-члена с заявлением о рассмотрении спора или заявлением о разъяснении осуществляется уполномоченными органами и организациями государства-члена, перечень которых определяется каждым государством-членом и направляется в Суд Союза по дипломатическим каналам.

Применимое Судом Союза право при осуществлении правосудия определяется в п. 50 Статута Суда. Суд Союза применяет:

- общепризнанные принципы и нормы международного права;
- Договор о ЕАЭС, международные договоры в рамках ЕАЭС¹ и иные международные договоры, участниками которых являются государства — стороны спора²;
- решения и распоряжения органов ЕАЭС;
- международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

При этом положения Договора о ЕАЭС, международных договоров в рамках ЕАЭС и международных договоров ЕАЭС с третьей стороной, касающиеся разрешения споров, разъяснения и толкования, применяются в части, не противоречащей Статуту Суда, т.е. в случае такого противоречия приоритет будут иметь положения Статута Суда.

6.2. Установленный порядок судопроизводства

Суд Союза осуществляет судопроизводство на основе следующих принципов:

- независимость судей;
- гласность разбирательства;
- публичность;
- равенство сторон спора;
- состязательность;
- коллегиальность.

Конкретный порядок реализации принципов судопроизводства определяется Регламентом Суда.

Суд Союза может запрашивать необходимые для рассмотрения дел материалы у направивших заявление в него хозяйствующих субъектов, уполномоченных органов и организаций государств-членов, а также органов ЕАЭС.

Судопроизводство в Суде Союза осуществляется при участии сторон спора, заявителя, их представителей, экспертов, включая экспертов специализированных групп, специалистов, свидетелей и переводчиков.

Если государство-член или ЕЭК считает, что решение по спору может затронуть их интересы, это государство-член или ЕЭК могут обратиться с ходатайством о разрешении вступить в дело в качестве заинтересованного участника спора.

Суд Союза оставляет без рассмотрения требования о возмещении убытков или иные требования имущественного характера.

Обращение хозяйствующего субъекта в Суд Союза облагается пошлиной, которая уплачивается хозяйствующим субъектом до подачи заявления в Суд Союза. В случае удовлетворения Судом Союза указанных в заявлении требований хозяйствующего субъекта, пошлина возвращается.

В ходе рассмотрения дела каждая сторона спора несет свои судебные издержки самостоятельно. На любой стадии рассмотрения дела спор может быть урегулирован сторонами спора путем заключения мирового соглашения, отказа заявителя от своих требований или отзыва заявления.

Суд Союза принимает по процедурным вопросам своей деятельности следующие постановления:

- о принятии либо об отказе в принятии заявления к производству;
- приостановлении или возобновлении производства по делу;
- прекращении производства по делу.

В срок не позднее 90 дней со дня поступления заявления Суд Союза по результатам рассмотрения спора выносит решение, а *по заявлению о разъяснении* предоставляет консультативное заключение. Консультативное заключение *по заявлению о разъяснении* носит рекомендательный характер. Решение Суда Союза не может выходить за рамки указанных в заявлении вопросов, не изменяет и (или) не отменяет действующих норм права ЕАЭС, законодательства государств-членов и не создает новых. Решения Суда Союза являются обязательными для сторон спора.

По результатам рассмотрения дела *по заявлению государства-члена о соответствии международного договора в рамках ЕАЭС или его отдельных положений Договору о ЕАЭС* Большая коллегия Суда Союза выносит одно из следующих решений:

- о несоответствии международного договора в рамках ЕАЭС или его отдельных положений Договору о ЕАЭС;
- соответствии международного договора в рамках ЕАЭС или его отдельных положений Договору о ЕАЭС.

По результатам рассмотрения дела *по заявлению государства-члена о соблюдении другим государством-членом* (другими государствами-членами) *Договора о ЕАЭС*, международных договоров в рамках ЕАЭС и (или) решений органов ЕАЭС, а также отдельных положений указанных международных договоров и (или) решений Большая коллегия Суда Союза выносит одно из следующих решений:

- об установлении факта соблюдения государством-членом (государствами-членами) *Договора о ЕАЭС*, международных договоров в

- рамках ЕАЭС и (или) решений органов ЕАЭС, а также отдельных положений указанных международных договоров и (или) решений;
- установлении факта несоблюдения государством-членом (государствами-членами) Договора о ЕАЭС, международных договоров в рамках ЕАЭС и (или) решений органов ЕАЭС, а также отдельных положений указанных международных договоров и (или) решений. По результатам рассмотрения дела *по заявлению государства-члена*

о соответствии решения ЕЭК или его отдельных положений Договору о ЕАЭС, международным договорам в рамках ЕАЭС и (или) решениям органов ЕАЭС Большая коллегия Суда Союза выносит одно из следующих решений:

- о несоответствии решения ЕЭК или его отдельных положений Договору о ЕАЭС, международным договорам в рамках ЕАЭС и (или) решениям органов ЕАЭС;
- соответствии решения ЕЭК или его отдельных положений Договору о ЕАЭС, международным договорам в рамках ЕАЭС и (или) решениям органов ЕАЭС.

По результатам рассмотрения дела *по заявлению государства-члена об оспаривании действия (бездействия)* ЕАЭС Большая коллегия Суда Союза выносит одно из следующих решений:

- о признании оспариваемого действия (бездействия) не соответствующим Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС;
- признании оспариваемого действия (бездействия) соответствующим Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС.

По результатам рассмотрения дела *по заявлению хозяйствующего субъекта о соответствии решения ЕЭК или его отдельных положений, непосредственно затрагивающих права и законные интересы*

хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС, если такое решение или его отдельные положения повлекли нарушение предоставленных Договором о ЕАЭС и (или) международными договорами в рамках ЕАЭС прав и законных интересов хозяйствующего субъекта, Коллегия Суда Союза выносит одно из следующих решений:

- о признании решения ЕЭК или его отдельных положений соответствующими Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС;
- признании решения ЕЭК или его отдельных положений не соответствующими Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС.

По результатам рассмотрения дела *по заявлению хозяйствующего субъекта об оспаривании действия (бездействия)* ЕЭК Коллегия Суда Союза выносит одно из следующих решений:

- о признании оспариваемого действия (бездействия) ЕЭК не соответствующим Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС, а также нарушающим права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;
- признании оспариваемого действия (бездействия) ЕЭК соответствующим Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС и не нарушающим права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

По результатам рассмотрения дела *по заявлению хозяйствующего субъекта об обжаловании решения* Коллегии Суда Союза Апелляционная палата Суда Союза выносит одно из следующих решений:

- об оставлении решения Коллегии Суда Союза без изменения, а заявление об обжаловании — без удовлетворения;
- отмене полностью или в части либо об изменении решения Коллегии Суда Союза, вынесении нового решения по делу.

Действие решения ЕЭК или его отдельных положений, признанных Судом Союза не соответствующими Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС, продолжается после вступления в силу соответствующего решения Суда Союза до исполнения ЕЭК данного решения Суда Союза.

Решение ЕЭК или его отдельные положения, признанные Судом Союза не соответствующими Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС, в разумный срок, но не превышающий 60 календарных дней с даты вступления в силу решения Суда Союза, приводится ЕЭК в соответствие с

Договором о ЕАЭС и (или) международными договорами в рамках ЕАЭС, если иной срок не установлен в решении Суда Союза.

В своем решении Суд Союза с учетом положений Договора о ЕАЭС и (или) международных договоров в рамках ЕАЭС может установить иной срок для приведения в соответствие с Договором о ЕАЭС и (или) международными договорами в рамках ЕАЭС решения ЕЭК.

При наличии обоснованного ходатайства стороны спора действие решения ЕЭК или его отдельных положений, признанных Судом Союза не соответствующими Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС, может приостанавливаться по решению Суда Союза с даты вступления его решения в силу.

ЕЭК обязана в разумный срок, но не превышающий 60 календарных дней с даты вступления в силу решения Суда Союза, если иной срок не установлен в этом решении, исполнить вступившее в силу решение Суда Союза, в котором он установил, что оспариваемое действие (бездействие) ЕЭК не соответствует Договору о ЕАЭС и (или) международным договорам в рамках ЕАЭС и что таким действием (бездействием) ЕЭК нарушены права и законные интересы хозяйствующих субъектов, предусмотренные Договором о ЕАЭС и (или) международными договорами в рамках ЕАЭС.

В случае неисполнения решения Суда Союза государство-член вправе обратиться в Высший совет с целью принятия необходимых мер, связанных с его исполнением. В случае неисполнения ЕЭК решения Суда Союза хозяйствующий субъект вправе обратиться в него с ходатайством о принятии мер по исполнению данного решения. Суд Союза по ходатайству хозяйствующего субъекта в течение 15 календарных дней с даты его поступления обращается в Высший совет для принятия им решения по данному вопросу.

Акты Суда Союза подлежат опубликованию в официальном бюллетене Суда Союза и на официальном сайте Суда Союза в сети Интернет. Решение Суда Союза может быть разъяснено без изменения его сущности и содержания только самим Судом Союза по обоснованному ходатайству сторон по делу.

6.3. Примеры обжалования решений ЕЭК в Суде Союза из сферы конкуренции

По состоянию на 25 апреля 2017 г. решения ЕЭК, касающиеся сферы конкуренции не были обжалованы в Суде Союза. Однако 4 апреля 2017 г. Большая коллегия Суда Союза предоставила Консультативное заключение по заявлению Республики Беларусь о разъяснении Договора о ЕАЭС, в котором затрагивается сфера конкуренции, поскольку Республика Беларусь просила Суд Союза разъяснить содержание ст. 74 («Общие положения»), 75 («Общие принципы конкуренции») и 76 («Общие правила конкуренции») разд. XVIII Договора о ЕАЭС «Общие принципы и правила конкуренции».

Суть дела состоит в следующем. Республика Беларусь просила Суд Союза разъяснить указанные статьи на предмет возможности установления в законодательстве государств-членов иных критериев допустимости «вертикальных» соглашений, кроме тех, которые установлены Протоколом 1.

Большая коллегия Суда Союза отметила, что она осуществляет разъяснение международно-правовых норм с учетом ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. Большая коллегия подчеркнула, что ст. 2 Договора о ЕАЭС позволяет сделать вывод о том, что для отнесения определенной сферы к единой политике необходимо соответствие следующим условиям: наличие унифицированного правового регулирования и передачи государствами-членами компетенции в данной сфере органам ЕАЭС в рамках их наднациональных полномочий. О наличии компетенции наднационального органа (ЕЭК) в сфере конкурентной политики на трансграничных рынках свидетельствует делегирование государствами-членами полномочий по контролю за соблюдением общих правил конкуренции в форме пресечения нарушений хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, а также физическими лицами и некоммерческими организациями государств-членов, не являющимися хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках, в частности, в форме применения штрафных санкций (п.6 Протокола)¹. Таким образом, правила в сфере защиты

¹ В п. 6 Протокола установлено, что «вертикальные» соглашения допускаются, если являются договорами коммерческой концессии; доля каждого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), являющегося участником такого соглашения, на товарном рынке товара, 20%.

конкуренции на трансграничных рынках урегулированы правом ЕАЭС и относятся к *единой политике* (наднациональное регулирование).

Применительно к защите конкуренции на национальных рынках Большая коллегия Суда Союза отметила, что правовое регулирование в данной сфере установлено ст. 75-76 Договора о ЕАЭС посредством закрепления общих принципов и правил конкуренции, которые могут быть развиты в законодательстве государств-членов. При этом п. 3 ст. 74 Договора о ЕАЭС наделяет государства-члены правом устанавливать в своем законодательстве дополнительные запреты, а также дополнительные требования и ограничения в отношении запретов, предусмотренных ст. 75 и 76 Договора о ЕАЭС. На основе сравнительного анализа приведенных выше норм права Большая коллегия Суда Союза пришла к выводу о том, что защита конкуренции на национальных рынках представляет собой *скоординированную политику* в отличие от трансграничных рынков.

В свою очередь, в соответствии с п. 4 ст. 74 Договора о ЕАЭС государства-члены проводят *согласованную* конкурентную (антимонопольную) *политику* в отношении действий хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) третьих стран, если такие действия могут оказать негативное влияние на состояние конкуренции на товарных рынках государств-членов.

Таким образом, по мнению Большой коллегии Суда Союза, конкурентное право Союза включает все три вида политик, применение которых зависит от таких критериев, как характер рынка (национальный или трансграничный) и национальность хозяйствующего субъекта (субъект рынка государства-члена или субъект рынка третьих стран).

В результате такого анализа Большая коллегия Суда Союза пришла к выводу о том, что общие правила конкуренции обладают *прямым* действием и должны непосредственно применяться государствами-членами как положения, закрепленные в международном договоре. В свою очередь, национальное законодательство может содержать

¹ Рынок считается трансграничным, если его географические границы охватывают территории двух и более государств-членов (п. 2 Решения Высшего совета от 19 декабря 2012 г. № 29 «Об утверждении критериев отнесения рынка к трансграничному»).

дополнительные требования, ограничения и запреты по отношению к установленным общим подходам (п. 3 ст. 74 Договора о ЕАЭС).

Применительно к регулированию конкуренции в ЕАЭС Большая коллегия Суда Союза отметила, что ст. 74 Договора о ЕАЭС предоставляет государствам-членам определенную свободу усмотрения при регулировании отношений конкуренции на своем внутреннем рынке. Эта свобода усмотрения предполагает, что при принятии норм права государства должны находить разумный баланс между развитием своего внутреннего рынка и эффективным функционированием трансграничного рынка, т. е. ни государства-члены, ни органы ЕАЭС не должны вторгаться в компетенцию друг друга.

В свою очередь, учитывая, что ст. 76 Договора о ЕАЭС устанавливает запреты в отношении некоторых категорий хозяйствующих субъектов, товаров и соглашений, следует сделать вывод, что в случае гармонизации национального законодательства в дополнении к указанному требованию в этих же категориях могут быть установлены дополнительные требования, ограничения и запреты, учитывающие условия функционирования внутренних товарных рынков государств. Таким образом, буквальное уяснение положения п. 3 ст. 74 Договора о ЕАЭС позволило Большой коллегии Суда Союза сделать вывод, что данное положение наделяет государства-члены компетенцией устанавливать «нормы-запреты», а не «нормы-дозволения». Следовательно, п. 3 ст. 74 Договора о ЕАЭС государствам-членам предоставляется право дополнить национальное законодательство перечнем запретов, а также требований и ограничений в отношении запретов, предусмотренных ст. 75-76 Договора о ЕАЭС.

Большая коллегия Суда Союза также пришла к выводу о том, что Договор о ЕАЭС не содержит положений, позволяющих установить в нормах законодательства государств-членов иные критерии допустимости «вертикальных» соглашений.

Общий вывод Большой коллегии Суда Союза был сделан о том, что ст. 4, 74-76 Договора о ЕАЭС и разд. II Протокола во взаимосвязи не предусматривают право государств-членов изменять установленные критерии допустимости «вертикальных» соглашений.

ГЛАВА 7.

Развитие законодательства государств-членов в сфере конкурентной политики и антимонопольного регулирования. Некоторые аспекты гармонизации

7.1. Модельный закон о конкуренции в рамках ЕАЭС. Проблемы имплементации

Говоря о действии единых наднациональных норм антимонопольного законодательства на трансграничных рынках, закрепленных в Договоре о ЕАЭС, нельзя не отметить усилия, приложенные государствами-членами по сближению национальных законодательств в области конкуренции. Так, одним из основных инструментов гармонизации антимонопольного законодательства в национальных правовых режимах является Модельный закон «О конкуренции», утвержденный Решением № 50 Высшего Евразийского экономического совета в г. Минске 24 октября 2013 г. Таким образом, Модельный закон был принят до подписания Договора о ЕАЭС и образования самого ЕАЭС с целью гармонизации законодательства будущих государств-членов.

Модельный закон в преамбуле определяет своей целью сближение правового регулирования экономических отношений в области конкурентной политики в рамках ЕЭП, а также устанавливает единые подходы к основным положениям законодательства о защите конкуренции государств-членов ТС и ЕЭП.

При разработке Модельного закона учитывались лучшие практики законодательного регулирования в сфере защиты конкуренции и первоначальных государств-членов (Республика Беларусь, Республика Казахстан и Российская Федерация), так и лучших международных практик зарубежных государств, а также рекомендации ОЭСР¹. Данный факт

¹ Сотрудничество государств-членов ЕАЭС с ОЭСР в контексте развития интеграционной повестки Союза. Возможности использования наилучших практик ОЭСР в работе ЕАЭС: сб. публикаций. URL: <<http://www.eurasiancommission.org/ru/act/trade/SiteAssets/c6opHHK%20ny6nKH4Hft%20no%204ToraM%20ceMHHapa%20no%2003CP.pdf>>

позволяет говорить о том, что положения Модельного закона отражают мировые тенденции регулирования и содержат наиболее передовые положения в сфере защиты конкуренции¹.

Помимо достижения непосредственной цели по гармонизации национального регулирования государств-членов, положения Модельного закона также учитывались при разработке Договора о ЕАЭС в части, регулирующей вопросы конкуренции. Решение об утверждении Модельного закона предусматривало необходимость учета его положений при разработке Договора о ЕАЭС.

Модельный закон охватывает регулирование всех основных правовых категорий и институтов, свойственных современному антимонопольному законодательству.

Положения Модельного закона очень близки к положениям российского федерального закона «О защите конкуренции», а также действующим актам иных государств-членов ЕАЭС. Структурно Модельный закон содержит классические, присущие национальному антимонопольному регулированию, главы и положения.

Глава I определяет предмет, сферу и цели конкурентного регулирования, а также основные понятия и категории конкурентного законодательства, такие как доминирующее положение, группа лиц, согласованные действия, монополия высокая и низкая цена товара и т.д.

Глава II содержит нормы, непосредственно определяющие регулирование монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, основные запреты и изъятия. Положения касаются запретов на основные формы антиконкурентного поведения, такие как злоупотребление доминирующим положением, заключение антиконкурентных соглашений, осуществление согласованных действий и недобросовестная конкуренция.

Глава III устанавливает запреты, связанные с антиконкурентным поведением при участии органов государственной власти.

Глава IV содержит антимонопольные требования к торгам.

Глава V регулирует предоставление государственных и муниципальных преференций.

Глава VI определяет процедуру государственного контроля за экономической концентрацией сделок и иных действий, а также

¹ См. <<http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/24-05-2013-3.aspx>>.

устанавливает, какие сделки и действия подлежат государственному контролю, какие акты антимонопольный орган может принять по результатам рассмотрения и каковы последствия несоблюдения данной процедуры.

Глава VII определяет основные функции и полномочия антимонопольного органа, процедурные моменты осуществления им своей деятельности и проведения проверок.

Глава VIII содержит положения, касающиеся ответственности и возможных мер за нарушение антимонопольного законодательства.

Глава IX определяет процессуальные моменты возбуждения и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства и обжалование решений антимонопольного органа.

В отличие от Договора о ЕАЭС, положения Модельного закона по своей юридической природе не являются обязательными и не имеют прямого действия на территории государств-членов. Будучи инструментом сближения национального законодательного регулирования, нормы Модельного закона являются рекомендательными. Следовательно, государства-члены могут использовать его положения для имплементации в свои национальные правовые порядки.

В связи с этим возникает вопрос о степени и процессе имплементации норм Модельного закона государствами-членами. Очевидно, что без совместных усилий по внедрению в национальное законодательство норм Модельного закона, само по себе его принятие не приведет к достижению цели сближения национальных правовых режимов и правового регулирования экономических отношений в области конкурентной политики. В то же время, сближение национального законодательства нескольких суверенных государств объективно может столкнуться с некоторыми сложностями организационного характера, что ведет к разной степени имплементации во временном интервале, так и содержательного, связанного с особенностями товарных рынков конкретных государств и, соответственно, необходимостью особого, отличающегося от иных государств, регулирования определенных вопросов (например, необходимость установления различных пороговых значений). В любом случае, само наличие Модельного закона и предпринимаемые в связи с этим усилия государств-членов по совершенствованию национального антимонопольного законодательства являются позитивной тенденцией.

В Решении Высшего совета об утверждении Модельного закона устанавливается необходимость для правительств Республики Беларусь,

Республики Казахстан и Российской Федерации в срок, не превышающий 12 месяцев с даты вступления данного Решения в силу, проинформировать ЕЭК о применении в законодательстве положений Модельного закона. Указанное положение распространяется также и на новых государств-членов.

Таким образом, можно констатировать, что цели, определенные при принятии Модельного закона, в целом достигаются: национальное законодательное регулирование государств-членов, а также регулирование вопросов защиты конкуренции на наднациональном уровне на трансграничных рынках основаны на схожих подходах и концепциях. При этом необходимо учитывать устойчивый характер и дальнейший продолжающийся процесс гармонизации конкурентного законодательства. Кроме того, важно отметить позитивное влияние Модельного закона и в целом конкурентного права ЕАЭС на развитие национального законодательства государств-членов.

7.2. Развитие законодательства Республики Армения в сфере конкурентной политики и антимонопольного регулирования

7.2.1. Источники права конкуренции Республики Армения

Начало формированию регулирования экономической конкуренции и права экономической конкуренции в Республике Армения было положено принятием Закона Республики Армения от 06 ноября 2000 г. «О защите экономической конкуренции»¹. Со дня вступления в силу данный закон претерпел значительные изменения, однако, по-прежнему остается основой правового регулирования вопросов экономической конкуренции в Республике Армения.

В качестве основных принципов Закон регламентирует такие основополагающие вопросы конкурентного права, как:

- запрет антиконкурентных соглашений;
- запрет злоупотребления доминирующим положением на рынке;
- государственный контроль за экономической концентрацией;
- общие проявления недобросовестной конкуренции.

¹URL: <<http://www.competition.am/mdex.php?menu 147&lng 3>>.

Закон также заложил институциональную основу антимонопольного регулирования, санкционировав создание контрольного и регулирующего органа — Государственной комиссии по защите экономической конкуренции (далее — Комиссия по конкуренции).

Основные изменения в Закон были внесены законами Республики Армения о внесении изменений и дополнений в Закон:

- от 4 мая 2005 г. (устанавливает подробный перечень санкций за нарушение антимонопольного законодательства);
- от 14 апреля 2007 г., 22 июля 2007 г. и 23 мая 2011 г. (пересматривают и детально регламентируют практически все аспекты антимонопольного регулирования, вводит новый объект регулирования — государственная поддержка, ее запрещение).

Важнейшими подзаконными актами, регламентирующими вопросы права конкуренции, являются:

- постановление Государственной комиссии по защите экономической конкуренции Республики Армения «Об определении размера активов и доходов участников концентрации подлежащей декларации, о порядке декларирования экономической концентрации хозяйствующих субъектов и форме подаваемой декларации»;
- постановление Государственной комиссии по защите экономической конкуренции Республики Армения «Об определении доминирующего положения хозяйствующего субъекта, в том числе порядка и критериев определения рыночной власти»;
- постановление Государственной комиссии по защите экономической конкуренции «О порядке определения границ товарных рынков». При осуществлении своих задач и полномочий, Комиссия по конкуренции независима от других органов государственной власти. Комиссия по конкуренции имеет право давать официальные разъяснения правовых актов, которые, хотя и не являются обязательными, но и дают право юридическим и физическим лицам руководствоваться ими в отношениях с государственными или местными органами самоуправления. На практике основная доля официальных разъяснений, принятых данной Комиссией, приходится на регулирование экономической концентрации.

К источникам права Республики Армения в сфере экономической конкуренции также относятся международные договоры как регулирующие вопросы конкуренции в качестве основного объекта регулирования данного договора (например, Договор между Правительством Республики

Армения и Кабинетом Министров Украины о сотрудничестве в сфере экономической конкуренции), так и двусторонние и многосторонние соглашения и договоры Республики Армения, в которых вопросы экономической конкуренции затрагиваются в числе иных вопросов (например: Договор между ЕС, его членами и Республикой Армения «О сотрудничестве и взаимодействии», Договор о ЕАЭС).

7.2.2. Основные объекты регулирования

Основными объектами регулирования правовых норм Республики Армения о конкуренции являются:

- антиконкурентные соглашения;
- злоупотребление доминирующим и монопольным положением на товарных рынках;
- государственный контроль за экономической концентрацией на товарных рынках;
- проявления недобросовестной конкуренции;
- государственная поддержка, ее запрещение;
- порядок формирования и полномочия контрольного и регулирующего органа государственной власти;
- санкции за нарушение норм, регулирующих вопросы обеспечения экономической конкуренции,
- административный процесс, порядок применения санкций. Субъектами правоотношений являются:
 - физические и юридические лица, общины, государство и иные организации при осуществлении ими экономической деятельности;
 - общины и государство в качестве субъектов, которые наделены властными полномочиями, позволяющими влиять на экономическую деятельность хозяйствующих субъектов, а также контролирующий орган — Комиссия по конкуренции.

7.2.3. Регулирование антиконкурентных соглашений

Законодательство Республики Армения запрещает заключение антиконкурентных соглашений, определяя последние как сделки, соглашения, прямо или косвенно согласованные действия либо поведение, а также решения, принятые объединениями хозяйствующих субъектов (далее — соглашения),

которые прямо или косвенно приводят или могут привести к ограничению, пресечению или запрещению конкуренции. Таким образом, данным понятием охватывается довольно широкий спектр проявлений взаимодействия хозяйствующих субъектов, критерием законности которого является объективный фактор способности соглашения (согласно определению законодательством) влиять на конкурентную среду на рынке в целом и конкурентное положение участников данного рынка в частности.

Несмотря на это, Закон также закрепляет основные проявления и виды антиконкурентных соглашений, не ограничивая ими возможные проявления таковых. В частности, устанавливается, что антиконкурентные соглашения заключаются (достигаются) между:

- хозяйствующими субъектами, действующими на одном и том же товарном рынке, являющимися потенциальными или фактическими конкурентами («горизонтальное» соглашение);
- хозяйствующими субъектами, действующими на разных определенным образом взаимосвязанных товарных рынках (не являющимися конкурентами, реализующими и приобретающими данный товар и (или) взаимозаменяемые товары) («вертикальное» соглашение);
- хозяйствующими субъектами, действующими на разных товарных рынках («смешанное» соглашение).

К антиконкурентным соглашениям между хозяйствующими субъектами, действующими на одном и том же товарном рынке, в частности, относятся:

- распределение или раздел рынка либо источников поставки по объему реализации или приобретения, ассортименту товаров, группам продавцов и приобретателей, территориальному признаку или иным образом;
- препятствование доступу на рынок (ограничению доступа на рынок) других хозяйствующих субъектов или вытеснение их с рынка;
- необоснованное повышение, снижение или поддержание цен на товары;
- согласованное прямое или косвенное установление, изменение или поддержание цен;
- установление ставок, скидок, надбавок, привилегий при реализации или приобретении либо иных формах торговой деятельности;
- ограничение или контролирование объема продукции, поставок, технического развития или модернизации, импорта, торговли или инвестиций;

- препятствование импорту товаров или необоснованное сокращение производства, или создание или поддержание на товарном рынке дефицита посредством сокрытия, порчи, уничтожения товаров в ущерб интересам потребителя;
- договоренность об условиях или результатах государственных закупок или тендеров, либо аукционов, или фальсификация (искажение) результатов; договоренности об организации торговой деятельности с каким-либо хозяйствующим субъектом без обоснованной причины;
- предложение или применение неравных условий для одного и того же товара (одних и тех же товаров), что приводит или может привести к ограничению, пресечению или запрещению экономической конкуренции;
- навязывание контрагенту, в том числе предприятиям торговли дополнительных обязательств, которые по своему характеру или с точки зрения их выполнения не имеют отношения к самому предмету договора;
- иные условия, которые приводят или могут привести к ограничению, пресечению или запрещению экономической конкуренции.

К проявлениям «вертикальных» и (или) «смешанных» антиконкурентных соглашений относятся:

- ограничения на реализацию товаров по территориальным, ценовым или иным признакам;
- необоснованное повышение, снижение или поддержание цен на товары;
- отказ от приобретения товаров у других хозяйствующих субъектов (отказ от реализации другим хозяйствующим субъектам);
- предложение или применение неравных условий для одного и того же товара (одних и тех же товаров), что приводит или может привести к ограничению, пресечению или запрещению экономической конкуренции;
- установление в сделках такого положения (таких положений), которое (которые) по своему характеру или с точки зрения их осуществления не имеет (имеют) отношения к самому предмету сделки;
- иные условия, которые приводят или могут привести к ограничению, пресечению или запрещению экономической конкуренции. Правила доказывания наличия антиконкурентных соглашений применительно к конкурентным субъектам сводится к необходимости наличия

каких-либо фактических данных (в том числе любой документ в письменной форме или другое письменное доказательство, видеозапись или звукозапись) о наличии указанных выше фактов. С точки зрения доказывания антиконкурентного поведения практика Комиссии по конкуренции и прецедентная практика высшей судебной инстанции Республики Армения — Кассационного суда по выявлению и квалификации согласованных антиконкурентных действий — свидетельствует, что конкурентное право Республики Армения не делает фактического различия между соглашениями, с одной стороны, и согласованными действиями, с другой, как разными проявлениями антиконкурентного поведения¹. В обоих случаях для квалификации наличия последнего необходимо доказывание субъективных действий хозяйствующих субъектов именно по достижению соглашения, что практически делает невозможным провести какое-либо различие между понятиями «соглашения» и «согласованные действия», относя последние к разновидностью первого.

Закон также устанавливает исключения, закрепляя, что в любом случае антиконкурентными не являются те соглашения, которые направлены на обеспечение или повышение конкурентоспособности хозяйствующих субъектов, технический или экономический прогресс, стимулирование производства, усовершенствование товаров, стимулирование экспорта товаров, а также способствуют интересам потребителей. Хотя Закон прямо не указывает на это, однако, в контексте регулирования соглашений, очевидно, что определенные соглашения, подпадая под общее определение «антиконкурентных соглашений», не считаются таковыми, если соответствуют вышеупомянутым характеристикам.

В мировой практике конкурентного права такие исключения обычно устанавливаются с целью допущения определенных «горизонтальных» соглашений эксклюзивности и/или селекции, которые повышают общий уровень конкуренции, защиты прав интеллектуальной собственности, обеспечения технологического прогресса и иных целей стимулирования экономики и гражданского оборота. Однако интерпретация данного положения, как оно закреплено в Законе согласно правилам законодательной техники делает возможным применение данного исключения лишь при соблюдении всех условий одновременно. Кроме того, маловероятно,

¹ Решение Кассационного суда Республики Армения от 22 апреля 2016 г. по делу № 44/6329/05/12.

что соглашение, будучи по определению антиконкурентным, может одновременно быть направлено на обеспечение или повышение конкурентоспособности, технического или экономического прогресса, повышение производства, усовершенствование товаров, стимулирование экспорта товаров, а также способствовать интересам потребителей.

7.2.4. Монополии и доминирующее положение на рынке

Конкурентное право Республики Армения регулирует вопрос доминирования хозяйствующих субъектов на рынке с помощью установления как пассивных (запрет, воздержание от определенных действий), так и активных обязательств хозяйствующих субъектов (по раскрытию информации, предоставлению отчетности).

Закон определяет монопольное положение как отсутствие конкурентов на соответствующем товарном рынке. Далее Закон определяет наличие доминирующего положения, не являющегося монопольным в соответствии со следующими критериями:

- на данном товарном рынке лицо обладает рыночной властью, в частности, как продавец или приобретатель, не встречает существенной конкуренции и (или), исходя из своего финансового состояния либо иных характеристик, имеет возможность оказывать решающее воздействие на общие условия обращения товаров на данном товарном рынке и (или) вытеснять другого хозяйствующего субъекта с данного товарного рынка и (или) препятствовать доступу на данный товарный рынок;
- как реализатор или приобретатель по объемам реализации или приобретения занимает не менее одной трети данного рынка;
- каждый из двух хозяйствующих субъектов, имеющих наибольшие объемы реализации или приобретения на товарном рынке, считается имеющим доминирующее положение на данном товарном рынке, если они как продавцы или приобретатели по объемам реализации или приобретения вместе занимают не менее 1/2 данного рынка;
- каждый из трех хозяйствующих субъектов, имеющих наибольшие объемы реализации или приобретения на товарном рынке, считается имеющим доминирующее положение на данном товарном рынке, если они как продавцы или приобретатели по объемам реализации или приобретения вместе занимают не менее 2/3 данного рынка.

При этом хозяйствующий субъект (хозяйствующие субъекты) по какому-либо из вышеназванных оснований (п. 2, 3 или 4), считается (считаются) имеющим (имеющими) доминирующее положение с учетом особенностей структуры данного товарного рынка в части распределения долей хозяйствующих субъектов, действующих на данном рынке.

Несмотря на установление объективных критериев, право Республики Армения подходит к вопросу определения доминирующего положения с формальных позиций. Законом установлено, что хозяйствующий субъект считается имеющим монопольное или доминирующее положение на товарном рынке по решению Комиссии по конкуренции. В целях фиксации факта злоупотребления доминирующим положением и применения санкций действует презумпция доминирующего положения, т.е. предварительное признание не обязательно.

Как и в случае с антиконкурентными соглашениями, Законом устанавливается открытый перечень возможных проявлений злоупотреблений доминирующим положением. Таковыми, в частности, являются:

- установление или применение необоснованных, дискриминационных цен реализации или приобретения либо прямое или косвенное навязывание противоречащих законодательству иных условий торговли;
- ограничение модернизации торговли или производства либо ограничение инвестиций другого хозяйствующего субъекта;
- необоснованное сокращение импорта или производства товаров либо создание или поддержание на товарном рынке дефицита посредством сокрытия, порчи, уничтожения товаров в ущерб интересам потребителя;
- применение дискриминационных условий в отношении других хозяйствующих субъектов или потребителей;
- принуждение контрагента или лица, желающего заключить договор, в том числе торговых объектов, к принятию на себя дополнительных обязательств, которые по своему характеру или с точки зрения их выполнения не имеют отношения к самому предмету договора;
- принуждение хозяйствующих субъектов к реорганизации или разрывы хозяйственных связей;
- действие или поведение, направленное на создание препятствий для доступа другого хозяйствующего субъекта на рынок (ограничение доступа на рынок) или его вытеснение с рынка, вследствие чего другой хозяйствующий субъект не вошел на рынок или был вытеснен с рынка либо понес дополнительные расходы, чтобы не быть вытесненным с рынка;

- предложение или применение таких условий, которые создают или могут создать неравные конкурентные условия в случае, если аналогичные условия не были предложены другим хозяйствующим субъектам, действующим на данном товарном рынке;
- установление, изменение или поддержание скидок на цены реализации или приобретения либо привилегий, если они нацелены на ограничение конкуренции;
- необоснованное повышение, снижение или поддержание цены на товар;
- принуждение осуществлять поставки без заключения письменного договора.

Злоупотреблениями является также навязывание контрагенту таких условий, как:

- запрет на заключение договора с другим хозяйствующим субъектом;
- предоставление информации о договоре (договорах), заключаемом (заключаемых) с другим хозяйствующим субъектом;
- взимание дополнительной платы с хозяйствующего субъекта или навязывание иного условия, если поставка будет также осуществляться входящему в данную торговую сеть новому торговому объекту;
- взимание дополнительной платы с хозяйствующего субъекта или навязыванию иного условия, связанного с изменением ассортимента поставляемого (поставляемых) товара (товаров);
- возмещение хозяйствующим субъектом убытков в случае порчи, повреждения, утраты или уничтожения поставленного (поставленных) и считающегося (считающихся) собственностью торговой сети товара (товаров), за исключением случая, когда это произошло по вине последней;
- возмещение хозяйствующим субъектом расходов, которые не связаны с исполнением договора поставки товара (товаров) или с дальнейшей реализацией товара (товаров);
- установление обязательства возврата товара (товаров), который (которые) не был (были) реализован (реализованы) в течение определенного промежутка времени за исключением случаев, когда требование возврата товаров установлено законодательством Республики Армения. Постановлениями Комиссии по конкуренции детализированы критерии выявления и квалификации наличия доминирующего положения, а также по определению товарного рынка как с географической, так и с предметной точки зрения. В частности, постановление Комиссии по конкуренции «О порядке определения границ товарных рынков» устанавливает критерии определения товарных рынков. Таковым, например, являются пределы взаимозаменяемости

товаров, критерием определения которого служит незначительная разница в цене, когда потребитель отдает предпочтение иным товарам, а также географические пределы, пересечение которых даже при изменении в цене делается для потребителя нецелесообразным.

Доминирующее положение определяется в процентном отношении присутствия на данном рынке, причем основным критерием измерения служат объемы реализации товаров в натуральных величинах, а где данные в натуральных единицах недоступны, — в денежном измерении. Закон устанавливает простой и абсолютный запрет на злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Позитивной обязанностью субъектов, является предоставление Комиссии по конкуренции периодической (квартальной) отчетности об объемах производства, закупок, склада, сбыта как в натуральных объемах, так и в денежном выражении.

7.2.5. Недобросовестная конкуренция и государственная поддержка

Недобросовестной конкуренцией считается любое действие или поведение в ходе осуществления предпринимательской деятельности, которое противоречит Закону или обычаям делового оборота, нарушает принципы добросовестности, честности, справедливости, правдивости, беспристрастности в отношениях между конкурентами или между последними и потребителями. Закон отдельно и детально регулирует несколько проявлений недобросовестной конкуренции. Таковыми являются:

- действия или поведение в ходе осуществления предпринимательской деятельности, которое вызывает или может вызвать заблуждение относительно другого хозяйствующего субъекта, его деятельности или предложенных им товаров;
- ложное или необоснованное заявление относительно предпринимательской деятельности, которое дискредитирует или может дискредитировать хозяйствующего субъекта, его деятельность или предложенные им товары;
- действие или поведение в предпринимательской деятельности, которое независимо от наличия заблуждения наносит или может нанести

вред репутации либо рейтингу (нематериальному активу) хозяйствующего субъекта;

- действие или поведение в предпринимательской деятельности, которое приводит к приобретению, использованию или раскрытию конфиденциальной информации без согласия ее законного обладателя либо в формах, противоречащих обычаям делового оборота. Данный перечень является открытым.

Закон устанавливает запрет на недобросовестную конкуренцию. Каждое заинтересованное лицо, в том числе потребитель, понесшее убытки вследствие недобросовестной конкуренции, имеет право обращаться в суд с требованием о прекращении недобросовестной конкуренции. Настоящее право предоставляется также организациям, имеющим компетенцию на защиту экономических интересов заинтересованных лиц.

Законом также запрещается государственная поддержка, которая прямо или косвенно приводит или может привести к ограничению, пресечению или запрещению конкуренции на каком-либо товарном рынке либо ущемляет или может ущемить интересы потребителей, за исключением случаев, когда указанная поддержка предусмотрена законодательством. Государственной поддержкой считается любая поддержка (включая финансовые средства, в том числе помощь, кредит, заем, имущество, привилегии или другие условия), предоставляемая государственным органом или его должностным лицом конкретному хозяйствующему субъекту либо определенной группе хозяйствующих субъектов.

7.2.6. Комиссия по конкуренции

Комиссия как регулятивный и контрольный орган по защите конкуренции является независимым органом государственной власти. Комиссия состоит из семи членов: председателя, заместителя председателя и пяти членов. Члены Комиссии назначаются Президентом Республики Армения. Члены Комиссии, за исключением первого состава, назначаются сроком на пять лет. Члены Комиссии не могут заниматься предпринимательской деятельностью, быть членами какого-либо представительского органа, занимать другую государственную должность или выполнять иную оплачиваемую работу, за исключением научной, творческой или педагогической деятельности.

Задачами Комиссии являются:

- защита и поощрение экономической конкуренции в целях развития предпринимательства и защиты интересов потребителей;

- обеспечение необходимой среды для добросовестной и свободной конкуренции;
- пресечение, ограничение и предупреждение антиконкурентной деятельности;
- контроль над защитой экономической конкуренции.

С целью осуществления указанных задач Комиссия уполномочена:

- проводить исследования, разбирательства по фактам правонарушений, накладывать административные санкции, осуществлять контроль за исполнением решений Комиссии по конкуренции, обращаться в суд в связи с нарушениями Закона;
- требовать информацию, необходимую для осуществления полномочий Комиссии, и осуществлять проверку, исследование (в том числе контрольную закупку) и (или) мониторинг с целью установления достоверности предоставленной хозяйствующим субъектом информации, выявления фактической деятельности хозяйствующего субъекта или осуществления контроля над исполнением решения Комиссии;
- устанавливать факты наличия определенных статусов (монополия, доминирующее положение);
- инициировать приостановление деятельности по реализации сделки, ликвидацию (расторжение, прекращение) сделки по экономической концентрации или государственной поддержке в связи с антиконкурентными действиями или поведением государственных органов, хозяйствующих субъектов или их должностных лиц, признание актов неправомерными, утратившими силу, в том числе путем обращения в суд;
- осуществлять нормативно-правовое регулирование сферы конкуренции (на основании Закона), давать официальные разъяснения (кларификации) по вопросам, связанным с применением законодательства о защите экономической конкуренции.

7.2.7. Санкции

Хозяйствующие субъекты, государственные органы и их должностные лица в установленном законодательством порядке несут ответственность за нарушение Закона «О защите экономической

конкуренции». Прибыль (доход), полученная хозяйствующим субъектом в результате необоснованного повышения цен посредством заключения антиконкурентного соглашения (достижения, участия в этом соглашении), по решению Комиссии подлежит взысканию в государственный бюджет Республики Армения. В случае нарушения указанного Закона Комиссия вправе по своему решению выдать предупреждение или назначать штраф. При применении меры ответственности Комиссия учитывает характер, длительность данного правонарушения, возможное или фактическое воздействие правонарушения на конкурентное состояние на рынке или интересы потребителей, повторность нарушений Закона данным хозяйствующим субъектом, степень умысла хозяйствующего субъекта, побудительные причины и обстоятельства совершения хозяйствующим субъектом правонарушения, возможное воздействие назначаемого штрафа на хозяйствующего субъекта, сферу и (или) историю деятельности данного хозяйствующего субъекта. Закон устанавливает различные пределы штрафов за различные категории нарушений.

Помимо штрафов Комиссия по конкуренции также имеет полномочия по применению таких мер, как признание сделок недействительными, децентрализация рынков путем разделения монополий и субъектов, занимающих доминирующее положение, блокирование государственных поддержек, а также давать предупреждение или и(или) предписание об устранении нарушений и исключении их в будущем.

7.3. Реформа антимонопольного регулирования Республики Беларусь 2015-2016 гг.

7.3.1. Этапы формирования и источники права антимонопольного регулирования

Развитие антимонопольного регулирования соответствии с проводимой политикой внедрения рыночных подходов в сфере государственного управления происходило в несколько этапов. Это касается и норм законодательства о конкуренции, и практики его применения. Принятый еще в 1992 г. Закон Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» № 2034-XII

не подвергался каким-либо существенным изменениям до 2002 г.¹, когда в Закон была добавлена гл. 4. «Недобросовестная конкуренция» и уточнен ряд терминов.

Функции республиканского антимонопольного органа в 2001 г. были возложены на структурное подразделение Министерства экономики Республики Беларусь — Департамент ценовой политики (до 2006 г. Департамент антимонопольной и ценовой политики). На региональном уровне антимонопольные органы были представлены управлениями антимонопольной и ценовой политики Минского городского и областных исполнительных комитетов. Данные управления, прежде всего, являлись структурными подразделениями местных органов управления и, хотя функционально подчинялись и Департаменту ценовой политики Министерства экономики Республики Беларусь, структурно не образовывали с ним единого антимонопольного органа.

Вступивший в силу в январе 2010 г. Указ Президента Республики Беларусь от 13 октября 2009 г. № 499 «О некоторых мерах по совершенствованию антимонопольного регулирования и развитию конкуренции» восполнил пробелы законодательного регулирования в части разграничения функций антимонопольных органов на общереспубликанском и местных (областных) товарных рынках, закрепил полномочия антимонопольных органов по выдаче предписаний о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, определил пороговые значения, при которых действия по экономической концентрации подлежат согласованию с антимонопольным органом.

Важным этапом в сфере антимонопольного регулирования в Республики Беларусь стало подписание 9 декабря 2010 г. в рамках ТС Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции, фактически давшее толчок законодательным, а затем и структурным изменениям в сфере защиты конкуренции. До этого момента антимонопольное регулирование в республике фактически подменялось ценовым регулированием, а антимонопольные меры на практике были направлены только на сдерживание роста цен субъектов рынка.

¹ Закон Республики Беларусь от 02 декабря 2002 г. № 154-З «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции».

Несмотря на то, что согласно принятой в 2010 г. Концепции национальной безопасности Республики Беларусь, развитие конкуренции и внедрение эффективного антимонопольного регулирования было названо одним из важных факторов экономического развития страны¹, с 2010 по 2015 г. основной импульс развитию антимонопольного регулирования придавали, скорее, международные обязательства Республики Беларусь по гармонизации национального законодательства о конкуренции в рамках интеграционных процессов, происходящих в ТС, ЕЭП и, наконец, в ЕАЭС.

В этот период появились важные для дальнейшего развития антимонопольного регулирования нормативные правовые акты — Указ Президента Республики Беларусь от 27 февраля 2012 г. № 114 «О некоторых мерах по усилению государственного антимонопольного регулирования и контроля» и новый Закон Республики Беларусь от 12 декабря 2013 г. «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» № 94-380 (далее — «Закон о конкуренции»). В развитие национального законодательства о конкуренции 8 января 2014 г. был принят первый отраслевой закон, содержащий нормы, направленные на защиту конкуренции, — Закон Республики Беларусь от № 128-З «О государственном регулировании торговли и общественного питания в Республике Беларусь».

2016-й год ознаменовался началом нового этапа в развитии антимонопольного регулирования: был создан новый единый и обособленный от других государственных органов антимонопольный орган, что послужило новым импульсом развития практики применения норм антимонопольного законодательства. На этом фоне была разработана новая редакция Закона о конкуренции, которая 3 апреля 2017 г. была принята в первом чтении нижней палатой белорусского Парламента.

7.3.2. Закон о конкуренции 2013 г. и сферы его применения

Принятие антимонопольного закона — Закона о противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» происходило в рамках процесса гармонизации национального антимонопольного

¹ Указ Президента Республики Беларусь от 09 ноября 2010 г. № 575 (ред. от 24 января 2014 г.) «Об утверждении Концепции национальной безопасности Республики Беларусь».

законодательства в соответствии с международным Соглашением о единых принципах и правилах конкуренции.

В Законе о конкуренции появились некоторые новые для белорусского антимонопольного регулирования институты, такие как «вертикальное» соглашение, государственная преференция, группа лиц, дискриминационные условия, координация экономической деятельности, прямой и косвенный контроль.

По структуре Закон о конкуренции состоит из 5 глав и 26 статей, запрещающих монополистическую деятельность и недобросовестную конкуренцию, а также устанавливающих антимонопольные требования к экономической концентрации нормы об ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Вместе с тем Закон о конкуренции содержит нормы и положения, как совпадающие, так и отличающиеся от норм Модельного закона и антимонопольного законодательства государств-членов ЕАЭС. Так, Законом о конкуренции уточнены нормы о сфере применения Закона, в частности, он «применяется к отношениям на товарных рынках, где товары являются объектами ограниченно оборотоспособными, если иное не установлено законодательными актами, содержащими правовые нормы об обращении этих видов товаров» (п. 2 ст. 4), в том числе и на рынке финансовых услуг.

Закон о конкуренции (пп. 3.1, 3.2 ст. 4) также применяется в случаях, когда:

- хозяйствующие субъекты, их должностные лица, государственные органы и их должностные лица, физические лица совершают действия (бездействие) за пределами Республики Беларусь, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции на товарных рынках Республики Беларусь;
- в отношении хозяйствующих субъектов, зарегистрированных в Республике Беларусь за пределами Республики Беларусь совершаются действия по экономической концентрации в понимании Закона о конкуренции.

7.3.3. Доминирующее положение на рынке

Важной частью рассматриваемого Закона стало закрепление непосредственно в нем единых для всех субъектов и товарных рынков пороговых значений *доминирующего положения*, которые ранее утверждались

отдельным подзаконным актом антимонопольного органа на основе отсылочной нормы Закона. Согласно п. 2 ст. 5 Закона о конкуренции доминирующим признается исключительное положение одного или нескольких хозяйствующих субъектов на товарном рынке, дающее такому либо таким хозяйствующим субъектам возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов и (или) затруднять им доступ на этот товарный рынок. Субъект, доля которого на товарном рынке составляет 35% и более признается занимающим доминирующее положение. Кроме того, доминирующее положение на товарном рынке может быть установлено антимонопольным органом в отношении хозяйствующего субъекта, доля которого менее 35% (но не ниже 15%) «исходя из возможности хозяйствующего субъекта в одностороннем порядке определять уровень цены (тарифа) на товар и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на соответствующем товарном рынке, наличия экономических, технологических, административных или иных ограничений для доступа на товарный рынок, периода существования возможности хозяйствующего субъекта оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке». Коллективное доминирование может быть установлено в отношении нескольких субъектов рынка при одновременном выполнении следующих условий:

- совокупная доля двух субъектов с наибольшими долями на соответствующем рынке составляет 54% и более, трех субъектов с наибольшими долями — 78% и более, четырех субъектов с наибольшими долями рынка — более 95%;
- в течение не менее одного года или срока существования товарного рынка, если такой срок составляет менее года, наблюдается неизменность или малозначительность изменения долей, и доступ на данный товарный рынок для конкурентов затруднен (п. 3 ст. 5). При этом в Республике Беларусь, в отличие от других государств ЕАЭС до сих пор сохраняется практика ведения реестра лиц, занимающих доминирующее положение на товарных рынках. В отношении доминирующих лиц применяются меры государственного антимонопольного регулирования, такие как контроль над производством, уровнем цен (тарифов) и иными показателями деятельности; с доминирующими субъектами может заключаться соглашение, исключающее монополистическую деятельность¹.

¹ Положение о порядке заключения соглашения с юридическими лицами, занимающими доминирующее положение на товарных рынках, утвержденное постановлением Министерства экономики Республики Беларусь 28 сентября 2015 г. № 54

Несмотря на наличие специального реестра, практика антимонопольного регулирования последних лет идет по пути более широкого применения данной нормы Закона. Факт злоупотребления доминирующим положением может быть установлен в процессе проведения расследования антимонопольным органом вне зависимости от того, что на момент инициирования разбирательства хозяйствующий субъект мог не находиться в реестре лиц, занимающих доминирующее положение на товарных рынках. Иными словами, если в таком случае антимонопольный орган установит доминирующее положение субъекта в момент (период) совершения действий, предусмотренных ст. 12 Закона о конкуренции, к нему может быть применена норма о злоупотреблении доминирующим положением.

Установленный ст. 12 Закона о конкуренции перечень действий, прямо признаваемых злоупотреблением доминирующим положением во многом совпадает с нормами Модельного закона о конкуренции. При этом перечень действий не является закрытым.

7.3.4. Регулирование антиконкурентных соглашений

Заключение и исполнение неконкурентных соглашений и осуществление согласованных действий признаются нарушениями антимонопольного законодательства и запрещаются. Пункт 1 ст. 13 Закона о конкуренции определяет, что запрещаются соглашения, согласованные действия хозяйствующих субъектов, за исключением «вертикальных» соглашений, допустимых в некоторых случаях, если установлено, что такие соглашения, согласованные действия приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе соглашения, согласованные действия между конкурентами, действующими на одном товарном рынке, которые имеют или могут иметь своим результатом:

- раздел товарного рынка по территориальному принципу, объемам сделок, видам, объемам, ассортименту товаров и их ценам (тарифам), кругу продавцов либо потребителей;
- исключение или ограничение доступа на товарный рынок других хозяйствующих субъектов;
- установление, повышение, снижение или поддержание цен (тарифов), в том числе различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

- повышение, снижение или поддержание цен на торгах;
- экономически или технологически не обоснованное сокращение и (или) прекращение производства товаров;
- экономически или технологически не обоснованный отказ от заключения договоров с определенными продавцами или потребителями. Как видим, приведенная формулировка допускает двоякое толкование, при котором можно сделать вывод, что в белорусском законодательстве фактически отсутствует запрет *per se* в отношении «горизонтальных» соглашений. В то же время, учитывая, что перечень предусмотренных Законом случаев характерен, в первую очередь, для антиконкурентных «горизонтальных» соглашений, можно допустить, что законодатель хотел закрепить в п. 1 ст. 13 одновременно общий запрет на заключение антиконкурентных соглашений и частный прямой запрет на закрытый перечень «горизонтальных» соглашений. В отсутствие сформировавшейся практики применения данной нормы и соответствующих официальных разъяснений антимонопольного органа, действующая формулировка допускает двоякое прочтение, а, возможно, и применение.

В отношении «вертикальных» соглашений, за исключением допустимых, Законом установлены два запрета: «вертикальное» соглашение не должно приводить к установлению цены перепродажи товара, за исключением максимальной цены или таким соглашением не может быть предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар конкурента продавца. Следует отметить, что в отличие от Модельного закона о конкуренции Закон о конкуренции при раскрытии термина «вертикальное» соглашение указывает на дополнительный признак: такое соглашение должно быть заключено между покупателем и продавцом, «не являющимися конкурентами», что также меняет общий подход к регулированию. Очевидно, что данная норма в немного трансформированном варианте пришла в Закон о конкуренции из Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции, устанавливающего, что «вертикальное» соглашение — это «соглашение между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка), которые не конкурируют между собой, один из которых приобретает товар или является его потенциальным приобретателем, а другой предоставляет товар или является его потенциальным продавцом». По духу данной нормы предполагалось, что стороны «вертикального» соглашения не должны конкурировать между собой в рамках предмета такого соглашения.

В белорусский Закон о конкуренции данная норма вошла в более категоричной форме, толкование которой фактически позволяет сделать вывод о неприменимости запрета на «вертикальные» соглашения в случае заключения соглашения между субъектами-конкурентами, но не конкурирующими по предмету «вертикального» соглашения.

Тем не менее антимонопольный орган при обжаловании решения местного антимонопольного органа по делу № 1-2016 впервые «в целях исключения двоякого толкования» принял решение о возможности прямого применения нормы о «вертикальных» соглашениях из международного договора и Протокола, а не нормы Закона о конкуренции, без указания на необходимость отсутствия конкурентных отношений», констатировав тем самым, что для квалификации соглашения в качестве «вертикального» требуется, чтобы стороны не конкурировали между собой в рамках отношений, опосредованных таким соглашением.

К согласованным действиям применяются все установленные для соглашений запреты, если в совокупности выполняются следующие условия: действия субъектов заранее известны каждому из них, их результат соответствует интересам каждого субъекта, и действия каждого субъекта, вызваны действиями иных участников рынка и не являются следствиями обстоятельств, влияющих на всех участников рынка в равной степени.

Критерии допустимости по согласованию с антимонопольным органом соглашений и согласованных действий, определенные п. 1 ст. 14 Закона о развитии конкуренции совпадают с критериями, установленными пп. 1, 2 ст. 14 Модельного закона о конкуренции. Требования в отношении соглашений не распространяются на соглашения об осуществлении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. «Вертикальные» соглашения также допускаются, если они являются договорами франчайзинга либо доля каждого субъекта — участника такого соглашения не превышает 15% на любом товарном рынке.

- Данная норма отличается от общего подхода антимонопольного регулирования соглашений в государствах-членах ЕАЭС, о чем, в том числе, указано Большой коллегией Суда Союза в консультативном

заклучении от 4 апреля 2017 г. по заявлению Республики Беларусь о разъяснении по-ложений Договора о ЕАЭС. В частности, в п. 4 консультативного заключения со ссылкой на Договор о ЕАЭС и Протокол указывается, что пп. 2 п. 6 Протокола содержит норму о рынке реализуемого товара, являющегося предметом «вертикального» соглашения, а не о любом товарном рынке.

Установление в национальном законодательстве правила о том, что доля хозяйствующего субъекта должна анализироваться на любом товарном рынке, по мнению Суда Союза, «будет означать, что нарушение правил конкуренции на товарном рынке одного товара может повлечь наступление ответственности при осуществлении предпринимательской деятельности на другом товарном рынке, на котором хозяйствующие субъекты действуют добросовестно», что «не соответствует принципу правовой определенности и предоставит государственным органам неограниченную дискрецию при контроле за соблюдением антимонопольного законодательства, а также возложит на хозяйствующих субъектов обязанность по структурированию своей деятельности таким образом, чтобы не занимать более определенного процента любого товарного рынка». Указанное мнение Суда Союза, по мнению авторов, должно найти свое отражение в принимаемом в настоящий момент проекте новой редакции Закона о конкуренции.

7.3.5. Антиконтурентные действия государственных органов

Антиконтурентные действия государственных органов и их должностных лиц не допускаются в силу законодательного запрета, установленного ст. 15 Закона о конкуренции, и признаются нарушением антимонопольного законодательства. Кроме того, в Законе конкретизировано право антимонопольного органа выносить государственным органам и их должностным лицам обязательные к исполнению предписания, определены виды таких предписаний, в том числе об отмене и изменении актов государственных органов, о прекращении участия в антиконтурентных соглашениях, о прекращении нарушения антимонопольного законодательства и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции (пп. 1.6 п. 1 ст. 9 Закона о конкуренции).

Запрет на недобросовестную конкуренцию установлен в норме ст. 16 Закона о конкуренции и соответствует общей норме ст. 16 Модельного закона о конкуренции. Следует отметить, что состав недобросовестной конкуренции — наиболее распространенный случай в практике белорусского антимонопольного органа в делах о нарушениях антимонопольного законодательства.

- При этом большую их часть составляют дела о недобросовестной конкуренции, связанные с объектами интеллектуальной собственности и средствами индивидуализации.
- Закон о конкуренции в целях недопущения усиления доминирующего положения и ограничения конкуренции устанавливает требования к контролю за экономической концентрацией при осуществлении некоторых корпоративных сделок и действий¹. Так, согласованию с антимонопольным органом подлежат действия и сделки хозяйствующих субъектов при создании коммерческих организаций, совершении сделок с долями и акциями и сделок, в результате которых у субъектов появляется возможность определять условия ведения хозяйствующими субъектами предпринимательской деятельности². Случаи, в которых требуется согласие антимонопольного органа, определены в п. 1.12 ст. 9 Закона о развитии конкуренции. Пороги, при превышении которых требуется такое согласие, определяются ст. 17 и 18 (п. 1) закона следующим образом. При осуществлении антимонопольного контроля в случаях, предусмотренных в п. 1.12 ст. 9 Закона о конкуренции, создание (реорганизация) коммерческой организации, а также сделки с долями и акциями подлежат согласованию с антимонопольным органом при условии, что балансовая стоимость активов одной из реорганизуемых коммерческих организаций (одного из учредителей создаваемой организации, создаваемых объединений хозяйствующих субъектов) либо хозяйствующего субъекта, акции которого (доли или права в отношении которого) приобретаются, определенная на основании бухгалтерской отчетности на последнюю отчетную дату превышает 100 тыс. базовых величин³ (~1,23 млн. долл.), а объем выручки за предшествующий сделке (действиям) отчетный год превышает 200 тыс. базовых величин (~2,46 млн. долл.).

¹URL: <<http://www.house.gov.by/ru/zakony-ru/view/o-vnesenii-izmenenij-i-dopolnenij-v-zakon-respubliki-belarus-o-protivodejstvii-monopolisticheskoi-deyatelnosti-187/>>.

² На сегодняшний день сделки с имуществом хозяйствующих субъектов сами по себе не подлежат согласованию с антимонопольным органом при отсутствии иных предпосылок к получению согласия.

³ В соответствии с постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 28 ноября 2016 г. № 974 «Об установлении размера базовой величины» базовая величина составляет 23 руб., что по официальному курсу Национального банка Республики Беларусь по состоянию на 01 мая 2017 г. равняется 12,3 долл.

При этом исходя из понятия товарного рынка, для оценки принимается денежный размер выручки хозяйствующего субъекта на товарных рынках Республики Беларусь.

Закон о конкуренции предусматривает получение предварительного согласия на совершение сделок во всех случаях, за исключением реорганизации и совершения корпоративных сделок внутри группы лиц, образованной по критерию группы лиц, установленному п. 1.6. ст. 1 Закона о конкуренции. При совершении действий и сделок между лицами, в отношении которых установлен прямой контроль в силу преимущественного участия в его уставном капитале либо «в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, в том числе на основании соглашения», допускается последующее уведомление антимонопольного органа в течение одного месяца с момента совершения корпоративных изменений.

Как указывалось выше, п. 3 ст. 4 Закона о конкуренции закрепляет принцип экстерриториальности, который в полной мере применим также к действиям по экономической концентрации. Тем не менее формулировка статьи порой не дает четкого понимания необходимости обращения в антимонопольный орган. Прямо на необходимость согласования экстерриториальных сделок с антимонопольным органом Республики Беларусь указывает «второй» критерий экстерриториальности (п. 3.2 ст. 4 Закона о конкуренции), говорящий о необходимости согласования в случаях, когда в отношении зарегистрированных в Республике Беларусь хозяйствующих субъектов за пределами Республики Беларусь совершаются действия, определенные Законом как экономическая концентрация (например, приобретение акций или долей субъекта Республики Беларусь либо совершение действий (сделок), в результате которых у лица появляется возможность влияния на лицо, занимающее доминирующее положение на товарных рынках Республики Беларусь). Первый критерий экстерриториальности (п. 3.1 ст. 4 Закона о конкуренции) — «когда хозяйствующие субъекты, государственные органы, их должностные лица, а также физические лица за пределами Республики Беларусь совершают действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции на товарных рынках Республики Беларусь» — имеет достаточно широкий диапазон толкования и, исходя из формулировки нормы охватывает случаи экономической концентрации. Тем не менее, случай, предусмотренный п. 3.2 ст. 4, самодостаточен. Его основное предназначение — исключить оценочный подход в ситуации, когда непосредственным объектом экономической концентрации за пределами Республики Беларусь является именно белорусский резидент (например, акции

этого субъекта)¹ В то же время, на практике как раз применяется оценочный подход к ситуации, когда указание на обязательность получения согласия прямо не содержится в норме, но структура планируемой сделки, по мнению участвующих в сделке лиц, может оказать влияние на конкуренцию на товарных рынках Республики Беларусь. В таких случаях, субъекты, предполагающие заключить сделку, которая содержит признаки ограничения конкуренции, вправе обратиться в антимонопольный орган за разъяснением о необходимости такого согласования в случае совершения конкретной сделки (действий), поскольку определить возможность влияния на конкуренцию может только антимонопольный орган.

Следует отметить, что Закон о конкуренции не в полной мере транслирует инструменты антимонопольного регулирования, заложенные в Модельном законе о конкуренции и Договоре о ЕАЭС. Например, Закон о конкуренции в его действующей редакции:

- не устанавливает отдельных требований о недопущении антиконкурентного поведения при проведении торгов и государственных закупок;
- не содержит описания процедуры рассмотрения (расследования) дел и принятия решений антимонопольным органом;
- никак не регулирует вопрос освобождения от ответственности при добровольном прекращении субъектом антимонопольного правонарушения либо добровольном сообщении о совершенном факте до принятия антимонопольным органом решения по факту нарушения.

Большинство этих вопросов возможно будут учтены в новой редакции Закона о конкуренции, которая в большей степени соответствует структуре и содержанию Модельного закона о конкуренции.

¹ Ганакова Е.В., Новицкий А.А. Принцип экстерриториальности в антимонопольном законодательстве. Экономическая концентрация // Промышленноторговое право. 2015. № 8.

7.3.6. Реформа мер ответственности за нарушение антимонопольного законодательства

Изменения в подходах к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства начались в Республике Беларусь с принятием упоминаемого ранее Указа Президента Республики Беларусь от 27 февраля 2012 г. № 114 «О некоторых мерах по усилению государственного антимонопольного регулирования и контроля» (далее — Указ № 114). До момента принятия данного Указа меры административной ответственности к нарушителям фактически не применялись, так как содержащиеся в ст. 11.24-11.25 Кодекса об административных правонарушениях Республики Беларусь¹ составы правонарушений «антимонопольной тематики» не были согласованы в части достаточности полномочий на ведение административного процесса у государственных органов по ст. 3.30 Процессуально-исполнительного кодекса об административных правонарушениях Республики Беларусь².

Соответствующие изменения в Кодекс об административных правонарушениях (КОАП) подготовлены и внесены в Парламент Республики Беларусь в августе 2016 г.

В качестве меры ответственности для юридических лиц Указ № 114 впервые вводит оборотный штраф в размере до 10% денежной оценки выручки от реализации товара, на рынке которого совершено правонарушение, за предшествующий дате выявления правонарушения календарный год (часть календарного года в случае осуществления деятельности на соответствующем в течение более короткого, чем год, периода). Такой штраф применяется в случае злоупотребления доминирующим положением (п. 1.2), а также за «совершение действий, являющихся в соответствии с антимонопольным законодательством недобросовестной конкуренцией, заключение и исполнение соглашений, осуществление согласованных действий, а равно договоренность осуществлять или осуществление других видов координированной деятельности, ограничивающих конкуренцию». При этом в случае

¹ Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях от 21 апреля 2003 г. № 194-3 (ред. от 24 ноября 2016 г.).

² Процессуально-исполнительный кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях от 20 декабря 2006 г. № 194-3 (ред. от 24 октября 2016 г.)

злоупотребления доминирующим положением такой штраф не может быть менее 500 базовых величин (~6,15 тыс. долл.), в случае выявления иного нарушения антимонопольного законодательства по п. 1.4. Указа № 114 — не менее 400 базовых величин (~4,92 тыс. долл.).

В отношении индивидуальных предпринимателей и должностных лиц оборотные штрафы за нарушение антимонопольного законодательства не предусмотрены. За любые нарушения антимонопольного законодательства индивидуальный предприниматель может быть подвергнут штрафу в размере 100-200 базовых величин, а должностное лицо — в размере 20-100 базовых величин. Такой же размер штрафа установлен за уклонение от исполнения законного требования антимонопольного органа как за неисполнение предписания, так и за непредставление (несвоевременное предоставление) информации (документов) в антимонопольный орган.

Основная проблема применения мер антимонопольной ответственности на сегодняшний день, помимо отсутствия сложившейся репрезентативной судебной практики привлечения к ответственности за нарушения антимонопольного законодательства, заключается в отсутствии методики расчета конкретного размера штрафа, подлежащего взысканию с субъекта в конкретной ситуации¹.

Развитие антимонопольного законодательства и практики его применения неизбежно приведет к законодательному закреплению порядка применения мер ответственности и возможность освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Эти вопросы пока не решены на нормативном уровне, в силу чего остаются на усмотрение конкретного судьи, рассматривающего административное дело.

7.3.7. Реформа системы государственного управления в сфере антимонопольного регулирования

Изменения системы государственного управления в сфере антимонопольного регулирования можно условно разделить на функциональные и структурные.

До принятия Закона о конкуренции функции антимонопольного органа закреплялись только на уровне различных подзаконных актов

¹ Например, по аналогии с примечанием к ст. 14.31 КоАП РФ.

и впервые нашли свое закрепление в норме Закона. Закон о конкуренции в ст. 8 и 9 уточнил и закрепил функции и полномочия антимонопольного органа, соответствующие международным обязательствам Республики Беларусь в рамках ЕАЭС, в том числе новые для белорусского регулятора. Так, нормой Закона о конкуренции закреплено право на вынесение антимонопольным органом обязательных для исполнения предписаний как хозяйствующим субъектам, так и государственным органам и их должностным лицам о прекращении действий по нарушению антимонопольного законодательства, недопущению действий, которые могут привести к нарушениям, устранении негативных последствий нарушений, дискриминационных условий, отмене либо изменению актов государственных органов, нарушающих конкуренцию на товарных рынках и др. Кроме того, Закон о конкуренции расширяет полномочия антимонопольного органа по возбуждению и расследованию дел о нарушениях антимонопольного законодательства¹, несмотря на то, что порядок и процедура рассмотрения дел до сих пор не включены в закон. Как отмечалось, ст. 9 Закона о конкуренции в отличие от ранее действовавшего Закона определяет конкретные случаи компетенции антимонопольного органа применительно к действиям по экономической концентрации.

Подписание Указа Президентом Республики Беларусь № 188 от 3 июня 2016 г. «Об органах антимонопольного регулирования и торговли»² (далее — Указ № 188) стало новой вехой в развитии государственного антимонопольного регулирования и может считаться началом структурных изменений в развитии законодательства о конкуренции и практики его применения. С 8 сентября 2016 г. (даты вступления в силу данного Указа № 188), в Республике Беларусь создан самостоятельный орган государственного управления в сфере защиты конкуренции — Министерство антимонопольного регулирования и торговли (МАРТ), обособленный от иных органов государственного управления и имеющий вертикально-подчиненную структуру республиканского и местных антимонопольных органов. Согласно Указу № 188 антимонопольный орган

¹ Ганакова Е.В. Нововведения в антимонопольном регулировании // Промышленно-торговое право. 2014. № 3.

² Приказ Министерства антимонопольного регулирования и торговли Республики Беларусь от 12 декабря 2016 г. № 130 «Об утверждении регламента Министерства антимонопольного регулирования и торговли Республики Беларусь».

создан на базе Министерства торговли Республики Беларусь и соответствующего Департамента Министерства экономики Республики Беларусь, с возложением на него функции по обеспечению противодействия монополистической деятельности и развитию конкуренции на товарных рынках Республики Беларусь, областей, в том числе функции органа регулирования деятельности субъектов естественных монополий, регулированию цен (тарифов), а также контроль в этих сферах.

Кроме того, в момент создания МАРТ помимо сугубо антимонопольных функций, за антимонопольным органом также сохранились функции, ранее исторически закрепленные за Министерством торговли, в том числе, по регулированию потребительского рынка, а также контролю за уровнем цен на социальнозначимые товары, государственными закупками, защитой прав потребителей, общепитом и бытовым обслуживанием, что во многом усложняет осуществление функций по защите конкуренции.

В декабре 2016 г. был утвержден Регламент работы Министерства антимонопольного регулирования и торговли, определяющий, в частности, порядок и процедуры взаимодействия внутри антимонопольного органа, порядок прохождения документов и принятия решений. При этом Регламентом не урегулирован порядок рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства, что не способствует четкому пониманию пределов компетенции и порядка действий антимонопольного органа при проведении расследований, порядок и сроки принятия решений, иные вопросы, связанные с расследованием конкретных нарушений¹.

На сегодняшний день еще рано говорить о завершении реформы антимонопольного регулирования в Республике Беларусь.

¹ Действующая ныне процедура установления факта нарушения антимонопольного законодательства определяется согласно «Инструкции о порядке установления факта наличия (отсутствия) нарушения антимонопольного законодательства», утвержденный постановлением Министерства антимонопольного регулирования и торговли Республики Беларусь от 25 ноября 2016 г. № 42 и содержит лишь общие базовые нормы (размещенные в шести пунктах данной Инструкции) без какойлибо детализации порядка и процедуры, что приводит к необходимости при рассмотрении дел о нарушениях дополнительно руководствоваться сроками и процедурами, определенными законодательством Республики Беларусь об обращениях граждан и юридических лиц. Очевидно существует необходимость уточнения и детализации полномочий антимонопольного органа при проведении расследований

В настоящее время утверждена новая внутренняя структура МАРТ, направленная на оптимизацию всех имеющихся функций этого государственного органа.

Новому антимонопольному органу Республики Беларусь предстоит пройти путь становления и повышения своего статуса, как сильного и самостоятельного органа, защищающего конкуренцию.

7.4. Казахстан — Предпринимательский кодекс как инструмент гармонизации и либерализации законодательства

7.4.1. Источники права и модернизация антимонопольного законодательства

В 2015-2016 г. в Республике Казахстан произошли кардинальные изменения законодательства о защите конкуренции¹. Реформы были осуществлены в соответствии с Планом нации — 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ Главы государства Нурсултана Назарбаева², 53-м пунктом которого было предусмотрено изменить концепцию работы антимонопольной службы и привести ее в соответствие со стандартами ОЭСР. Для реализации этого был проведен экспертный обзор ОЭСР «Конкурентное право и политика в Казахстане»³, послуживший стал основой для последующих изменений и дополнений в антимонопольное законодательство.

Одним из значимых событий стало принятие 29 октября 2015 г. Предпринимательского кодекса Республики Казахстан⁴ (далее — Кодекс), в

¹ См. *Айтжанов А.Т., Радостовец Н.В., Холтурсунов К.Д.* Последние тенденции и перспективы совершенствования антимонопольного законодательства Республики Казахстан // Рынок и конкуренция. 2016. № 1. С. 6-8.

² URL: <<http://www.adilet.gov.kz/ruynode/108809>>.

³ Конкурентное право и политика в Казахстане: экспертный обзор ОЭСР. 2016. С. 27. URL: <www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_RU.pdf>.

⁴ Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. № 375-У. URL: <http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854>.

который был имплементирован Закон Республики Казахстан «О конкуренции» (далее — Закон). Важно отметить, что, несмотря на почти полное перенесение Закона в Кодекс в качестве отдельного разд. 4 «Экономическая конкуренция», содержательно нормы в соответствии с указанным Планом наций были значительно изменены. Таким образом, Казахстан стал единственной страной

Евразийского экономического союза, в котором антимонопольное законодательство кодифицировано и входит в состав Предпринимательского кодекса.

В статьи разд. 4 Кодекса от 28 декабря 2016 г. были внесены более 50 изменений и дополнений. Наиболее значимые и кардинальные изменения внесены в следующие статьи Кодекса: ст. 169 «Антиконкурентные соглашения», ст. 170 «Антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка», ст. 172 «Доминирующее или монопольное положение» и др. Наряду с этим, в разд. 4 Кодекса появились новые нормы, например, ст. 195-1 «Антимонопольный комплаенс»¹.

Рассмотрим далее основные положения Кодекса по вопросам защиты конкуренции, сгруппировав их на два блока:

1) нововведения, которые направлены на либерализацию антимонопольного законодательства и его гармонизацию с правом ЕАЭС и стран ОЭСР;

2) нормы Кодекса, в настоящее время являющиеся отличительной чертой казахстанского антимонопольного законодательства в рамках ЕАЭС.

Исключение защиты прав потребителей из состава квалифицирующих признаков нарушений антимонопольного законодательства. Одним из принципиальных изменений Кодекса, в целом по-новому определившим вектор развития антимонопольного регулирования в Казахстане, стал отказ от цели защиты прав потребителей инструментами антимонопольного законодательства. Ранее антимонопольный орган зачастую выполнял «функцию органа, обеспечивающего защиту прав потребителей, например, от необоснованного повышения цен, отказа от заключения договоров и проч.»². В то же время такое целеполагание не соответствует отраслевой принадлежности антимонопольного органа и целям самого

¹ Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / под общ. ред. А.Т. Айтжанова. 2-е изд., перераб. и доп. Астана. Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. 2017. С. 60.

конкурентного права, направленного, в первую очередь, на обеспечение свободной конкуренции. Защита прав потребителей может быть лишь косвенным положительным эффектом развитого антимонопольного законодательства и действенной антимонопольной политики.

В связи с этим из ст. 169, 170, 174, 177 и 194 Кодекса исключено положение, ранее содержащееся в ст. 10, 11, 13, 16 и 33 Закона¹, о том, что элементом нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции является нарушение прав потребителей. Таким образом, при оценке запрещенных Кодексом действий против конкуренции интересы потребителей не должны учитываться в правовой квалификации деяния. Однако следует иметь в виду, что это не означает, что потребители лишены права на обращение в антимонопольный орган с жалобами, поскольку жалобы могут послужить основанием для начала проверки деятельности субъектов рынка.

7.4.2. Новации в сфере доминирующего положения на рынке

Отмена института ведения Реестра субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на товарных рынках (далее — Реестр). Реестр являлся индикатором того, что на момент проведения анализа товарного рынка определенный субъект рынка занимает доминирующее положение, обладая определенной долей этого рынка. Однако фактически Реестр не всегда подтверждал то, что на момент наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства субъект рынка действительно имел долю рынка, обозначенную в Реестре, и занимал доминирующее положение на рынке. Функционирование института «Реестра», его формирование и администрирование вызывало на практике много проблем и нареканий, со стороны как экспертов, так и субъектов рынка².

Кодексом были введены нормы, предусматривающие поэтапный отход от Реестра. В частности, с 1 января 2016 г. и до 1 января 2017 г. ведение Реестр было сужено, и он велся только для субъектов рынка, занимающих доминирующее положение на регулируемых рынках, с исключением из него

¹ Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. № 112-ІҮ «О конкуренции» (утратил силу) // URL: <http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30369177>.

² Айтжанов А. Реестр доминантов: отменить нельзя оставить // Рынок и конкуренция. 2014. № 1. С. 18-19; Он же. Реестр доминантов: нужен ли он Казахстану? // Рынок ценных бумаг Казахстана. 2014. № 6(242). С. 41-43 и др.

субъектов рынка, занимающих доминирующее положение на иных рынках (ст. 173 Кодекса). С 1 января 2017 г. формирование и ведение Реестра было отменено полностью.

Изменение подходов к определению доминирующего положения субъектов рынка. Закон, с одной стороны определял в п. 1 ст. 12, что «при установлении доминирующего положения принимаются во внимание реальные обстоятельства влияния и контроля над рынком», с другой стороны, позволял определять доминирующее положение субъекта только в силу превышения установленного значения порога. Так, п. 2 ст. 12 Закона было определено, что «доминирующим признается положение субъекта рынка, доля которого на соответствующем товарном рынке составляет тридцать пять и более процентов». Таким образом, Закон содержал внутреннее противоречие: структурное определение, как то, которое предусматривается ст. 12 Закона, принимает во внимание доли рынка в качестве основного параметра для установления факта наличия доминирования¹. Как было отмечено экспертом ОЭСР в обзоре «правила, регулирующие доминирующее положение на рынке являются одними из наиболее противоречивых положений закона «О конкуренции»².

В Кодексе подход к определению доминирующего положения был кардинально изменен, но это затронуло лишь вопрос определения доминирующего положения субъектов рынка, занимающих на рынке долю до 50%. Так, п. 3 ст. 172 Кодекса определяет, что «доминирующим признается положение субъекта рынка, доля которого на соответствующем товарном рынке составляет 35% и более, если в отношении такого субъекта рынка установлены в совокупности следующие обстоятельства:

- возможность субъекта рынка в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на товарном рынке;
- наличие экономических, технологических, административных или иных ограничений для доступа на товарный рынок;

¹ *Айтжанов А.Т., Радостовец Н.В.* Экономическая и правовая природа категории «доминирующее положение» // Вестник Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева. Экономическая серия. 2016. № 1. С. 85-90.

² Конкурентное право и политика в Казахстане: Экспертный обзор ОЭСР. 2016. С. 27.

- продолжительность существования возможности субъекта рынка оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

В случае, если субъект рынка занимает долю 50% и более, доминирующим признается положение субъекта рынка без учета вышеперечисленных обстоятельств.

7.4.3. Регулирование антиконкурентных соглашений

Изменение подходов запретам антиконкурентных соглашений.

В процессе совершенствования антимонопольного законодательства подходы к запретам в отношении антиконкурентных соглашений были приведены в соответствие с лучшей мировой практикой. В качестве исключения Закон предусматривал ряд критериев допустимости заключения антиконкурентных, в том числе картельных соглашений, но не распространял такое исключение на совершение вертикальных антиконкурентных соглашений. Это противоречило как мировой практике, так и нормам Договора о ЕАЭС, которым предусматриваются некоторые изъятия в отношении «вертикальных» соглашений в соответствии с определенными критериями допустимости при запрете «горизонтальных» соглашений. Кодексом с 2016 г. были разрешены «вертикальные» соглашения и установлены основания их допустимости при полном запрете «горизонтальных» соглашений (картелей).

Наряду с этим Законом не были предусмотрены антиконкурентные соглашения, достигнутые в устной форме. В то же время мировая антимонопольная практика показывает, что должны ограничиваться все антиконкурентные соглашения независимо от того, заключены ли они в письменной или устной форме. Поэтому с 2016 г. п. 4 ст. 169 Кодекса запреты в отношении антиконкурентных соглашений были распространены и на соглашения, заключенные в устной форме.

¹ См. *Aitzhanov A., Kholtureunov K. Kazakhstan/ Cartels Enforcement, Appeals & Damages Actions. Published by Global Legal Group. — L., 2015. P. 178-188; Айтжанов А.Т., Холтурсунов К.Д.* Борьба с картелями в Казахстане: обзор законодательства и практики // Антимонопольная деятельность Евразийского экономического союза: информационно-аналитический журнал. 2015. № 5 (январь-июнь). С. 51-57.

Конкурентное право Республики Казахстан: учеб. пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; Отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. — Астана, 2015. — С. 45.

Конкурентное право Республики Казахстан: учеб. пособие. С. 218. Протоколы заседаний Согласительной комиссии Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан доступны на сайте: <ТҮ.№.кгеш2к.доук2>.

Принятие Кодекса ознаменовало собой еще одно важное изменение в регулировании картелей в части исключения упоминания потенциальных конкурентов как возможных участников картельного соглашения.

Ранее в Законе под «антиконкурентным «горизонтальным» соглашением понималось соглашение между конкурентами или потенциальными конкурентами. Наличие такой нормы теоретически могло привести к расширительному толкованию картеля и распространению запретов на любых, в том числе предполагаемых, участников рынка. Ныне действующая редакция ст. 168 Кодекса исключила из определения «горизонтальных» соглашений указание на потенциальных конкурентов.

Предварительное рассмотрение проекта соглашения субъектов рынка. С 1 января 2016 г. в Кодекс введен институт предварительного рассмотрения проекта соглашения субъектов рынка (ст. 171). В целях предупреждения нарушения антимонопольного законодательства у субъекта рынка есть возможность перед осуществлением допустимых согласно Кодексу соглашений обратиться в антимонопольный орган для предварительного рассмотрения проекта соглашения.

Обращение в антимонопольный орган является добровольным, т. е. не является обязанностью субъектов рынка. При этом в момент обращения с заявлением и до момента принятия антимонопольным органом решения по нему соглашение должно существовать в форме проекта, т. е. не должно быть заключено.

Следует отметить, что предметом рассмотрения является именно антиконкурентное соглашение, которое может быть признано допустимым». Это означает, что соглашение, которое не приводит и не может привести к ограничению конкуренции, не может быть в принципе рассмотрено антимонопольным органом в рамках ст. 171 Кодекса.

Особо следует подчеркнуть, что имплементация норм о предостережениях недопустимости нарушения, уведомлений о наличии признаков нарушений антимонопольного законодательства и предварительного рассмотрения проектов соглашений были осуществлены в рамках работы по гармонизации с Модельным законом о конкуренции.

7.4.4. Введение институтов предостережения в антимонопольном регулировании

Внедрение института предостережения о недопустимости нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции (далее — предостережение). Данный институт был введен в антимонопольное законодательство Республики Казахстан 5 мая

2015 г. Антимонопольный орган направляет предостережения в письменной форме в целях предупреждения нарушения законодательства с указанием недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции. При этом направление предостережения является правом, а не обязанностью антимонопольного органа.

Основанием для направления предостережения является публичное заявление должностного лица субъекта рынка, государственного органа или местного исполнительного органа о планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и при этом отсутствуют основания для проведения расследования (п. 2 ст. 198 Кодекса).

Внедрение института уведомления о наличии признаков нарушений антимонопольного законодательства (далее — уведомления).

К числу важных изменений в антимонопольном законодательстве в 2016 г. следует отнести внедрение института уведомления о наличии в действиях субъекта рынка признаков нарушения законодательства как предупредительной меры, позволяющей субъекту рынка добровольно устранить нарушение до применения к нему карательных мер, т. е. без проведения расследования (ст. 199 Кодекса).

Необходимо отметить, что в соответствии с предыдущей редакцией нормы до 1 января 2017 г. уведомление выдавалось только субъектам рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, и лишь при наличии признаков нарушений, предусмотренных пп. 3, 5 и 7 ст. 174 Кодекса «Злоупотребление доминирующим или монопольным положением». Вместе с тем с 2017 г. применение этой нормы было расширено на все статьи недобросовестной конкуренции (ст. 177-191), а также злоупотребления доминирующим или монопольным положением в действиях (бездействии) субъекта рынка за исключением пп. 1 ст. 174 Кодекса. Таким образом, антимонопольный орган направляет уведомления о наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства без проведения расследования за исключением признаков установления монопольно высокой цены. При этом в случае устранения признаков нарушения антимонопольного законодательства в отношении субъекта рынка не применяются меры антимонопольного реагирования, в том числе субъект не привлекается к административной ответственности.

7.4.5. Отличительные нормы антимонопольного законодательства Республики Казахстан и его применения

Определение субъекта рынка. Основным критерием определения субъекта рынка в казахстанском антимонопольном законодательстве в соответствии со ст. 164 Кодекса является осуществление им предпринимательской деятельности. Согласно ст. 10 Гражданского кодекса Республики Казахстан, под предпринимательством понимается «инициативная деятельность граждан и юридических лиц, независимо от формы собственности, направленная на получение чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги)». Таким образом, в законодательстве в области защиты конкуренции в качестве основного критерия признания субъекта субъектом рынка является получение дохода. В принципе все виды лиц, обладающие правосубъектностью в Республике Казахстан и других юрисдикциях, рассматриваются как «субъекты рынка».

Вместе с тем данное определение «субъекта рынка» является по сравнению как с действующими международными (наднациональными) договорами, ратифицированными Республикой Казахстан, так и с передовой мировой антимонопольной практикой неполным¹. Так, в Протоколе под «субъектом рынка» понимается коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, а также физическое лицо, чья профессиональная приносящая доход деятельность в соответствии с законодательством государств-членов подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию». Под последнее подпадает деятельность, например, нотариусов, адвокатов, оценщиков, которые не являются предпринимателями.

Исчерпывающий перечень действий, признаваемых недобросовестной конкуренцией. Недобросовестная конкуренция является единственным нарушением антимонопольного законодательства Республики Казахстан, запрещенным на конституционном уровне (п. 4 ст. 26 Конституции Республики Казахстан). Недобросовестной конкуренцией, согласно статье 177 Кодекса, считаются любые действия в конкуренции, направленные на достижение или предоставление неправомерных преимуществ.

Пунктом 2 ст. 177 Кодекса определены следующие действия, признающиеся недобросовестной конкуренцией:

- неправомерное использование средств индивидуализации товаров, работ, услуг, а также объектов авторского права;
- неправомерное использование товара другого производителя;
- копирование внешнего вида изделия;
- дискредитация субъекта рынка;
- заведомо ложная, недобросовестная и недостоверная реклама;
- реализация (приобретение) товара с принудительным ассортиментом;
- призыв к бойкоту продавца (поставщика) конкурента;
- призыв к дискриминации покупателя (поставщика);
- призыв субъекта рынка к разрыву договора с конкурентом;
- подкуп работника продавца (поставщика);
- подкуп работника покупателя;
- неправомерное использование информации, составляющей коммерческую тайну;
- реализация товара с предоставлением потребителю недостоверной информации в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара и (или) его производителей;
- некорректное сравнение субъектом рынка производимых и (или) реализуемых им товаров с товарами, производимыми и (или) реализуемыми другими субъектами рынка.

Таким образом, п. 2 ст. 177 Кодекса устанавливает исчерпывающий перечень действий, признающихся фактом недобросовестной конкуренции, хотя п. 1 той же статьи допускает признание «любых действий» в конкуренции фактом недобросовестной конкуренции. Но на практике антимонопольный орган Республики Казахстан в определении тех или иных действий руководствуется только перечнем, предусмотренным п. 2 ст. 177 Кодекса¹

Вместе с тем антимонопольное законодательство государств-членов, как и Договор о ЕАЭС, не устанавливают четкого перечня действий, признающихся

¹ Приказ министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 г. № 746 «Об утверждении Положения и регламента Согласительной комиссии».

недобросовестной конкуренцией. Например, согласно пп. 14 п. 2 Протокола, хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) (группы лиц), которые противоречат законодательству государств-членов, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, а также которые причинили недобросовестной конкуренцией признаются любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) (группы лиц) или нескольких или могут причинить ущерб другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка) — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Предварительное коллегиальное рассмотрение проектов заключений по делам о нарушениях антимонопольного законодательства. Одним из новшеств антимонопольного законодательства Республика Казахстан, стало введение появились в Кодексе с 1 января 2016 г., института предварительного рассмотрения проектов заключений по делам о нарушении антимонопольного законодательства (далее — проект заключения) коллегиальным органом при антимонопольном органе — Согласительной Комиссии), которая является консультативно-совещательным органом при ведомстве. Функциями данной комиссии являются:

- рассмотрение проектов заключений по итогам расследований нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан на предмет их полноты и качества приведенных в них доказательств фактов нарушений;
- выработка рекомендаций по проектам заключений по итогам расследований нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан на предмет их полноты и качества приведенных в них доказательств фактов нарушений¹.

Соответствующее право объекта расследования предусмотрено ст. 220 Кодекса, устанавливающей, что физическое или юридическое лицо, в отношении которого проводится расследование, вправе обратиться в антимонопольный орган для вынесения на рассмотрение Согласительной комиссии проекта заключения по результатам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

В состав Согласительной комиссии должны входить представителей антимонопольного органа, отраслевого государственного органа, Национальной палаты предпринимателей, независимых экспертов, в том числе от объекта расследования. Комиссию возглавляет руководитель антимонопольного органа. Результаты заседания Согласительной комиссии оформляются протоколом с приложением необходимых документов. В протоколе указываются состав комиссии, приглашенные лица, место, время и дата ее заседания, высказанные позиции членов комиссии, а также при наличии приглашенных экспертов их мнения. Например, в п. 4 Протокола № 1 комиссией было указано: «Принять к сведению мнения членов Согласительной комиссии Комитета Р.Н. Ахметова и А.Т. Айтжанова об отсутствии в действиях ТОО «РЦКУ — Костанай» признаков злоупотребления доминирующим положением и наличия признаков недобросовестной конкуренции»¹.

Исключения в отношении соглашений, связанных с осуществлением исключительных прав. С 1 января 2017 г. требования ст. 169 Кодекса о запрете на заключение антиконкурентных соглашений не распространяются на соглашения об осуществлении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица и средства индивидуализации товаров только при условии, что такие соглашения не привели или не могут привести к ограничению или устранению конкуренции.

В редакции этой нормы до 1 января 2017 г. данное исключение могло распространяться на соглашения, связанные с осуществлением исключительных прав, даже если они привели или могли привести к ограничению конкуренции. Внесенные изменения кардинальным образом изменили подход антимонопольного законодательства к этому вопросу. Речь идет о соглашениях, касающихся осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, продукции, работ, услуг. Указанное положение ранее, в соответствии с Кодексом, означало, что обладателя исключительного права на определенный результат интеллектуальной деятельности нельзя признать нарушителем

антимонопольного законодательства только в силу наличия такого исключительного права, а действия по распоряжению исключительным правом, в том числе путем заключения лицензионного соглашения, не подпадали под действия антимонопольных запретов.

Данное исключение было обусловлено тем, что традиционно исключительные права воспринимаются как своеобразная легальная монополия обладателя исключительного права, уполномоченного в рамках законодательства использовать принадлежащее ему права любым способом, в том числе ограничивать использование принадлежащих ему объектов интеллектуальной собственности любыми третьими лицами. В связи с этим соглашения об осуществлении исключительных прав, как правило, выводятся из-под сферы действия антимонопольных запретов.

Антимонопольный комплаенс. С 1 января 2017 г. в Кодекс добавлена ст. 195-1 «Антимонопольный комплаенс». Антимонопольный комплаенс — это система мер и процедур, направленных на предупреждение и минимизацию антимонопольных рисков¹.

Согласно указанной статье для внедрения антимонопольного комплаенса субъект (субъекты) рынка вправе принимать:

- внешний акт, предусматривающий политику и правила добросовестной конкуренции субъекта (субъектов) рынка на соответствующем товарном рынке;
- внутренний акт, предусматривающий методы, способы оценки рисков, порядок организации работ субъектом (субъектами) рынка по управлению рисками совершения нарушений антимонопольного законодательства Республики Казахстан.

При этом согласно ст. 90-6 Кодекса антимонопольный орган разрабатывает и утверждает типовые внешние акты антимонопольного комплаенса для субъектов рынка и устанавливает соответствие внешнего акта антимонопольного комплаенса, направляемого субъектом рынка (субъектами рынка), типовому внешнему акту антимонопольного комплаенса². Согласно ст. 195-1 Кодекса рассмотренный антимонопольным

¹ См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. С. 200-206.

² В п. 3 ст. 195-1 отражено право субъекта рынка направлять в антимонопольный орган проект внешнего акта антимонопольного комплаенса для установления его соответствия типовому внешнему акту комплаенса

органом проект внешнего акта антимонопольного комплаенса в случае установления его соответствия типовому внешнему акту антимонопольного комплаенса является актом разъяснения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции в отношении конкретного субъекта рынка (конкретных субъектов рынка) или применительно к конкретной ситуации. На сегодня разработаны и утверждены два вида типовых внешних актов комплаенса для субъектов товарных рынков Казахстана и трансграничных товарных рынков.

Таким образом, разработка и внедрение правильно составленного акта комплаенса выгодно для компаний и минимизирует их антимонопольные риски, поскольку позволяет предупреждать нарушения или же выявлять их на ранней стадии.

Антимонопольный контроль за созданием государственных предприятий и участием в капиталах юридических лиц. Наряду с нормами о запрете на осуществление антиконкурентных действий и соглашений со стороны государственных органов (ст. 194 Кодекса) содержит нормы по антимонопольному контролю за участием государства в предпринимательской деятельности². Так, в случаях, предусмотренных в подпунктах 5 и 6 п. 1 ст. 192 Кодекса, создание и расширение видов деятельности государственных субъектов рынка осуществляется с согласия антимонопольного органа. В числе таковых случаи:

- отсутствия на соответствующем товарном рынке субъекта (субъектов) частного предпринимательства, осуществляющего (осуществляющих) производство и (или) реализацию аналогичного либо взаимозаменяемого товара;
- осуществления деятельности созданными аффилированными лицами национального управляющего холдинга, образованного в рамках мер по оптимизации системы управления институтами развития, финансовыми организациями и развитию национальной экономики. В других случаях п. 1 ст. 192 Кодекса допускает создание государственных субъектов рынка без согласования с антимонопольным органом, поскольку приоритетом являются отличные от развития конкурентной среды вопросы. К таким случаям, например, относятся отсутствие иной возможности обеспечения национальной безопасности, обороноспособности государства или защиты интересов общества, использование и содержание стратегических объектов, находящихся в государственной собственности, и др.

¹URL: <http://arife1.2ap.bygi8/archiye/gioc8/21100000413/01.03.2011x

² См. Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие. С. 97-114.

уставном капитале) которых принадлежат государству, и аффилированными с ними лицами, утверждается Правительством Республики Казахстан. В отношении При этом в соответствии с п. 1 ст. 192 Кодекса, перечень видов деятельности, осуществляемых юридическими лицами, более 50% акций (долей участия в государственных предприятий аналогичное ограничение установлено ст. 134 Закона Республики Казахстан «О государственном имуществе» от 1 марта 2011 года № 413-IV

Следует отметить, что Кодекс также предполагает обособленный контроль над деятельностью субъектов рынка, которые осуществляющую свою деятельность в сферах, отнесенных к государственной монополии. Согласно п. 1 ст. 193 Кодекса Государственной монополией, является исключительное право государства на производство, реализацию или покупку какого-либо товара на конкурентном рынке. Анти-монопольный орган в соответствии со ст. 90-6 Кодекса проводит экспертизу цен на товары, производимые и (или) реализуемые субъектами государственной монополий. Отнесение тех или иных видов деятельности осуществляется на основе отраслевых законов и кодексов.

7.5 Создание и развитие конкурентного права в Кыргызской Республике

7.5.1. Источники конкурентного права

Источники конкурентного права в Кыргызской Республике — законы, международные договоры, участником которых является Кыргызская Республика, и подзаконные акты. Так, Кыргызская Республика участвует в Договоре о проведении согласованной антимонопольной политики от 12 марта 1993 г., а также новой редакции данного договора от 12 марта 1993 г.

¹ Утверждены приказом Министерства национальной экономики Республики Казахстан от 13 февраля 2017 г. № 65.

Основными законами, регулирующими конкуренцию в стране, являются законы Кыргызской Республики «О конкуренции» от 22 июля 2011 г. (далее — Закон о конкуренции) «О естественных монополиях в Кыргызской Республике» от 8 августа 2011 г. (далее — Закон о естественных монополиях) «О рекламе» от 24 декабря 1998 г.

До 2011 г. действовали Закон Кыргызской Республики «Об ограничении монополистической деятельности, развитии и защите конкуренции» от 15 апреля 1994 г. и «О естественных и разрешенных монополиях в Кыргызской Республике» от 8 октября 1999 г. Однако указанные выше законы уже не отвечали современным требованиям, в связи с чем в 2011 году были сразу приняты два основополагающих закона в сфере конкуренции.

Принятие новых законов существенно повлияло на развитие конкурентного права в Кыргызской Республике, в частности, появились инструменты воздействия на антиконкурентные соглашения и действия отдельных хозяйствующих субъектов и (или) группы лиц, а не только субъектов, занимающих доминирующее положение. Кроме того, введен контроль за соблюдением антимонопольного законодательства при проведении государственных закупок, расширились критерии для определения доминирующего положения хозяйствующего субъекта и т.д.

Следует отметить, что в Кыргызской Республике были приняты меры для упорядочивания принятия подзаконных актов. Подзаконные акты принимаются строго уполномоченными органами, когда на законодательном уровне делегированы соответствующие полномочия. В случае наличия противоречий между нормами подзаконного акта и закона действуют нормы закона.

Кроме того, разделены функции органов исполнительной власти по определению политики в сфере конкуренции и государственного контроля за соблюдением законодательства в сфере конкуренции. В частности, основные направления государственной политики в сфере конкуренции разрабатываются Правительством Кыргызской Республики, которое принимает соответствующие подзаконные акты в случаях и в порядке, предусмотренном законом (ст. 2-1 Закона Кыргызской Республики «О конкуренции» от 22 июля), а государственный контроль в данной сфере и реализация государственной антимонопольной политики возлагается на государственный антимонопольный орган.

В целом в Кыргызской Республике принимаются меры для развития антимонопольного законодательства. Например, в 2015 г. была принята Программа Правительства Кыргызской Республики по развитию частного сектора в Кыргызской Республике на 2015-2017 годы,¹ которая также содержит раздел о

реформе антимонопольного законодательства. Программа предусматривает следующие меры (разд. VIII):

- внесение изменений в формулировки, ведущие либо к двойной интерпретации, либо к излишне завышенным функциям уполномоченных органов антимонопольного регулирования, и служащие обоснованием для их вмешательства. Нормативная база по защите конкуренции и регулированию монополий будет унифицирована, что послужит основой для интеграции законов, регламентирующих монополистическую деятельность и конкуренцию;
- пересмотр антимонопольного законодательства и точное определение термина «доминирующего положения», в результате чего будет применяться ограниченное количество критериев для квалификации компании как доминирующей, а именно:
 - 1) доля на рынке, установленная законодательно;
 - 2) наличие возможности оказывать влияние на решение и позицию агента на рынке, существующих и потенциальных конкурентов, поставщиков и покупателей товаров;
- отмена определения совокупного доминирования более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше доли других субъектов на товарном рынке и в совокупности превышает 50%, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем рынке;
- рассмотрение соответствующих статей законодательства о конкуренции, определяющие критерии злоупотребления доминирующим положением, и устранение лишних критериев и условий. В результате будет введено четкое определение с точно установленными критериями во избежание ситуации, когда уполномоченные органы могут обвинить частного предпринимателя в злоупотреблении своим положением на рынке;
- четкое определение и ограничение функций органов антимонопольного регулирования. Уполномоченные органы могут предпринимать действия только тогда, когда будут доказаны факты злоупотребления

¹ Утверждена постановлением Правительства Кыргызской Республики от 18 марта 2015 года № 129.

доминирующим положением на рынке. Проактивные действия уполномоченных органов будут ограничены, расследования нарушений могут быть предприняты только при поступлении обоснованной жалобы от хозяйствующего объекта, недовольного конкурентной ситуацией на рынке;

- ограничение ценового регулирования, за исключением тарифов на коммунальные услуги, электрическую и тепловую энергию, воду, газ и другие виды услуг, оказываемые потребителям субъектами естественных монополий. Отмена порогов рентабельности во всех секторах производства и услуг.

Объектом конкурентного права в Кыргызской Республике являются общественные отношения, связанные с конкуренцией и монополией. **Субъектами** являются физические и юридические лица, государственные органы и органы местного самоуправления, участвующие в указанных общественных отношениях.

7.5.2. Доминирующее положение и монополия

В соответствии с законодательством Кыргызской Республики хозяйствующий субъект (за исключением субъектов, оказывающих финансовые услуги — банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц) рассматривается как занимающий доминирующее положение на рынке при наличии любого из следующих критериев (ч. 1 ст. 4 Закона о конкуренции):

- доля хозяйствующего субъекта на определенном рынке составляет 35% или выше;
- совокупное доминирование более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше доли других субъектов на этом рынке и в совокупности превышает 50%, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем рынке;
- 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 рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий рынок новых конкурентов затруднен;
- реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при

потреблении в производственных целях), информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем рынке доступна определенному кругу лиц. Следует отметить, что ранее к указанным критериям также относились случаи, когда доля хозяйствующего субъекта превышает предельную величину доминирования, установленную государственным антимонопольным органом, в случаях выявления злоупотребления положением хозяйствующих субъектов на рынке, а также когда хозяйствующий субъект обладает рыночной силой (властью), способной оказывать существенное влияние на рынок (спрос, предложение, цены, поведение субъектов рынка и т.д.). Государство решило отказаться от таких методов государственного регулирования как установление предельного уровня рентабельности и предельного уровня доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Однако законодательство Кыргызской Республики допускает возможность установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта, даже если его доля на рынке составляет менее 35% и он не соответствует указанным выше критериям доминирующего положения (ч. 2 ст. 4 Закона «О конкуренции»). В частности, если по результатам проведенного анализа состояния конкуренции доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 35%, но превышает доли других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, и который может оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке, если при этом в совокупности имеются четыре критерия:

- хозяйствующий субъект имеет возможность в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на соответствующем товарном рынке;
- доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен, в том числе вследствие наличия экономических, технологических, административных или иных ограничений;
- реализуемый или приобретаемый хозяйствующим субъектом товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях);

Что касается естественных монополий, то они могут признаваться как доминирующими на товарном рынке, так и находящимися в состоянии естественной монополии.

По результатам оценки состояния конкурентной среды формируется и ведется государственный реестр хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарном рынке Кыргызской Республики и находящихся в зоне постоянного экономикостатистического наблюдения (ч. 2 ст. 4 Закона «О конкуренции»).

В свою очередь, анализ состояния конкуренции на рынке товаров (работ, услуг) проводится в следующей последовательности (процедура проведения анализа может изменяться, возможен пропуск одного или нескольких этапов в зависимости от специфики рынка):

- определение временного интервала исследования рынка;
- установление продуктовых границ рынка;
- установление географических границ рынка;
- определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на рынке (в том числе покупателей и продавцов, при необходимости);
- расчет объема рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке;
- определение количественных показателей;
- определение качественных показателей;
- определение рыночной силы хозяйствующего субъекта на рынке;
- оценка состояния конкурентной среды на рынке;
- составление аналитического отчета (выводы и предложения).

В соответствии с законодательством Кыргызской Республики **монополией** признается состояние рынка, определенное исключительным правом (возможностью) производства, приобретения, торговли, обмена, принадлежащим одному лицу, группе лиц или государству. Под естественной монополией понимается состояние рынка товаров (работ, услуг), при котором создание конкурентных условий для удовлетворения спроса на определенный вид товаров (работ, услуг) невозможно или экономически нецелесообразно в силу технологических особенностей производства и предоставления данного вида товаров (работ, услуг).

В Кыргызской Республике сферами естественных монополий в соответствии со ст. 2-1 Закона «О естественных монополиях» признаются:

- транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам;
- транспортировка, распределение, хранение и продажа природного газа;

- производство, распределение, продажа, передача электрической и тепловой энергии;
- услуги по оперативно-диспетчерскому управлению национальной энергосистемы;
- централизованное водоснабжение и водоотведение;
- услуги электросвязи и почтовой связи общего пользования;
- железнодорожные перевозки;
- аэронавигационное обеспечение полетов;
- наземное обслуживание внутренних воздушных перевозок.

7.5.3. Неправомерные действия (бездействие) в сфере конкурентного права

Согласно законодательству Кыргызской Республики, следующие действия (бездействия) рассматриваются как нарушение конкурентного права.

Запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (группы лиц), которые имеют либо могут иметь своим результатом ограничение конкуренции и (или) ущемление интересов других хозяйствующих субъектов или физических лиц. Такие действия включают, в том числе, создание препятствий доступу на рынок, изъятие товаров из обращения, целью или результатом которого является создание и (или) поддержание дефицита на рынке либо повышение цен, установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, создание дискриминационных или исключительных условий ст. 6 Закона «О конкуренции».

Злоупотреблением также признается экономически или технологически:

- необоснованное сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также, если подобное сокращение либо такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено нормативными правовыми актами Кыргызской Республики или судебными актами;
- и иным образом необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

- необоснованный отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если подобный отказ или подобное уклонение прямо не предусмотрено нормативными правовыми актами Кыргызской Республики или судебными актами.

Кроме того, запрещаются следующие действия, связанные с заключением (исполнением) договоров, в частности:

- навязывание контрагенту условий договора, не выгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования передачи финансовых средств, иного имущества, имущественных прав, рабочей силы контрагента и др.), включение в договор дискриминирующих или привилегированных условий, которые ставят контрагента в неравное положение по сравнению с другими хозяйствующими субъектами;
- навязывание контрагенту (потребителю) условий, обязывающих заключить договор только с определенным производителем или покупателем;
- согласие заключить договор лишь при условии внесения в него положений, касающихся товаров, в которых контрагент или потребитель не заинтересован;
- необоснованный отказ от выполнения условий договора, не связанный с форс-мажорными обстоятельствами.

Соглашения хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию. Запрещаются и признаются недействительными полностью или частично достигнутые в любой форме соглашения конкурирующих хозяйствующих субъектов, если такие соглашения имеют либо могут иметь своим результатом ограничение конкуренции.

В том числе соглашения, направленные (ст. 7 Закона «О конкуренции»):

- на установление (поддержание) цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;
- повышение, понижение или поддержание цен на одном уровне на рынке и торгах;
- раздел рынка по территориальному принципу, объему продаж или закупок, ассортименту реализуемых товаров, видам предоставляемых услуг либо 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);
- согласование объемов производства с целью искусственного изменения объема предложений;

- необоснованный отказ от заключения договора с определенными продавцами или покупателями (заказчиками);
- установление ценовой дискриминации;
- на необоснованное сокращение или прекращение поставки товаров по необъективным причинам;
- установление типовых условий договоров, которые ставят потребителей в невыгодное положение либо ограничивают свободу выбора товаров и хозяйствующих субъектов, производящих эти товары, или предусматривают положения, не относящиеся к предмету договора.

Запрещаются и признаются недействительными полностью или частично достигнутые в любой форме «вертикальные» соглашения, если они имеют либо могут иметь своим результатом ограничение конкуренции, в том числе соглашения:

- навязывающие условия, не выгодные для контрагента;
- исключительные, обуславливающие приобретение какого-либо товара только у данного продавца, но не у его конкурентов;
- ограничивающие территорию или круг покупателей;
- станавливающие ценовые ограничения на перепродажу товаров, приобретенных у него покупателем;
- запрещающие реализацию товаров, производимых конкурентами.

Согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию. Запрещаются и признаются недействительными полностью или частично достигнутые в любой форме согласованные действия конкурирующих хозяйствующих субъектов, если такие согласованные действия имеют либо могут иметь своим результатом ограничение конкуренции, в том числе согласованные действия, направленные (ст. 7-1 Закона «О конкуренции»):

- установление (поддержание) цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;
- повышение, понижение или поддержание цен на одном уровне на рынке и торгах;

- раздел рынка по территориальному принципу, объему продаж или закупок, ассортименту реализуемых товаров, видам предоставляемых услуг либо 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);
 - согласование объемов производства с целью искусственного изменения объема предложений;
 - необоснованный отказ от заключения договора с определенными продавцами или покупателями (заказчиками);
 - установление ценовой дискриминации;
 - необоснованное сокращение или прекращение поставки товаров по необъективным причинам;
 - установление типовых условий договоров, которые ставят потребителей в невыгодное положение либо ограничивают свободу выбора товаров и хозяйствующих субъектов, производящих эти товары, или предусматривают положения, не относящиеся к предмету договора.
- Недобросовестная конкуренция.** В том числе (ст. 8 Закона «О конкуренции»):
- самовольное копирование товара другого хозяйствующего субъекта, а также формы его упаковки и внешнего оформления, за исключением случаев, когда копирование товара или его частей обусловлено исключительно их техническим применением;
 - прямое воссоздание продукции другого хозяйствующего субъекта путем нарушения его патентного права;
 - незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара, фирменного наименования, способное привести к смешению с деятельностью другого хозяйствующего субъекта;
 - распространение ложных и искаженных сведений о деловом авторитете и финансовом состоянии другого хозяйствующего субъекта, способных причинить убытки либо нанести ущерб его деловой репутации;
 - изготовление, продажа и иное введение продукции другого хозяйствующего субъекта на рынок путем нарушения его прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ и услуг (неправомерное использование);
 - разглашение в искаженном виде данных о научно-технических и производственных возможностях конкурента;

- преднамеренное нарушение, срыв и прекращение незаконными средствами деловых отношений конкурента;
- оказание воздействия незаконными средствами на работников конкурента с целью склонения их к невыполнению своих служебных обязанностей;
- незаконное получение, использование и разглашение сведений о научно-технической, производственной или торговой деятельности хозяйствующего субъекта, в том числе его коммерческой тайны;
- оказание воздействия незаконными средствами на принятие и исполнение хозяйственных решений конкурента с целью получения необоснованного превосходства над ним;
- необоснованные призывы (обращения) к другим субъектам рынка с целью расторжения деловых связей конкурента или воспрепятствования установлению таких связей;
- распространение любых сведений, которые могут ввести потребителей в заблуждение относительно происхождения, способа изготовления, пригодности к использованию, качества и других свойств товара хозяйствующего субъекта, личности предпринимателя или характеристики его хозяйственной деятельности;
- снабжение товара несоответствующим отличительным знаком с целью введения потребителя в заблуждение относительно потребительских и других важных свойств товара;
- сокрытие несоответствия товара своему назначению или предъявляемым к нему требованиям;
- преднамеренное осуществление продажи определенного вида товара на соответствующем рынке по ценам ниже, чем при конкурентных условиях или ниже себестоимости, которая направлена на ограничение конкуренции;
- некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами.

Не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ и услуг.

Антиконкурентные действия государственных органов.

Государственным органам и органам местного самоуправления запрещается принимать акты и (или) совершать действия, которые ограничивают самостоятельность хозяйствующих субъектов, создают дискриминирующие или благоприятные условия для деятельности отдельных хозяйствующих субъектов, если такие акты и (или) действия приводят или могут привести к недопущению, ограничению либо устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов хозяйствующих субъектов и (или) физических лиц.

К антиконкурентным действиям государственных органов в соответствии со ст. 9 Закона «О конкуренции» относятся такие действия, как:

- введение запретов или ограничений на создание новых хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также установление запретов на осуществление отдельных видов деятельности, в том числе торговой и (или) закупочной или производства отдельных видов товаров, за исключением случаев, предусмотренных законами Кыргызской Республики;
- необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности;
- наделение хозяйствующих субъектов полномочиями, приводящими к ограничению конкуренции;
- установление необоснованных запретов или ограничений на передвижение продукции между регионами Кыргызской Республики;
- создание хозяйствующих субъектов, обуславливающее приобретение ими доминирующего положения на рынке, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Кыргызской Республики;
- необоснованное предоставление отдельным хозяйствующим субъектам льгот, в том числе доступа к информации в приоритетном порядке, ставящих их в преимущественное положение по отношению к другим субъектам одного и того же рынка;
- установление необоснованных ограничений на внешнеэкономическую деятельность хозяйствующих субъектов;
- дача указаний хозяйствующему субъекту о приоритетном заключении договоров, первоочередной поставке товаров определенному кругу потребителей, за исключением случаев, установленных законодательством Кыргызской Республики;
- препятствование формированию параллельных структур по распределению, заготовке и сбыту товаров;

- установление необоснованных барьеров перед разработкой новой продукции и технологий, если это противоречит законодательству Кыргызской Республики;
- установление иных привилегированных или дискриминирующих условий для деятельности отдельных хозяйствующих субъектов, если такие условия ограничивают конкуренцию;
- установление и (или) взимание не предусмотренных законодательством платежей при предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления государственных или муниципальных услуг.

Запрещаются:

- соглашения между органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными осуществляющими их функции органами или организациями или между ними и хозяйствующими субъектами, если такие соглашения приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции;
- запрещается наделение государственных органов и органов местного самоуправления полномочиями, осуществление которых имеет (может иметь) своим результатом недопущение, ограничение или устранение конкуренции, а также образование государственными органами и органами местного самоуправления структурных подразделений и хозяйствующих субъектов с целью монополизации оказания услуг, производства и (или) реализации товаров;
- запрещается совмещение функций государственных органов и органов местного самоуправления с функциями хозяйствующих субъектов, а также наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами государственных органов и органов местного самоуправления, за исключением случаев, предусмотренных законами Кыргызской Республики. **Антимонопольные требования к государственным закупкам.**

Данный аспект является весьма важным в Кыргызской Республике, так как около 40% государственного бюджета направляется на проведение государственных закупок. Естественно, что такие закупки могут повлиять на конкуренцию на рынке. Следует отметить, что в сферу действия государственных закупок подпадают также акционерные общества, где государственная доля акций составляет 50 и более процентов, что также существенно расширяет сферу действия антимонопольного права.

При проведении закупок запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе ст. 10 Закона «О конкуренции»:

- координация организаторами закупок или заказчиками деятельности его участников;
- создание участнику закупок или нескольким участникам закупок преимущественных условий участия в закупках, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено законом Кыргызской Республики;
- нарушение порядка определения победителя или победителей закупок;
- участие организаторов закупок или заказчиков и (или) работников организаторов закупок или работников заказчиков в закупках. Наряду с описанным выше запретами при проведении закупок, если организаторами или заказчиками закупок являются государственные органы, органы местного самоуправления, а также при проведении закупок на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд запрещается не предусмотренное законами Кыргызской Республики ограничение доступа к участию в закупках.

Кроме того, при проведении торгов на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд запрещается ограничение конкуренции между участниками закупок путем включения в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, выполнение, оказание которых являются предметом закупок.

Нарушение названных выше норм, является основанием для признания антимонопольным органом соответствующих закупок и заключенных по результатам таких закупок сделок недействительными в порядке, установленном законодательством Кыргызской Республики.

7.5.4. Ответственность за нарушение конкурентного права

В случае нарушения законодательства о конкуренции Кыргызской Республики наступают следующие правовые последствия:

Предостережение. В целях предупреждения нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган направляет хозяйствующему субъекту предостережение в письменной форме о недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению антимонопольного законодательства. Основанием для направления предостережения является публичное заявление о

планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению антимонопольного законодательства и при этом отсутствуют основания для возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Антимонопольный орган, рассмотрев дело о нарушении антимонопольного законодательства, направляет предписание об устранении нарушений антимонопольного законодательства. В случае неисполнения предписания антимонопольный орган выносит решение по делу в виде:

- постановления о наложении взыскания;
- постановления о прекращении дела;
- постановления о передаче дела в судебные органы или иные органы, правомочные налагать за данное административное правонарушение административное взыскание иного вида или размера. **Принудительное разделение.** В случае систематического осуществления монополистической деятельности хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, антимонопольный орган вправе принять решение о принудительном разделении таких организаций либо решение о выделении из их состава одной или нескольких организаций. Созданные в результате принудительного разделения организации не могут входить в одну группу лиц. Решение о принудительном разделении или выделении хозяйствующих субъектов принимается при наличии одного или нескольких следующих условий:
- существует возможность развития конкуренции на рынке;
- существует возможность обособления структурных подразделений организации;
- отсутствует технологически обусловленная взаимосвязь структурных подразделений организации;
- существует возможность самостоятельной деятельности на соответствующем рынке для юридических лиц, созданных в результате реорганизации.

¹ Порядок выдачи предостережения и его форма регулируется Порядком выдачи предостережений о недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению антимонопольного законодательства, утвержденного постановлением Правительства Кыргызской Республики от 27 июля 2015 г. № 534.

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

Федеральный закон от 05 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2015. № 41 (ч. I). Ст. 5629.

Возмещение убытков (ст. 16 Закона «О конкуренции»). В случае, если принятым в нарушение антимонопольного законодательства актом государственного органа и органа местного самоуправления, в том числе антимонопольного органа, либо неисполнением или ненадлежащим исполнением указанными органами своих обязанностей причинены убытки хозяйствующему субъекту либо иному лицу, эти убытки подлежат возмещению в соответствии с гражданским законодательством Кыргызской Республики. В свою очередь, под **убытками**, согласно гражданскому законодательству, понимается как реальный ущерб, так и неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода) (ст. 14 Гражданского кодекса Кыргызской Республики). Аналогичным образом, если действиями (бездействием) хозяйствующего субъекта, нарушающего антимонопольное законодательство, причинены убытки другому хозяйствующему субъекту либо иному лицу, эти убытки подлежат возмещению причинившим их хозяйствующим субъектом в соответствии с гражданским законодательством Кыргызской Республики.

В случае нарушения антимонопольного законодательства государственные органы и органы местного самоуправления (их должностные лица), хозяйствующие субъекты (их руководители) обязаны в соответствии с решением антимонопольного органа прекратить нарушение, восстановить первоначальное положение, расторгнуть (заключить) договор или внести в него изменения, отменить акт, противоречащий законодательству Кыргызской Республики, перечислить в республиканский бюджет доход, полученный в результате нарушения антимонопольного законодательства.

Административная ответственность. За правонарушения, посягающие на антимонопольное законодательство, законодательство о защите прав потребителей, рекламе и порядке формирования и применения цен (тарифов) предусмотрена административная ответственность (гл. 23 Кодекса об административной ответственности Кыргызской Республики от 4 августа 1998 г. (утрачивает силу с 1 января 2019 г. в связи с вступлением в силу нового кодекса)). Санкции за административные правонарушения предусмотрены как в виде фиксированных штрафов в определенном диапазоне, так и в процентах от размера суммы выручки правонарушителя от реализации товаров (работ, услуг), на рынке которого совершено правонарушение. При этом под выручкой от реализации товаров (работ, услуг) понимается выручка от реализации товаров (**работ, услуг**), определяемая в соответствии с Налоговым кодексом Кыргызской Республики.

Уголовная ответственность. Уголовно-наказуемыми деяниями являются: установление и поддержание монопольно высоких цен или монопольно низких цен, а равно ограничение конкуренции путем сговора или согласованных действий, направленных на раздел рынка, ограничение доступа на рынок, устранение с него других субъектов экономической деятельности, установление или поддержание единых цен, совершенные группой лиц или группой лиц по предварительному сговору (ст. 188 Уголовного кодекса Кыргызской Республики (утрачивает силу с 1 января 2019 г. в связи с вступлением в силу нового кодекса). Санкция за данное преступления предусматривает как штраф, так и лишение свободы.

7.6. Российская Федерация: четвертый антимонопольный пакет — инновационный подход к антимонопольной политике

7.6.1. Современный этап развития антимонопольного законодательства

Российское антимонопольное законодательство является динамично развивающейся сферой правового регулирования, ориентированной на решение задач развития и укрепления рыночной экономики в условиях постсоциализма. С момента принятия действующего Федерального закона «О защите конкуренции» от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ¹ (далее — Закон о защите конкуренции) в антимонопольное законодательство были внесены четыре масштабных комплекса поправок, оформленных в так называемые «антимонопольные пакеты». Последним из них стал «четвертый антимонопольный пакет»², разработанный во исполнение Плана мероприятий («Дорожной карты») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденного распоряжением Правительства Российской Федерации от 28 декабря 2012 г. № 2579-р¹, а также Перечня поручений Председателя Правительства Российской Федерации Д.А. Медведева по итогам встречи с членами Общероссийской общественной организации «Деловая Россия» от 26 июля 2013 г. № ДМ-П13-4698.

Первым из трендов, отражающих цели принятия «четвертого антимонопольного пакета», является смещение акцентов с пресечения антимонопольных нарушений с дальнейшим применением ответственности на их предотвращение. Так, согласно новой ч. 5, введенной в ст. 10 Закона о защите конкуренции, Правительство России получило право утверждать правила недискриминационного доступа к товарам (работам, услугам) хозяйствующих субъектов, не относящихся к естественным монополиям, однако отвечающих следующим характеристикам:

- хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение на товарном рынке;
- его рыночная доля превышает 70%;
- вступившим в силу решением антимонопольного органа установлен, по крайней мере, один факт злоупотребления доминирующим положением со стороны данного хозяйствующего субъекта. Закон о защите конкуренции устанавливает обязательные элементы правил недискриминационного доступа, а именно:
- перечень товаров, к которым предоставляется недискриминационный доступ;
- перечень существенной информации, необходимой для доступа на товарный рынок и (или) обращения товаров на товарном рынке; порядок раскрытия информации, предусмотренной п. 2, в том числе о товарах, стоимости этих товаров или принципах определения цены товара и его оплаты,

¹ Постановление Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. № 861 «Об утверждении Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг, Правил недискриминационного доступа к услугам по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике и оказания этих услуг, Правил недискриминационного доступа к услугам администратора торговой системы оптового рынка и оказания этих услуг и Правил технологического присоединения энергопринимающих устройств потребителей электрической энергии, объектов по производству электрической энергии, а также объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих сетевым организациям и иным лицам, к электрическим сетям» // Собрание законодательства РФ. 2004. № 52 (ч. 2). Ст. 5525

- возможном объеме производства или реализации этих товаров, технических и технологических возможностях предоставления этих товаров;
 - существенные условия договоров и (или) типовые договоры о предоставлении доступа к товарам;
 - порядок определения потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию, установления минимального уровня их обеспечения и очередности предоставления доступа к товарам в случае невозможности удовлетворения в полном объеме потребностей в товаре с учетом необходимости защиты прав и законных интересов граждан, обеспечения
 - безопасности государства, охраны природы и культурных ценностей.
- Целью принятия правил является предупреждение создания дискриминационных условий доступа к своим товарам хозяйствующим субъектом, обладающим высокой рыночной властью. До внесения поправок в рамках четвертого антимонопольного пакета» Правительство страны имело возможность принимать такие правила лишь в отношении естественных монополий. В частности, были разработаны и утверждены правила недискриминационного доступа в сферах передачи электроэнергии и оперативно-диспетчерского управления в электроэнергетике¹, транспортировки нефти и газа, услуг субъектов естественных монополий в аэропортах. Положительная практика применения указанных правил привела

¹ Постановление Правительства РФ от 29 марта 2011 г. № 218 «Об обеспечении недискриминационного доступа к услугам субъектов естественных монополий по транспортировке нефти (нефтепродуктов) по магистральным трубопроводам в Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 14. Ст. 1943.

Постановление Правительства РФ от 14 июля 1997 г. № 858 «Об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе открытого акционерного общества «Газпром»» // Собрание законодательства РФ. 1997. № 29. Ст. 3525.

Постановление Правительства РФ от 22 июля 2009 г. № 599 «О порядке обеспечения доступа к услугам субъектов естественных монополий в аэропортах» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 30. Ст. 3836.

законодателя к выводу о необходимости распространения данного института за пределы сферы регулирования естественных монополий, несмотря на тот факт, что введение правил связано с дополнительным вмешательством государства в механизмы рыночной экономики.

7.6.2. Развитие института предостережения в антимонопольном регулировании

Еще одной иллюстрацией укрепления превентивной функции антимонопольного законодательства в «четвертом антимонопольном пакете» является расширение перечня правонарушений, в рамках которых ФАС России выдает предупреждения о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства. В частности, закрепленный в ст. 39.1 Закона о защите конкуренции перечень правонарушений дополнился некоторыми формами злоупотребления доминирующим положением, недобросовестной конкуренции, а также ограничивающими конкуренцию актами и действиями (бездействием) органов публичной власти и наделенных их полномочиями организаций.

Выполнение предупреждения освобождает хозяйствующих субъектов от административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, что стимулирует бизнес оперативно устранять нарушения своими силами. Такое регулирование ведет к снижению числа правонарушений при минимальных затратах ресурсов со стороны антимонопольного органа. Статистика указывает, что более 80% выданных ФАС России предупреждений выполняются в срок¹, что демонстрирует высокую эффективность правового института предупреждений.

7.6.3. Регулирование антиконкурентных соглашений

Следующим значимым новшеством «четвертого антимонопольного пакета» является введение механизмов правовой защиты хозяйствующих субъектов, действующих в пределах одного товарного рынка и желающих заключить соглашение о совместной деятельности. Ранее отсутствовали специальные нормы, позволяющие получить предварительную оценку планируемого соглашения о совместной деятельности без образования юридического лица от антимонопольного органа на предмет соответствия проекта соглашения антимонопольному законодательству (за исключением случаев, когда соглашение о совместной деятельности отвечало критериям обязательного согласования сделок экономической концентрации

в рамках ст. 27-28 Закона о защите конкуренции). В результате все риски, связанные с различиями в правовой оценке легальности таких соглашений хозяйствующими субъектами и ФАС России, возлагались на представителей бизнеса. Поскольку риски привлечения к ответственности за заключение таких соглашений весьма высоки (заключение картеля или осуществление согласованных действий на рынке карается существенными оборотными штрафами), правовая неопределенность помешала распространению практики заключения в России соглашений о совместной деятельности.

Вместе с тем соглашения о совместной деятельности могут вести к совершенствованию способов ведения бизнеса и повышению благосостояния потребителей ввиду наличия у таких соглашений проконкурентных эффектов. Например, закупочные союзы, заключаемые в форме гражданско-правового соглашения между конкурентами, позволяют участникам таких союзов получать от поставщиков дополнительные скидки за объем приобретаемой продукции, а затем транслировать указанные скидки на потребителей с целью повышения конкурентоспособности своей продукции.

Для решения проблемы невозможности получить предварительную позицию антимонопольного органа по проектам соглашений о совместной деятельности «четвертым антимонопольным пакетом» в законодательство были введены способы формального одобрения указанных соглашений ФАС России, исключающие дальнейшие обвинения их участников в антиконкурентном поведении в связи с заключением данных соглашений.

Во-первых, статья 27 Закона о защите конкуренции дополнилась требованием об обязательном получении разрешения ФАС России на заключение соглашений о совместной деятельности при выполнении следующих условий:

- соглашение заключается между хозяйствующими субъектами, действующими в пределах одного и того же товарного рынка (конкурентами),

- предметом соглашения является осуществление совместной деятельности в пределах Российской Федерации,
- суммарная стоимость активов сторон соглашения (их групп лиц) по последним балансам превышает 7 млрд руб. или суммарная выручка сторон соглашения (их групп лиц) за год, предшествующий заключению соглашения, превышает 10 млрд руб.

Во-вторых, ввиду распространения закрепленных в ст. 13 Закона о защите конкуренции правил о допустимости соглашений на соглашения о совместной деятельности появилась возможность направить в антимонопольный орган заявление о соответствии планируемого соглашения требованиям антимонопольного законодательства. Порядок подачи и рассмотрения такого заявления раскрывается в ст. 35 Закона о защите конкуренции. В своем ответе ФАС России должен выразить официальную позицию относительно применимости правил допустимости, закрепленных в ст. 13 Закона о защите конкуренции, к конкретному соглашению между конкурентами.

Наконец, в ст. 11 Закона о защите конкуренции, устанавливающую запрет на заключение антиконкурентных соглашений, была внесена специальная оговорка, выводящая все соглашения о совместной деятельности, заключенные в порядке, установленном гл. 7 названного Закона, из-под действия указанных запретов. Предполагается, что данная гарантия станет стимулом для заключения соглашений о совместной деятельности с предварительного согласия ФАС России и снимет барьеры для инновационных методов развития бизнеса.

Следующей примечательной новеллой стала доработка понятия вертикального соглашения, закрепленного в п. 19 ст. 4 Закона о защите конкуренции. В конце 2011 г. «третьим антимонопольным пакетом»¹ в определение было включено специальное указание на то, что агентский договор не может признаваться «вертикальным» соглашением. Эту позицию следует признать справедливой, поскольку агент выполняет посредническую функцию между сторонами договора и не становится собственником товара, тогда как из определения «вертикальных» соглашений следует, что они заключаются между продавцом и покупателем товара.

Однако, в конце 2015 г. «четвертым антимонопольным пакетом» оговорка, касающаяся агентских договоров, была исключена из Закона. В связи с этим интересно изучить позицию ФАС России, представленную в письме от 24 декабря 2015 г. № ИА/74666/15 «О применении»

¹ «О применении четвертого антимонопольного пакета» // СПС «Консультант Плюс».

"четвертого антимонопольного пакета"», а также в разъяснениях Президиума ФАС России № 2, посвященных вертикальным соглашениям. В частности, ФАС России поясняет, что гражданско-правовые договоры, не предполагающие передачи товара от одного лица другому, не могут рассматриваться в качестве вертикальных соглашений. При этом вопрос о возможности отнесения того или иного гражданско-правового соглашения к «вертикальному» должен решаться исходя из оценки его содержания в каждом конкретном случае.

Исключение из Закона указания на «иммунитет» агентского договора перед запретом «вертикальных» соглашений не означает, что с момента вступления в силу «четвертого антимонопольного пакета» агентский договор может трактоваться в качестве «вертикального» соглашения. Анализ ст. 1005 Гражданского кодекса Российской Федерации позволяет сделать вывод, что агентский договор является видом посреднического договора, предмет которого — совершение агентом за вознаграждение юридических и иных действий от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала. Из этого следует вывод, важный для квалификации агентского договора: если агент хозяйствующего субъекта вступает от его имени в «вертикальные» отношения с другим хозяйствующим субъектом (договор поставки, купли-продажи и т.п.), и такие «вертикальные» отношения входят в сферу запрещенных *per se*, либо иным образом ограничивают конкуренцию, то антиконкурентным «вертикальным» соглашением должен признаваться такой договор поставки (купи-продажи и т.п.), но не сам агентский договор.

Среди значимых новелл «четвертого антимонопольного пакета» следует отметить дополнение ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, перечисляющей антимонопольные запреты при проведении торгов, запроса котировок и запроса предложений, специальным составом антимонопольного правонарушения. В частности, наравне с координацией организаторами торгов деятельности их участников запрещается также заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками и участниками этих торгов, если подобные соглашения имеют своей целью, приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников. До вступления в силу «четвертого антимонопольного

¹ «О применении» четвертого антимонопольного пакета // СПС «Консультант Плюс».

² «Разъяснение № 2 Президиума ФАС России «Вертикальные» соглашения, в том числе дилерские соглашения» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. № 3) // СПС «Консультант Плюс».

пакета» антимонопольный орган квалифицировал подобные действия по ч. 4 ст. 11 либо ст. 16 Закона о защите конкуренции (в зависимости от того, являются ли участники такого соглашения хозяйствующими субъектами либо публично-правовыми образованиями).

Следуя общеправовому принципу приоритета специальных правовых норм перед общими, ФАС России в п. 10 письма от 24 декабря 2015 г. № ИА/74666/15 «О применении» четвертого антимонопольного пакета» подтверждает, что с момента принятия поправок указанные соглашения должны квалифицироваться по специальной норме п. 1 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции. Более того, антимонопольный орган указал, что заключение таких соглашений является основанием для признания торгов, запроса котировок, запроса предложений и сделок, заключенных по их итогам, недействительными по иску ФАС России и привлечения виновных лиц к административной ответственности. При этом можно прийти к справедливому выводу, что уголовная ответственность за заключение подобных соглашений на торгах не может применяться, поскольку ст. 178 Уголовного кодекса Российской Федерации прямо предусматривает заключение «картеля» в качестве элемента состава преступления, то есть нарушение ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, за заключение антиконкурентных соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов может применяться административная и (или) гражданско-правовая ответственность. Поправки, внесенные в ст. 14.32 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации, в апреле 2017 г.,

Федеральный закон от 17 апреля 2017 г. № 74-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // Собрание законодательства РФ. 2017. № 17. Ст. 2456.

дополнили Кодекс специальной нормой об ответственности по данному составу нарушения (для юридических лиц — штраф в размере от 1/10 до ¹Анаачальной стоимости предмета торгов согласно ч. 2 ст. 14.32 КоАП РФ).

В свою очередь, порядок применения гражданско-правовой ответственности в данном случае связан с рядом доктринальных и практических вопросов. В частности, правоприменительная практика содержит различные позиции

¹ См. подробнее: *Егорова М.А.* Правовые последствия недействительности тор-гов, нарушающих требования антимонопольного законодательства // Право и экономика. 2017. № 1. С. 17-21; *Она же.* Некоторые особенности недействительности торгов, нарушающих требования антимонопольного законодательства // Юрист. 2017. № 1. С. 14-17.

относительно возможности оспаривания результатов торгов, если заключенный на их основании контракт уже исполнен, и относительно дальнейшей правовой судьбы такого контракта.

Несмотря на наличие некоторой правовой неопределенности в вопросе применения гражданско-правовой ответственности, в целом впервые появившееся в законодательстве указание на запрет соглашений между организаторами и (или) заказчиками и участниками торгов подчеркивает высокий приоритет борьбы с указанным видом нарушений в рамках общенациональной программы по борьбе с коррупцией.

7.6.4. Недобросовестная конкуренция и процессуальные вопросы антимонопольных дел

Помимо подробно описанных выше «четвертый антимонопольный пакет» привнес в российское антимонопольное законодательство иные новеллы.

Во-первых, упразднен реестр хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарном рынке, который велся антимонопольным органом в форме открытого информационного ресурса. Практическим последствием этого стала необходимость доказывать факт доминирующего положения хозяйствующего субъекта в рамках рассмотрения каждого конкретного антимонопольного дела в соответствии с приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220, утверждающим Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке². Это должно привести к большей индивидуализации при рассмотрении антимонопольных споров и дальнейшему повышению качества решений антимонопольного органа.

Во-вторых, ранее закрепленный в ст. 14 Закона о защите конкуренции запрет на недобросовестную конкуренцию был развит в целую гл. 2.1 из специализированных составов, в которой наравне с традиционными

² См. подробнее: *Егорова М.А.* Правовые последствия недействительности торгов, нарушающих требования антимонопольного законодательства // *Право и экономика*. 2017. № 1. С. 17-21; *Она же*. Некоторые особенности недействительности торгов, нарушающих требования антимонопольного законодательства // *Юрист*. 2017. № 1. С. 14-17.

³ Приказ ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» // *Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти*. 2010. № 34.

(дискредитация, введение в заблуждение, некорректное сравнение, смешение) можно встретить виды нарушений, актуальность которых возросла лишь с развитием цифровой экономики (нарушения, связанные с незаконным приобретением и (или) использованием результатов интеллектуальной деятельности, охраняемой законом тайны). Предполагается, что такой правовой инструментарий повысит эффективность защиты хозяйствующих субъектов от актов недобросовестной конкуренции, в том числе в информационном пространстве (доменные споры и т.п.).

Наконец, серьезное внимание в «четвертом антимонопольном пакете» было уделено развитию правового регулирования процессуальных аспектов рассмотрения антимонопольных дел. В частности, более подробную регламентацию получили права и обязанности участников процесса, нормы о доказательствах и доказывании, требования к содержанию процессуальных актов. Кроме того введен институт «заключения об обстоятельствах дела», позволяющий участникам спора заблаговременно перед окончанием рассмотрения антимонопольного дела ознакомиться с фактическими и иными обстоятельствами, доказательной базой, а также получить достоверное представление о позиции комиссии ФАС России по поводу предварительной оценки доказательств.

Помимо названного введен институт внутриведомственной апелляции решений территориальных органов ФАС в Президиуме ФАС России, направленный на обеспечение единообразия правоприменительной практики. В настоящее время рабочая группа антимонопольного органа готовит новые поправки в Закон о защите конкуренции, целью которых станет сближение оснований обжалования и стандартов рассмотрения решений ФАС России в рамках внутриведомственной апелляции с апелляционным судебным обжалованием.

Все перечисленные изменения стремятся восполнить пробел, вызванный отсутствием отдельного законодательного акта, посвященного антимонопольному процессу, и способствуют расширению процессуальных участников антимонопольных разбирательств.

Таким образом, «четвертый антимонопольный пакет» стал важной вехой в развитии российского антимонопольного законодательства. Он обобщил актуальный опыт правоприменительной практики и внес в антимонопольное регулирование коррективы, отвечающие ключевым потребностям развивающейся российской экономики и хозяйственного оборота. При этом темпы развития отраслевых рынков и активная деятельность антимонопольных и судебных органов не оставляют сомнений в том, что в скором времени можно ожидать разработки и обсуждения «пятого антимонопольного пакета».

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ УЧЕБНИКА ПО КОНКУРЕНТНОМУ ПРАВУ ЕАЭС

ФИО автора	Краткие сведения об авторе
Рудомин Василий Адрианович	Председатель Совета Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», адвокат, старший партнер, руководитель Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Захаров Герман Константинович	Исполнительный директор Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», партнер Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Тархова Ксения Валерьевна	Член Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», консультант Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Ведерников Роман Сергеевич	Член Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», старший юрист Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Азмуханова Алла Даниловна	Член Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», старший юрист Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Филимонова Надежда Евгеньевна	Юрист Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Каюкова Анастасия Александровна	Юрист Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Алифиров Владислав Игоревич	Юрист Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Еланская Валерия Игоревна	Юрист Антимонопольной практики юридической фирмы «АЛРУД».
Айтжанов Алдаш Турдыкулович	Член Совета Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», к.э.н.
Игнатовская Татьяна Витальевна	Член Совета Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», адвокат, партнер в Адвокатском бюро «Степановский, Папакуль и партнеры».
Коробейников Александр Викторович	Член Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ»,

Новицкий Антон Александрович	Член Ассоциации «Некоммерческое партнерство «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», помощник адвоката в Адвокатском бюро «Степановский, Папакуль и партнеры».
Сабиров Нурбек Нуржанович	Партнер, руководитель практики Судебное представительство и арбитражюридической фирмы «Каликова & Ассошиэйтс».
Саргсян Давид Тигранович	Партнер, руководитель юридического департамента ЗАО «Америабанк», руководитель юридической практики фирмы «Америя», LLM.
Бабалян Карен Габриелович	Старший юрист фирмы «Америя», доктор юридических наук (публичное и Европейское право).
Алешин Дмитрий Андреевич	Главный эксперт Института торговой политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».
Бирюкова Ольга Владимировна	Доцент департамента мировой экономики Факультета мировой экономики и мировой политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат экономических наук
Глазатова Марина Константиновна	Заместитель директора Института торговой политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат экономических наук.
Данильцев Александр Владимирович	Директор Института торговой политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор экономических наук.
Михайлова Эллина Юрьевна	Ведущий эксперт Института торговой политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат экономических наук.
Старженецкий Владислав Валерьевич	Первый заместитель декана Факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доцент Кафедры международного публичного и частного права, кандидат юридических наук, член редколлегии журнала «Международное правосудие».
Боклан Дарья Сергеевна	Доцент Кафедры международного публичного и частного права Факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук.

