

**Федеральное государственное бюджетное образовательное
учреждение высшего профессионального образования
«РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА
И ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»**

Егорова М.А., Увакина Т.В.

**Проблемы правового регулирования рыночных форм
экономической концентрации
в Российской Федерации и за рубежом**

Москва 2017

Аннотация. Данная работа посвящена исследованию правового регулирования совершения сделок по экономической концентрации и формированию основных подходов к реформированию правового режима их антимонопольного регулирования.

Егорова М.А. профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права, Юридический факультет им. М.М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Увакина Т.В. младший научный сотрудник научно-исследовательской лаборатории Правовых проблем управления экономики и финансов Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Данная работа подготовлена на основе материалов научно-исследовательской работы, выполненной в соответствии с Государственным заданием РАНХиГС при Президенте Российской Федерации на 2016 год.

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	5
1. СИСТЕМА ДЕЙСТВИЙ ПО ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНЦЕНТРАЦИИ	10
3. ФАКТИЧЕСКИЕ ДЕЙСТВИЯ, ОКАЗЫВАЮЩИЕ ВЛИЯНИЕ НА ЭКОНОМИЧЕСКУЮ КОНЦЕНТРАЦИЮ	51
4. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ РЫНОЧНЫХ ФОРМ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНЦЕНТРАЦИИ	59
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	69
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	74

ОПРЕДЕЛЕНИЯ

1) объект экономической концентрации – сделки, иные действия, поименованные в законодательстве Российской Федерации, осуществление которых оказывает или может оказать влияние на состояние конкуренции, в том числе в виде формирования признаков доминирующего положения (гл. 5 Закона о защите конкуренции), ограничивающих конкуренцию соглашений (ст. 11 Закона о защите конкуренции) и согласованных действий (ст. 11.1 Закона о защите конкуренции);

2) лицо, являющееся объектом государственного контроля за экономической концентрацией, - лицо, чьи акции (доли), активы, основные производственные средства и (или) нематериальные активы приобретаются или вносятся в уставный капитал, и (или) лицо, права в отношении которого приобретаются в порядке, установленном главой 7 Закона о защите конкуренции.

ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ

ЗоЗК	Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" // СЗ РФ 31.07.2006, N 31 (1 ч.), ст. 3434.
ВАС РФ	Высший арбитражный Суд Российской Федерации
ВС РФ	Верховный Суд Российской Федерации
ЕврАЗЭС	Договор о Евразийском экономическом союзе // http://www.eurasiancommission.org/ , 05.06.2014. (Подписан в г. Астане 29.05.2014).
ГК РФ	Гражданский кодекс РФ
КоАП РФ	Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях
Порядок 2010	Порядок проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке
ЮНКТАД	Конференция ООН по торговле и развитию

ВВЕДЕНИЕ

В период экономического кризиса вопросы антимонопольного контроля стоят как никогда остро. С одной стороны рыночная экономика требует постоянного мониторинга состояния рынка и его структуры. С другой стороны очень остро стоит проблема государственного содействия бизнесу, снижения административных барьеров для его функционирования, общей либерализации всех пластов законодательства, включая антимонопольное регулирование.

Государственный контроль сделок по экономической концентрации является одним из центральных институтов антимонопольного законодательства и занимает ведущее место в деятельности антимонопольного органа. Достаточно сказать, что на сайте ФАС России этим вопросам посвящен специальный раздел¹. Вопросы слияний и поглощений составляют ядро деятельности антимонопольных органов в любой стране мира. Отечественный Закон о защите конкуренции² (далее – ЗоЗК) является образцом наиболее «молодого» законодательства, что, однако, должно расцениваться не как недостаток, а как преимущество, поскольку российское антимонопольное законодательство не только восприняло наиболее прогрессивные институты и правовые антимонопольные механизмы, используемые в различных правовых системах, но еще и в значительной степени адаптировало их к условиям их применения именно в российской правовой системе с учетом отечественных правовых традиций и специфики правоприменения.

Экономическая концентрация с точки зрения юридической формы представляет собой классический правовой институт, который нашел отражение в специальной главе Федерального Закона о защите конкуренции. Однако, не-

¹ <http://solutions.fas.gov.ru>

² Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции" // СЗ РФ 31.07.2006, N 31 (1 ч.), ст. 3434.

смотря на огромное количество сделок, подпадающих под признаки экономической концентрации, и выраженную специфику правового регулирования, этот пласт правоотношений до настоящего времени не подвергался глубокому научному исследованию. Юридическая доктрина содержит разрозненные работы, освещающие отдельные казуистические аспекты данной проблемы, отсутствуют и серьезные монографические исследования по данному вопросу. При этом акценты ставятся не на внутреннем содержании общественного отношения, подлежащего правовому регулированию, а на определении внешних параметров этого регулирования, имеющих непосредственное отношение к процессу государственного контроля над экономической концентрацией. Подробно освещаются вопросы связи содержания правового регулирования с субъектным составом сделок по экономической концентрации, обсуждаются проблемы, связанные с определением пороговых значений и установлением критериев государственного контроля, а также проблемы *ex ante* и *ex post* контроля, занимающие практически центральное место в доктринальной литературе.

Однако, к сожалению, за рамками научных исследований до настоящего времени оставались фундаментальные вопросы экономической концентрации, как-то: правовое содержание понятия «экономическая концентрация»; его объем; соотношение экономической концентрации с иными понятиями антимонопольного регулирования, такими как «монополистическая деятельность», «соглашение», «картель», «согласованные действия»; место понятия «экономическая концентрация» в ряду правовых средств корпоративного права, таких как сделки по созданию и реорганизации юридических лиц, сделки по передаче акций и долей хозяйственных обществ, сделки с производственными средствами коммерческих организаций, а также сделки с активами финансовых организаций. Не подвергались специальному исследованию и правовые последствия сделок по экономической концентрации не только административного характера, но и гражданско-правовой природы.

В отношении экономической концентрации в правовом поле существует две основные неразработанные проблемы. Во-первых, это определение содержания понятия «экономическая концентрация», в отношении которого имеются два основных мнения: 1) экономическая концентрация должна включать в себя только те виды сделок и действий, которые поименованы в главе 7 ЗоЗК; 2) экономическая концентрация представляет собой только те виды сделок и действий, на которые распространяется действие правового режима государственного контроля над экономической концентрацией. К сожалению, и то, и другое мнение существуют без учета экономического содержания указанного понятия. Вместе с тем, п. 21 ст. 4 ЗоЗК в дефиниции понятия «экономическая концентрация» исходит как раз из экономических характеристик этого явления, связывая содержание понятия «экономическая концентрация» с воздействием сделок и действий на состояние конкуренции. В нашем исследовании воспринят именно этот подход, и экономическая концентрация рассматривается с самой широкой точки зрения как совокупность любых сделок и действий, которые могут оказать влияние на состояние конкуренции, причем имеется в виду не только негативное, но также и позитивное как фактическое, так и потенциальное (возможное) воздействие на состояние конкуренции.

Второй наиболее трудноразрешимой проблемой является выявление соотношения экономического и правового содержания понятия «экономическая концентрация».. Нами была предпринята попытка выявления основных точек соприкосновения рыночных аспектов концентрации как структурного элемента рынка и режима правового регулирования общественных отношений, возникающих в связи с имеющим место рыночным (экономическим) взаимодействием хозяйствующих субъектов. Предпринятая авторами попытка выработки междисциплинарного интерфейса категории «экономическая концентрация» позволила сформулировать и ввести в научный оборот новую правовую теорию – «субъектную доктрину рынка», – которая представляет собой «сплав» известной экономической доктрины «структура – поведение – эффективность» с тео-

рией гражданского правоотношения и юридических фактов. Поскольку нами было установлено, что в поле сугубо экономического анализа невозможно формирование режима правового регулирования в силу кардинального различия методологии экономического и правового анализа, постольку нами был обоснован правовой инструментарий, основанием для применения которого являются сугубо экономические критерии, представленные различными элементами рынка: рыночной концентрацией и рыночной властью. Это стало возможным при выявлении правовых аналогов указанных экономических явлений.

Предложенная авторами «субъектная доктрина рынка» позволила взглянуть на вопросы экономической концентрации в полном объеме с учетом как экономических, так и правовых аспектов ее содержания. В работе предпринята попытка правового анализа не только правовых, но и экономических конструкций экономической концентрации, предложено несколько альтернативных классификаций экономической концентрации, базирующихся как правовых, так и на экономических критериях. В соответствии с этими классификациями обоснован главный вывод: в основе правового регулирования экономических отношений должен лежать принцип экономического детерминизма, согласно которому право как способ регулирования субъективных отношений между лицами должно выполнять обслуживающую роль по отношению к экономическим отношениям, имеющим сугубо объективную природу. В этом смысле именно экономические последствия актов деятельности субъектов должны определять специфику и содержание применимого к ним режима правового регулирования. В отношении антимонопольного регулирования этот вывод приобретает еще бóльшую значимость в связи с тем, что в указанных отношениях принимает самое непосредственное участие публичный субъект права в лице антимонопольного органа.

Указанный подход позволил точно отграничить экономические элементы рынка в виде рыночной концентрации и рыночной власти от сугубо правовых элементов, которыми и являются сделки и действия по экономической концен-

трации, являющиеся объектом правового регулирования в Законе о защите конкуренции. Изучение правовой природы различных разновидностей сделок и действий по экономической концентрации с учетом их влияния на состояние рыночной концентрации и рыночной власти позволило пересмотреть основные подходы к формированию правовых режимов для каждой группы сделок, поименованных в гл. 7 ЗоЗК, предложить наиболее эффективные способы правового регулирования для каждого вида сделок, устранить существующие противоречия в материально-правовом аспекте антимонопольного регулирования, а также обосновать наиболее оптимальные процессуально-правовые режимы государственного контроля над совершением таких сделок и действий, включая основания ответственности за их совершение (или несовершение), основания признания их недействительными и применения иных видов санкций, предусмотренных законом.

1. Система действий по экономической концентрации

1. В Законе о защите конкуренции глава 7 посвящена вопросам государственного контроля экономической концентрации. Юридическая техника, примененная законодателем, позволяет ошибочно расценивать перечень сделок, поименованных в данной главе, в качестве сделок по экономической концентрации[1].

В действительности при сопоставлении п. 21 ст. 4 ЗоЗК и главы 7 ЗоЗК становится очевидным, что сделки, условия контроля которых регламентированы главой 7 ЗоЗК, являются лишь отдельной частью общего объема сделок по экономической концентрации, потому что п. 21 ст. 4 ЗоЗК понимает под экономической концентрацией любые действия, в том числе и сделки, представляющие собой акты реализации рыночной власти, так как они своим результатом имеют влияние на состояние конкуренции, которое, впрочем, может иметь не только негативный характер.

Смысл выделения законодателем главы 7 в ЗоЗК определяется его желанием установления правового института государственного контроля определенных видов сделок, имеющих эффект воздействия на состояние конкуренции. Другими словами, если п. 21 ст. 4 ЗоЗК содержит признаки экономической концентрации как правового понятия, то глава 7 ЗоЗК устанавливает правовые основания, виды и процедуры государственного контроля над конкретными разновидностями сделок экономической концентрации, которые с точки зрения законодателя нуждаются в установлении специального правового режима государственного контроля над их совершением.

2. Ст. 26.1 ЗоЗК устанавливает основания системы государственного контроля экономической концентрации, позволяющие определить подконтрольность антимонопольному органу определенных видов сделок или действий, совершаемых различными субъектами права. Эта система базируется на нескольких критериях: 1) предмете совершаемой сделки или действия; 2) субъектном

составе сделки или действия; 3) специфике экономического положения хозяйствующих субъектов-участников сделки или действия; 4) особенностях временных характеристик государственного контроля экономической концентрации (факультативный критерий).

В качестве предмета сделки (действия), определяющего ее подконтрольность антимонопольному органу, выступают имущественные (или приравненные к ним по правовому режиму) права, а также корпоративные и обязательственные права субъектов рынка. Имущественные права могут быть выражены в активах российских финансовых организаций и производственных средствах российских коммерческих и некоммерческих организаций, находящиеся на территории Российской Федерации. Предметом сделки, подлежащей государственному контролю экономической концентрации, также могут являться нематериальные активы российских коммерческих и некоммерческих организаций, в том числе охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, поименованные в ст. 1225 ГК РФ, а также объекты интеллектуальных прав как имущественного, так и личного неимущественного свойства, такие как право следования, право доступа и другие (ст. 1226 ГК РФ). Государственному контролю экономической концентрации также подлежат сделки в отношении корпоративных прав, предметом которых являются голосующие акции в акционерных обществах и доли в хозяйственных обществах, в том числе и в российских некоммерческих организациях (ст. 27-29 ЗоЗК). Особым объектом антимонопольного контроля являются обязательственные права субъектов рынка, обуславливающие возникновение и существование рыночного контроля одного или нескольких субъектов над другими участниками релевантного рынка. Как правило, такие обязательственные права возникают в результате заключения рыночными субъектами соглашений, порядок государственного контроля которых определяется ст. 35 ЗоЗК.

Субъектами сделок, подлежащих государственному контролю экономической концентрации, в большей части являются российские резиденты в виде

коммерческих, некоммерческих и финансовых организаций. Однако Закон о защите конкуренции использует принцип экстерриториальности в отношении субъектов экономической концентрации, согласно которому положения российского антимонопольного законодательства должны применяться, в том числе, и к соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, достигнутым за пределами территории Российской Федерации, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории Российской Федерации. Необходимо отметить, что ч.1 ст. 26.1 ЗоЗК в качестве субъектов сделок экономической концентрации упоминает только организации, то есть хозяйствующие субъекты (включая финансовые организации) и некоммерческие организации, являющиеся резидентами Российской Федерации, в то время как государственный контроль в отношении нерезидентов РФ распространяется не только на организации, но и на иные иностранные лица, осуществляющие поставки товаров на территорию Российской Федерации. Представляется, что и индивидуальные предприниматели и просто физические лица в современных условиях высокой степени капитализации российского частного капитала вполне могут подпадать под экономические критерии сделок экономической концентрации, такие как, например, размер активов лица. По этой причине будет правильно включить в состав субъектов сделок экономической концентрации кроме организаций еще и физических лиц-резидентов РФ, если все остальные критерии совершаемых сделок соответствуют совокупным требованиям к государственному контролю экономической концентрации, установленным главой 7 ЗоЗК.

Здесь необходимо отметить, что в условиях существования правового института «группа лиц» в российском антимонопольном законодательстве в силу предписаний ст. 31 ЗоЗК физические лица отчасти попадают под действие государственного контроля экономической концентрации, но этот контроль имеет характер не предварительного, а последующего контроля. Однако антиконку-

рентные последствия совершения сделок, соответствующих по признакам сделкам, подлежащим предварительному контролю экономической концентрации, физическим лицом в современных условиях ничуть не менее выражены, чем аналогичные сделки, совершаемые организациями, в соответствии с чем также представляется необходимым включить физических лиц-резидентов РФ в круг субъектов сделок, подлежащих предварительному контролю экономической концентрации.

Третьим системообразующим критерием сделок экономической концентрации является экономическое (рыночное) положение их субъектов. Экономические условия подконтрольности сделок экономической концентрации в соответствии со ст. 27-29 ЗоЗК определяются различными экономическими показателями: объемом реализации товаров на релевантном рынке в определенном временном интервале; размером бухгалтерского баланса организации; суммарной стоимостью активов финансовой организации; суммарной выручкой организации в конкретном временном интервале анализа конкурентной среды.

Указанные критерии (предмет сделки, субъекты сделки и их экономическое положение) являются основными и имеют совокупный характер. Это практически означает, что государственному контролю экономической концентрации подлежат только те сделки, которые соответствуют одновременно всем перечисленным выше критериям.

Особняком стоит четвертый критерий государственного контроля, который имеет не материальное, а процессуальное содержание – характер государственного контроля – а именно – форма контроля в виде предварительного и последующего (уведомительного) контроля. Интересно, что процессуальный характер государственного контроля не оказывает влияния на правовые последствия его нарушения. В соответствии с ч.2 и ч. 4 ст. 34 ЗоЗК сделки, соответствующие критериям предварительного государственного контроля экономической концентрации, осуществленные без получения предварительного согласия антимонопольного органа (ст. 28 и 29 ЗоЗК), а также сделки, требующие

последующего уведомления антимонопольного органа (ст. 31 ЗоЗК), но совершенные с нарушением порядка такого уведомления, по иску антимонопольного органа признаются недействительными в судебном порядке, если такие сделки, иные действия привели или могли привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.

Главным критерием установления предварительного, а не последующего контроля над экономической концентрацией, является предмет сделки. Предварительному контролю подлежат только корпоративные сделки по созданию и реорганизации хозяйственных обществ, сделки с активами финансовых организаций, производственными средствами и нематериальными активами коммерческих и некоммерческих организаций, голосующими акциями и долями коммерческих и некоммерческих организаций, а также ряд сделок, направленных на перераспределение корпоративного контроля на договорной основе. Исключение из этого общего правила составляют сделки, совершаемые внутри группы лиц между ее участниками (ч. 1 ст. 31 ЗоЗК). Все иные сделки, оказывающие влияние на состояние конкуренции, должны контролироваться государством в уведомительном порядке, то есть путем осуществления последующего контроля. С этой особенностью корпоративных сделок связано и специальное последствие нарушения порядка предварительного государственного контроля экономической концентрации: корпоративные сделки по созданию коммерческих организаций, в том числе и в результате слияния или присоединения (ст. 27 ЗоЗК), совершенные с нарушением порядка предварительного согласования с антимонопольным органом, вместо признания их недействительными имеют совершенно иное правовое последствие – в случаях ограничения конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения хозяйствующих субъектов, вновь созданные коммерческие организации по иску антимонопольного органа ликвидируются либо реорганизовываются в форме выделения или разделения в судебном порядке, если ее создание привело

или может привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.

Практическое значение данной нормы совершенно ясно: вместо устранения правовых последствий установления корпоративного контроля в результате совершения сделок по экономической концентрации путем признания их недействительными, при создании или реорганизации юридических лиц более действенным средством восстановления нормальной конкурентной среды и выравнивания рыночной концентрации является ликвидация потенциально опасных доминирующих субъектов, поскольку процесс признания сделки недействительной значительно более прост, чем процесс принудительной ликвидации юридического лица, хотя бы по причине необходимости в последнем случае совершения действий по его ликвидации в соответствии с действующим корпоративным законодательством и осуществления государственной регистрации ликвидации или реорганизации такого юридического лица. Кроме того, норма п.3 ст. 167 ГК РФ, позволяющая частично исцелить оспоримую сделку, не должна иметь возможности быть примененной в случае существенной девиации рыночной концентрации и возникновения доминирующего субъекта олигополии, который в процессе своей рыночной деятельности в течение достаточно короткого промежутка времени способен существенно изменить состояние конкурентной среды на релевантном рынке и привести к достаточно выраженным антиконкурентным последствиям, особенно в отношении третьих лиц (например, способствовать отказу от заключения договоров и установлению барьеров входа на рынок для хозяйствующих субъектов-конкурентов).

3. В соответствии с индексом Холла-Тайдмана уровень рыночной концентрации на релевантном рынке находится в прямой зависимости от ранга фирмы, который, в свою очередь, определяется либо суммарной стоимостью активов, либо суммарной выручкой участников сделки по экономической концентрации. В зависимости от специфики рыночного (экономического) положения хозяйствующего субъекта или финансовой организации в соответствии с

действующим российским законодательством по степени капитализации фирмы можно выделить три ранга предприятий:

1) предприятия с высокой степенью капитализации (> 10 млрд. рублей), к которым относятся кредитные организации, уровень активов которых превышает 29 млрд. рублей³ и коммерческие и (или) некоммерческие организации, суммарная стоимость активов которых составляет более 10 млрд. рублей;

2) предприятия со средней степенью капитализации (> 1 млрд. рублей, но < 10 млрд. рублей), в число которых входят коммерческие и некоммерческие организации, суммарная выручка которых как участников сделки экономической концентрации более 7 млрд. рублей, а также ряд финансовых организаций, таких как микрофинансовые организации и лизинговые организации⁴, активы которых выше 3 млрд. рублей, а также организаторы торговли, активы которых превышают 1 млрд. рублей;

3) предприятия с низкой степенью капитализации (< 1 млрд. рублей), которые представлены исключительно финансовыми организациями, поименованными в Постановлении № 1072 [2].

Действующее антимонопольное и банковское законодательство, а также подзаконные акты Правительства РФ не связывают процессуальные особенности государственного контроля экономической концентрации со степенью капитализации участников сделок. Для применения процедуры государственного контроля значимым является лишь факт достижения фирмой уровня капитализации, регламентированного законом. Для законодателя важен сам факт величины ранга предприятия, который дифференцирован только в соответствии с

³ В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 18.10.2014 № 1072 "Об установлении величин активов финансовых организаций, поднадзорных Центральному банку Российской Федерации, в целях осуществления антимонопольного контроля" // СЗ РФ 27.10.2014, N 43, ст. 5907 (далее – Постановление № 1072).

⁴ Постановление Правительства РФ от 30.05.2007 N 334 "Об установлении величин активов лизинговых организаций в целях осуществления антимонопольного контроля" // СЗ РФ 04.06.2007, N 23, ст. 2799 (далее – Постановление № 334).

содержанием деятельности хозяйствующих субъектов, являющихся участниками сделки по экономической концентрации. Такая дифференциация связана с потенциальной опасностью для состояния конкуренции различных рыночных игроков. Вне всякого сомнения, как это ни покажется парадоксальным, финансовые организации, находящиеся под пруденциальным регулированием Банка России (кредитные организации, микрофинансовые организации), а также финансовые организации, деятельность которых подлежит лицензированию (лизинговые организации и организаторы торговли), представляют значительно меньшую угрозу для состояния конкуренции, чем финансовые организации, находящиеся «в свободном плавании», так как количество последних существенно выше на рынке и их деятельность контролируется государством в значительно меньшей степени, что обуславливает проведение ими более высокорисковой рыночной политики и поэтому требует установления в отношении них более низких порогов государственного контроля экономической концентрации. Напротив, крупные игроки, такие как кредитные организации и крупные коммерческие предприятия, как правило, проводят менее рискованную рыночную политику, и, кроме того, их деятельность находится под контролем не только компетентных государственных структур (например, Банка России в отношении кредитных организаций), но и во многих случаях под контролем саморегулируемых организаций, особенно в тех видах предпринимательской деятельности, в отношении которых установлено обязательное саморегулирование (например, в сфере капитального строительства, отдельных видов промышленных производств и т.д.).

Важным критерием определения порога государственного контроля экономической концентрации является суммарный характер размера активов участников сделки экономической концентрации. Этот критерий практически позволяет установить возникновение на рынке в результате совершения корпоративных сделок или сделок по перераспределению контроля, как корпоративного, так и сугубо договорного содержания, отследить возникновение хозяй-

ствующего субъекта, представляющего собой потенциальную угрозу в части возможного ограничения конкуренции.

Ст. 29 ЗоЗК, предусматривающая основания для государственного контроля экономической концентрации в отношении финансовых организаций, в качестве основополагающего критерия использует ранг результирующего субъекта сделки экономической концентрации, то есть величину активов финансовой организации, в которой в результате сделки происходит перераспределение корпоративного контроля. Такое перераспределение само по себе не изменяет ранга отдельной финансовой организации, но оно может приводить к динамике состава и суммарного размера активов группы лиц, в которую эта финансовая организация может войти в результате перераспределения корпоративного контроля. В данном случае государственный контроль над перераспределением корпоративного участия в финансовых организациях, установленный ст. 29 ЗоЗК, необходим не столько с точки зрения контроля изменения конкурентного (доминирующего) положения конкретной финансовой организации на рынке, так как оно фактически остается неизменным, сколько в целях контроля положения группы лиц, в состав которой данная организация войдет в результате совершения сделки по экономической концентрации.

В отношении перераспределения контроля внутри коммерческих организаций, регламентируемого ст. 28 ЗоЗК, «потолок» суммарной стоимости активов результирующего субъекта экономической концентрации и его группы лиц законодательно определен в размере 250 млн. рублей. Другим критерием подконтрольности сделки по перераспределению корпоративного контроля в отношении коммерческих организаций является внесение одного из участников такой сделки в реестр доминирующих субъектов, что автоматически означает потенциальную угрозу для состояния конкуренции результирующего субъекта экономической концентрации, который является участником группы лиц доминирующего субъекта.

4. Правовое регулирование контроля экономической концентрации в большой степени определяется содержанием деятельности участников сделки экономической концентрации. Это находит отражение в установлении законодателем различных правовых режимов государственного контроля для коммерческих и финансовых организаций в рамках корпоративной экономической концентрации, осуществляемой путем реорганизации юридических лиц.

В первую очередь это относится к установлению различных критериев государственной подконтрольности сделок по экономической концентрации для коммерческих и финансовых организаций. Если критериями государственного контроля сделок для коммерческих организаций выступают их материальные активы (включая производственные средства), стоимость нематериальных активов, а также размер суммарной выручки, полученной предприятием за определенный период времени, то для финансовых организаций устанавливается единственный критерий подконтрольности – суммарная стоимость активов.

Во-вторых, обращает на себя внимание выраженное доминирование критериев подконтрольности сделок с участием финансовых организаций над критериями, установленными в отношении контроля сделок, осуществляемых коммерческими организациями. Это находит отражение в том, что при присоединении коммерческой организации к финансовой или наоборот основаниями предварительного государственного контроля таких сделок являются критерии, установленные не для коммерческих, а именно для финансовых организаций, то есть стоимость активов финансовой организации. При этом если для коммерческих организаций в качестве критерия подконтрольности сделок по присоединению выступает размер суммарных активов объединяющихся предприятий или их суммарная выручка (п.2 ч. 1 ст. 27 ЗоЗК), то для того, чтобы сделка по присоединению финансовой организации к коммерческой попала под признаки государственного контроля за экономической концентрацией достаточно лишь определения стоимости активов только самой финансовой организации без учета и анализа размера материальных активов и выручки коммерческой

организации, к которой присоединяется финансовая организация или которая присоединяется к финансовой организации (пункты 6 и 7 ч. 1 ст. 27 ЗоЗК).

Представляется, что доминирование критериев подконтрольности сделок по экономической концентрации с участием финансовых организаций над аналогичными критериями, установленными для коммерческих организаций, не зависит от абсолютного размера активов финансовых организаций и определяется рядом причин: 1) универсальностью финансовых активов, предоставляющих возможность их быстрой диверсификации и переориентирования; 2) повышенной значимостью финансовых организаций для гражданского оборота в целом, что определяет необходимость регулирования их деятельности посредством установления специальных правовых режимов; 3) большой лабильностью (вариативностью) финансовых организаций, их большей подверженностью в обороте коммерческим рискам, что определяет угрозу нестабильности рынка в целом и состоянию конкуренции на нем в частности.

5. Если в сделках по созданию и реорганизации юридических лиц для определения подконтрольности сделки используются критерии, связанные с размером активов коммерческих предприятий или финансовых организаций, то в сделках, условием о предмете которых являются акции (доли), имущество и права в отношении коммерческих (ст. 28 ЗоЗК) и финансовых (ст. 29 ЗоЗК) организаций, к этим критериям добавляется признак степени контроля, который определяется, исходя из удельного объема приобретаемых акций, имущества или прав.

В этом отношении прослеживается определенное сходство критериев подконтрольности в отношении коммерческих и финансовых организаций. Во-первых, это касается условия о предмете сделки по экономической концентрации, в качестве которого выступают акции (доли), имущество коммерческих и финансовых организаций, а также и права в отношении них. Во-вторых, прослеживается тождественность критериев правовых последствий совершения таких сделок, выражающаяся одинаково как для коммерческих, так и для финан-

совых организаций в градации изменения степени контроля над определенным объемом акций (долей) до и после момента совершения сделки.

Однако этим сходство критериев подконтрольности сделок экономической концентрации в отношении акций (долей), имущества и прав коммерческих и финансовых организаций ограничивается. Отличия же правового режима подконтрольности сделок для коммерческих и финансовых организаций значительно более выражены. Во-первых, в отличие от финансовых организаций, в отношении которых установлен дифференцированный размер стоимости активов в зависимости от характера осуществляемой ими деятельности, для коммерческих предприятий установлены универсальные критерии суммарной стоимости активов участников сделки (более 10 млрд. руб.) и их суммарной выручки (более 7 млрд. руб.) (ч.1 ст. 28 ЗоЗК). Во-вторых, в отличие от коммерческих предприятий для финансовых организаций достаточной является оценка финансовых активов только самой финансовой организации, являющейся участником сделки (ч.1 ст. 29 ЗоЗК), причем вне зависимости от того, является результирующим экономической концентрации коммерческая или финансовая организация. В-третьих, для коммерческих организаций в отличие от финансовых приобретает значение суммарная стоимость активов не только самих участников сделки, но и самого результирующего субъекта экономической концентрации, то есть того юридического лица, чьи акции (доли), имущество или права в отношении которого являются условием о предмете сделки экономической концентрации (более 250 млн. руб.) (ч.1 ст. 28 ЗоЗК). Это само по себе определяет ранг коммерческого предприятия значимый для состояния конкуренции, поскольку оно в этом случае рассматривается в качестве хозяйствующего субъекта, потенциально обладающего признаками лица, занимающего доминирующее положение.

Чрезвычайно важное значение имеет критерий правовых последствий в сделках по приобретению акций (долей) коммерческих и финансовых организаций, определяющий степень корпоративного контроля, которую получает

приобретатель акций или долей юридического лица в результате совершения сделки. Этот критерий находится в зависимости от трех признаков: 1) организационно-правовой формы результирующего субъекта экономической концентрации (акционерное общество или общество с ограниченной ответственностью), что имеет принципиальное значение в силу различия правовой природы объектов сделок экономической концентрации, которыми, соответственно, являются либо голосующие акции, либо доли, имеющие специфику правового режима в соответствии со специальными федеральными законами, регулируемыми их оборот⁵; 2) степени контроля участника сделки над результирующим субъектом экономической концентрации до момента совершения сделки, косвенно определяемой в процентах или долях владения, пользования или распоряжения акциями или долями соответственно; 3) степени контроля участника сделки над результирующим субъектом экономической концентрации, возникшей в результате совершения сделки, которая также косвенно определяется в процентах или долях владения, пользования или распоряжения акциями или долями результирующего субъекта экономической концентрации. При этом условия подконтрольности сделок, связанные с размером активов участников сделки являются лишь базовыми условиями предварительного государственного контроля экономической концентрации, но никак не определяют степень контроля, принцип определения которой одинаков как для коммерческих, так и для финансовых организаций.

При определении степени корпоративного контроля законодатель устанавливает косвенный количественный критерий, выраженный в объеме владения акциями или долями объекта экономической концентрации до и после момента совершения сделки по их приобретению или отчуждению.

Соответственно устанавливается три уровня корпоративного контроля, имеющие значение для оценки подконтрольности сделки:

⁵ ФЗ об АО и ФЗ об ООО.

1) низкая степень корпоративного контроля – участник сделки по экономической концентрации до момента ее совершения не распоряжался голосующими акциями акционерного общества, исполняющего роль результирующего субъекта экономической концентрации, или распоряжалось не более чем 25% голосующих акций данного акционерного общества ($\frac{1}{3}$ долей в ООО), а в результате совершения сделки получил право распоряжаться более чем 25% таких акций (более $\frac{1}{3}$ долей в ООО);

2) средняя степень корпоративного контроля – участник сделки по экономической концентрации до момента ее совершения распоряжался не менее чем 25% (не менее чем $\frac{1}{3}$ долей в ООО) и не более чем 50% голосующих акций соответствующего акционерного общества ($\frac{1}{2}$ долей в ООО), а в результате совершения сделки получил право распоряжаться более чем 50% таких голосующих акций (более $\frac{1}{2}$ долей в ООО);

3) высокая степень корпоративного контроля – участник сделки по экономической концентрации до момента ее совершения распоряжался не менее чем 50% (более $\frac{1}{2}$ долей в ООО) и не более чем 75% голосующих акций соответствующего акционерного общества (не более $\frac{2}{3}$ долей в ООО), а в результате совершения сделки получил право распоряжаться более чем 75% таких голосующих акций (более $\frac{2}{3}$ долей в ООО).

Благодаря такой системе контроля сделок с акциями или долями объектов экономической концентрации предварительному государственному контролю подлежат практически большинство сделок с акциями или долями коммерческих и финансовых организаций, подпадающих под критерии размера активов и выручки, установленные в ч.1 ст. 28 и ч.1 ст. 29 ЗоЗК. При этом необходимо отметить, что уровень степени корпоративного контроля (низкий, средний, высокий) имеет относительный характер, поскольку, например, участник сделки с низким уровнем корпоративного контроля может приобрести сразу более 75% акций объекта экономической концентрации, приобретя в соответствии с этим

высокую степень корпоративного контроля в отношении данного юридического лица.

Такая система контроля сделок позволяет одновременно решить сразу несколько важных задач, имеющих значение *ad hoc* антимонопольного законодательства.

Во-первых, в отношении коммерческих предприятий, являющихся результирующими субъектами экономической концентрации, подпадающих под признаки потенциального монополиста, она позволяет контролировать не только степень корпоративного контроля, существующего в данном предприятии, но и одновременно состав группы лиц этого предприятия, что может иметь существенное значение в зависимости от личности участника сделки, который может одновременно являться участником группы лиц иных предприятий, являющихся прямыми конкурентами организации, представляющей собой результирующий субъект экономической концентрации.

Во-вторых, такая система предварительного контроля позволяет отслеживать динамику ранга предприятий и степени косвенного влияния на них собственников акций или долей.

В-третьих, этот фактор приобретает еще большее значение с учетом того, что такие сделки могут приводить к существенному изменению структуры рынка за счет изменения состава групп лиц, участниками которых являются участники этих сделок (например, лица, приобретающие указанные акции или доли). В этом отношении через контроль количественных критериев объектов сделок с акциями или долями косвенно может осуществляться контроль качественного состояния уровня экономической концентрации, определяемый перераспределением реальной рыночной власти в результате совершения указанных сделок.

6. Комплексный анализ статей 27, 28 и 29 ЗоЗК позволяет установить легитимированную правовую систему критериев рыночной власти, лежащую в

основе государственного контроля за экономической концентрацией, которая строится на трех группах критериев.

1) Имущественные критерии контроля, влияющие на степень рыночной власти, к которым относятся:

а) суммарная стоимость активов коммерческих и финансовых организаций (ст. 27, 28 и 29 ЗоЗК);

б) суммарная выручка коммерческих организаций за определенный временной интервал (ст. 27 и 28 ЗоЗК);

в) суммарная стоимость активов результирующего субъекта экономической концентрации и его группы лиц (ч.1 ст. 28 ЗоЗК);

г) балансовая стоимость имущества, приобретаемого или получаемого в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом (группой лиц) (п.7 ч.1 ст. 28 ЗоЗК);

д) производственные средства коммерческих и некоммерческих организаций как объект сделки по экономической концентрации (ч.1 ст. 26 ЗоЗК);

е) нематериальные активы, по правовому режиму приравненные к имущественным активам, российских коммерческих и некоммерческих организаций как объект сделки по экономической концентрации (ч.1 ст. 26 ЗоЗК).

2) Корпоративные критерии контроля, влияющие на степень рыночной власти, особенность которых состоит в том, что они имеют универсальный характер как для коммерческих, так и для финансовых организаций, и которые в зависимости от предмета сделки могут быть двух видов:

а) организационно-правовые критерии, определяющие способ создания или реорганизации юридического лица, являющегося результирующим субъектом экономической концентрации (создание, слияние или присоединение – ч.1 ст. 27 ЗоЗК);

б) критерии корпоративного контроля, характеризующие уровень и степень перераспределения корпоративных прав участия и управления в юридиче-

ском лице, происходящих в результате совершения сделки по экономической концентрации (ч.1 ст. 28 и ст. 29 ЗоЗК).

3) Организационные критерии контроля, влияющие на степень рыночной власти, в основе которых, как правило, лежит соглашение. Их особенность заключается в том, что они имеют правовую природу обязательственных прав, использование которых позволяет определять условия осуществления объектом экономической концентрации предпринимательской деятельности или осуществлять функции его исполнительного органа (п.7 ч.1 ст. 28 и п.8 ч.1 ст. 29 ЗоЗК). Основаниями для возникновения таких прав могут, в частности, служить:

- а) договоры доверительного управления имуществом;
- б) соглашения о совместной деятельности;
- в) договоры поручения;
- г) договоры агентирования;
- д) договоры коммерческой концессии;
- е) рамочные договоры;
- ж) долгосрочные договоры поставки и иные вертикальные соглашения организационного содержания (соглашения о сотрудничестве);
- з) корпоративные договоры;
- и) участие хозяйствующих субъектов в саморегулируемых организациях.

7. Вместе с тем, необходимо указать на ряд недостатков в законодательном регулировании предварительного контроля сделок по приобретению акций и долей коммерческих и финансовых организаций.

1) Первое замечание касается юридико-технического оформления данной части системы государственного контроля. С учетом того, что критерии корпоративного контроля для коммерческих и финансовых организаций идентичны, в целях юридической экономии можно совместить правовое регулирование сделок с акциями (долями), имуществом коммерческих и финансовых организаций, а также с правами в отношении них в рамках одной статьи (28 ЗоЗК), ко-

тую в этом случае следует дополнить условиями подконтрольности сделок, устанавливаемыми для финансовых организаций Правительством РФ по согласованию с Центральным банком России, как это сейчас сделано в рамках ст. 29 ЗоЗК.

2) Организационные критерии контроля (в отличие от имущественных и корпоративных критериев) оказываются обеспредметленными. В частности, в Законе о защите конкуренции (п.8 ч.1 ст. 28 и п.8 ч.1 ст. 29 ЗоЗК) отсутствует точное указание на содержание приобретаемых прав как в отношении коммерческих, так и в отношении финансовых организаций. Условия осуществления предпринимательской деятельности результирующего субъекта экономической концентрации или осуществления функций его исполнительного органа также могут быть различны не только в зависимости от содержания приобретаемых прав, но еще и от их объема. Поэтому необходимо признать, что в настоящее время качественные критерии рыночной власти, выраженные в форме установления организационного и обязательственного контроля деятельности объекта экономической концентрации в российском законодательстве, имеют выраженный оценочный характер, что требует достаточно высокой квалификации правоприменителя при осуществлении государственного контроля экономической концентрации и при разрешении споров по делам, связанным с осуществлением этого контроля.

3) Прослеживается некоторая непоследовательность в юридической технике между правовым режимом государственного контроля создания и реорганизации коммерческих и финансовых организаций (ст. 27 ЗоЗК) и правовым режимом приобретения их акций (долей), имущества и прав, в отношении них (ст. 28 и ст. 29 ЗоЗК). В первую очередь это относится к правовому режиму доминирования критериев финансовых организаций над критериями, установленными для экономической концентрации, результирующим субъектом которой являются коммерческие организации, при определении подконтрольности сделок по созданию и слиянию коммерческих и финансовых организаций (ст.

27 ЗоЗК). При контроле сделок с акциями (долями), имуществом коммерческих и финансовых организаций и правами в отношении них правовой режим доминирования критериев, установленных для финансовых организаций, не прослеживается. В итоге остается неясным, имеются ли отличия в правовом режиме подконтрольности сделок, когда корпоративный, имущественный или организационный контроль над коммерческой организацией приобретается финансовой организацией и наоборот. Кроме того, исходя из содержания ст. 29 ЗоЗК, не следует, что в случае, если финансовая организация приобретает права контроля над коммерческой организацией, суммарная стоимость активов которой по последнему балансу ее и ее группы лиц превышает 250 млн. рублей (как это установлено для коммерческих организаций в ч.1 ст. 28 ЗоЗК), такая сделка приобретает признаки подконтрольности.

В целях совершенствования указанных недостатков, представляется необходимым введение следующих изменений в правовое регулирование контроля сделок экономической концентрации:

1) правовой режим доминирования критериев подконтрольности финансовых организаций, регламентированный ст. 27 ЗоЗК, должен быть распространен на сделки по приобретению акций (долей), имущества и коммерческих, и финансовых организаций, а также прав в отношении них (т.е. на объекты сделок, отраженные в ст. 28 и 29 ЗоЗК). Это будет способствовать унификации антимонопольного законодательства и формированию единообразного правового регулирования в отношении однородных хозяйствующих субъектов.

2) основанием для определения правового режима подконтрольности сделки должна служить специфика самого результирующего субъекта экономической концентрации, а не участников сделки по экономической концентрации (производных субъектов). В этом отношении критерий суммарной стоимости активов объекта экономической концентрации по аналогии со ст. 28 ЗоЗК, которым является коммерческая организация, должен быть введен в число критериев подконтрольности сделок по экономической концентрации по созданию

коммерческих организаций (ст. 27 ЗоЗК). В случаях, когда объектом экономической концентрации является финансовая организация, к ней должны применяться соответствующие критерии, установленные Правительством РФ и Банком России для сделок экономической концентрации в отношении финансовых организаций.

3) другим критерием должна служить специфика участников сделки по экономической концентрации. Этот критерий нашел свое отражение в ст. 27 ЗоЗК, но оказался не учтенным в ст. 28 и 29 ЗоЗК, в которых при описании последствий приобретения акций (долей), имущества коммерческих и финансовых организаций, являющихся результирующими субъектами экономической концентрации, не принимается во внимание специфика участников сделки, которые могут также являться не только коммерческими, но и финансовыми организациями. Необходимо сформировать правовое регулирование таким образом, чтобы не возникала ситуация правовой неопределенности, например, при приобретении акций коммерческой организации финансовой организацией. В этом смысле может также оказаться полезным объединение статей 28 и 29 ЗоЗК введением общего правового режима доминирования критериев государственного контроля, регламентированного в отношении финансовых. При этом должен сохраняться принцип установления подконтрольности сделки в соответствии с критериями, установленными для результирующих субъектов экономической концентрации вне зависимости от того, являются они коммерческими, некоммерческими или финансовыми организациями.

8. Критерии предварительного и уведомительного (последующего) государственного контроля за экономической концентрацией. В зависимости от потенциального антиконкурентного эффекта той или иной сделки для нее законодателем устанавливается определенный правовой режим государственного контроля, который может осуществляться как до момента совершения сделки (*ex ante*), так и после ее совершения (*ex post*). Различие между данными режимами вполне очевидно: в случаях, когда антиконкурентный эффект сделки по-

тенциально высок необходим предварительный контроль, в иных случаях – антимонопольный орган может быть уведомлен участниками сделки о ее совершении post factum (уведомительный контроль).

В соответствии с этим главным принципом в установлении правового режима предварительного государственного контроля является недопущение ограничения конкуренции и предотвращение антиконкурентных последствий совершения сделок по экономической концентрации. Но эта цель государственного контроля направлена на защиту публичных интересов. Однако правовой режим предварительного контроля является существенным элементом гражданско-правовой защиты прав хозяйствующих субъектов. Существование данного режима позволяет предотвратить не только публично-правовые негативные последствия совершения сделок по экономической концентрации, но и исключить возможность применения положений о недействительности сделок (части 2, 4 и 5 ст. 34 ЗоЗК), а также избежать принудительной реорганизации юридического лица в виде его разделения или выделения (ч.1 ст. 34 ЗоЗК).

Установление последующего контроля связано с отсутствием «жесткого» потенциального антиконкурентного эффекта от совершения сделки по экономической концентрации. Совершение действий, подлежащих уведомительному порядку осуществления государственного контроля за экономической концентрацией, не оказывает столь существенного влияния на состояние конкуренции, как сделки, подлежащие предварительному контролю. До того, как институт уведомительного контроля сделок был исключен из антимонопольного законодательства⁶, критериями его применения служили те же признаки, которые являются основаниями предварительного контроля (суммарная выручка и суммарная стоимость активов участников сделки), с тем лишь отличием, что пороги этих величин были существенно ниже. Объекты экономической концен-

⁶ См.: Федеральный закон от 28.12.2013 N 423-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" // СЗ РФ 0.12.2013, N 52 (часть I), ст. 6988.

трации предварительного и уведомительного контроля при этом были практически тождественны.

Изъятие общего правила об уведомительном порядке государственного контроля за экономической концентрацией привело к тому, что в настоящее время уведомительный порядок государственного контроля сохранен только в отношении сделок, совершаемых внутри группы лиц (ч.1 ст. 33 ЗоЗК). Заявление о проверке соответствия проекта соглашения в письменной форме требованиям антимонопольного законодательства, предусмотренное ч. 1 ст. 35 ЗоЗК, нельзя признать основанием уведомительного порядка совершения соглашений, так как законодателем подача такого заявления сформулирована как право, а не как обязанность сторон этого соглашения. Это свидетельствует о том, что количественные критерии государственного контроля не являются определяющими, а выполняют лишь вспомогательную функцию, позволяя ограничить круг сделок наиболее потенциально опасных для состояния конкуренции. Основополагающими в определении правового режима государственного контроля являются качественные (содержательные) критерии сделки, а именно: 1) ее объект (создание и реорганизация юридических лиц; передача имущественных, корпоративных и обязательственных прав) и 2) правовая форма сделки (договорная, корпоративная, договорно-корпоративная). Представляется, что наибольший потенциальный антиконкурентный эффект имеют сделки договорного и корпоративного содержания.

Потенциальный антиконкурентный эффект практически любого горизонтального или вертикального соглашения обуславливается высокой степенью вероятности возникновения неблагоприятных последствий, поименованных в ч. 1-4 ст. 11 ЗоЗК. Поэтому в целях предотвращения этих последствий любые соглашения должны подлежать государственному контролю за экономической концентрацией. Однако ч.1 ст. 35 ЗоЗК практически не устанавливает такой правовой режим государственного контроля сделок, которые могут быть признаны допустимыми с точки зрения антимонопольного законодательства, по-

скольку не содержит обязывания участников соглашения на проведение обязательного контроля, а лишь устанавливает их право в добровольном порядке согласовывать содержание соглашения с антимонопольным органом. В настоящее время содержание указанной нормы таково, что в соответствии с ней государственному контролю за экономической концентрацией в обязательном не подлежат практически все виды соглашений, заключаемые хозяйствующими субъектами в процессе их рыночного взаимодействия. Согласование таких сделок с антимонопольным органом является правом, а не обязанностью их участников. Подобное положение недопустимо, поэтому необходимо определить критерии, в соответствии с которыми к таким сделкам должен применяться режим государственного контроля. В качестве такого критерия может выступать направленность сделки на динамику рыночной власти. Например, договорное или организационное объединение конкурентов, создание условий для координации их деятельности третьим лицом и т.п. должны рассматриваться в качестве сделки по экономической концентрации, а рядовая сделка купли-продажи между поставщиком и покупателем не может и не должна квалифицироваться в качестве сделки по экономической концентрации и, соответственно, на нее не должен распространяться правовой режим предварительного согласования с антимонопольным органом, установленный в ст. 35 ЗоЗК.

Устранение данного недостатка должно осуществляться одновременно в двух направлениях.

Во-первых, необходимо внести изменения в понятие «сделка по экономической концентрации», более точно определив через характер ее последствий по аналогии с признаками доминирующего положения, в которых выражен правовой эквивалент рыночной власти: «оказывает решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам». В итоге п. 21 ст. 4 ЗоЗК может быть представлен в следующем виде: «21) объ-

ект экономической концентрации – сделки, иные действия, поименованные в законодательстве Российской Федерации, осуществление которых оказывает или может оказать влияние на состояние конкуренции, в том числе в виде формирования признаков доминирующего положения (гл. 5 настоящего Федерального закона), ограничивающих конкуренцию соглашений (ст. 11 настоящего Федерального закона) и согласованных действий (ст. 11.1 настоящего Федерального закона)».

Во-вторых, с учетом того, что законодателем уже регламентированы количественные критерии участников корпоративных и договорно-корпоративных сделок по экономической концентрации (ст. 26 – 29 ЗоЗК) в виде суммарной стоимости активов, суммарной выручки и объема реализации товаров, эти же критерии могут быть распространены на возможность проведения обязательного предварительного государственного контроля экономической концентрации в отношении всех соглашений между хозяйствующими субъектами, хотя бы один из которых подпадает под указанные признаки.

Антиконкурентный эффект корпоративных сделок по экономической концентрации более очевиден: изменяя структурный состав рынка, такие сделки могут приводить к формированию субъектов, занимающих доминирующее положение. С учетом существования в российском антимонопольном законодательстве института «группа лиц» последствием совершения корпоративных сделок могут являться возникновение субъектов олигополии и даже формирование монополии. В этой связи все корпоративные сделки, направленные на создание новых юридических лиц и укрупнение уже существующих юридических лиц, должны подлежать предварительному государственному контролю за экономической концентрацией в случаях, если их участники подпадают под установленные законом количественные критерии их капитализации (суммарные активы и суммарная выручка).

Напротив, сделки договорно-корпоративной природы, направленные на перераспределение корпоративного контроля, не могут непосредственно изме-

нить ни структуру рынка (рыночную концентрацию), ни степень рыночной власти фирмы в целом. Влияние таких сделок на состояние конкуренции имеет опосредованный характер. Несомненно, приобретение корпоративного контроля может отражаться на содержании рыночной политики хозяйствующих субъектов, но не может изменить структуру рынка. Негативное влияние таких сделок на состояние конкуренции вполне потенциально возможно, особенно с учетом существования в российском антимонопольном законодательстве института «группа лиц». Не случайно, в Европейском Союзе для сделок по перераспределению корпоративного контроля установлен временной критерий: такой контроль признается существенным для состояния конкуренции только в случае, если он осуществляется на протяжении достаточно длительного промежутка времени – одного года. Такой подход к правовому регулированию свидетельствует о том, что на сделки по перераспределению корпоративного контроля должен распространяться уведомительный правовой режим государственного контроля за экономической концентрацией. В этом может заключаться существенная либерализация института государственного контроля за экономической концентрацией.

Таким образом, исходя из вышесказанного, можно сделать три важных вывода:

1) Все сделки по экономической концентрации, направленные на динамику рыночной власти, договорного и корпоративного содержания в обязательном порядке должны подлежать предварительному контролю за экономической концентрацией. Необходимо установить единые количественные критерии капитализации хозяйствующих субъектов не только в отношении корпоративных (ст. 27 и 28 ЗоЗК), но и в отношении договорных видов экономической концентрации (ст. 35 ЗоЗК). Кроме того, в отношении соглашений, заключаемых хозяйствующими субъектами, предварительный контроль необходим в случаях, когда условия этих соглашений предполагают возможность или потенциально могут привести к изменениям состояния рыночной власти, на основании при-

знаков возникновения доминирующего положения, а также последствий, характерных для установления в них условий *per se*, а также в случаях условно-запрещенных соглашений. Корпоративные сделки по экономической концентрации подлежат государственному контролю за экономической концентрацией только в случаях, когда они подпадают под количественные критерии, регламентированные ст. 27-29 ЗоЗК. *De lege ferenda* предварительному государственному контролю за экономической концентрацией должны также подлежать договорные и корпоративные основания координации экономической деятельности. В частности, например, антимонопольному органу должно быть предоставлено право государственного контроля образования и реструктуризации саморегулируемых организаций, соответствующих определенным количественным критериям их членов.

2) Необходимо изъять из предварительного государственного контроля сделок по экономической концентрации и осуществлять такой контроль в уведомительном порядке договорно-корпоративные формы экономической концентрации, направленные не на изменение рыночной власти или структуры рынка, а на перераспределение корпоративного контроля, поскольку это перераспределение не может оказать непосредственного влияния на состояние конкуренции. На такие сделки должен распространяться уведомительный порядок государственного контроля за экономической концентрацией по аналогии с уведомительным порядком контроля сделок, осуществляемых внутри группы лиц, которая также является одним из вариантов договорно-корпоративной экономической концентрации.

3) В связи с однотипностью объектов сделок по экономической концентрации, совершаемых коммерческими и финансовыми организациями желательно создать унифицированный правовой режим для корпоративных сделок по экономической концентрации как в отношении коммерческих, так и в отношении финансовых организаций, дифференцированно установив для них пороговые количественные критерии капитализации участников сделки, на которых

должен осуществляться государственный контроль за экономической концентрацией. Вместе с этим желательно установить единый правовой режим доминирования критериев государственного контроля, регламентированного для финансовых организаций, над критериями государственного контроля, установленными для коммерческих организаций.

2. Соглашения как основание экономической концентрации

Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее по тексту «ЗоЗК»)⁷ дает четкое определение терминов, исследуемых в рамках настоящего раздела. Так, экономическая концентрация⁸, это сделки и иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции. Отсюда следует, что применительно к теме заключения соглашений субъектами рыночных отношений, целью антимонопольного регулирования, очевидно, является недопущение заключения соглашений, способствующих снижению конкуренции и монополизации отдельных рынков.

Говоря о соглашениях в контексте антимонопольного регулирования, следует сразу отграничить их от согласованных действий, которые не будут рассмотрены в настоящем разделе. Это связано с тем, что еще третьим антимонопольным пакетом ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов и согласованные действия хозяйствующих субъектов были разнесены по разным статьям ЗоЗК – статьям 11 и 11.1, соответственно.

Соглашение⁹ по ЗоЗК, это договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме. Итак, в контексте антимонопольного регулирования, соглашения хозяйствующих субъектов могут выступать в качестве одного из способов незаконной концентрации рыночной власти у одного или нескольких субъектов предпринимательства, в этом случае можно говорить о том, что такие соглаше-

⁷ При написании настоящей работы использована редакция ЗоЗК от 05.10.2015, введенная Федеральным законом № 275-ФЗ от 05.10.2015 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»// СЗ РФ, 12.10.2015 №41 (ч.1), ст. 5629 .

⁸ П.21 ст.4 ЗоЗК.

⁹ П.18 ст.4 ЗоЗК.

ния будут являться антиконкурентными, и будут подпадать под категорию монополистической деятельности.

Как видно из определения соглашения, данного ЗоЗК, закон трактует данный термин очень широко, получается, что о наличии соглашения между хозяйствующими субъектами может говорить, помимо традиционного письменного документа, скрепленного подписями уполномоченных представителей сторон, также переписка, совершение конклюдентных действий, заключение «джентельменского» соглашения. Концепция наличия заключенного соглашения, при отсутствии документального подтверждения данного факта, нашла свое отражение не только в тексте ЗоЗК, но также и в Постановлении Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» от 30.06.2008 г. №30 (в действующей редакции Постановления Пленума ВАС РФ от 14.10.2010 №52)[5]¹⁰. Так, абзац 1 п.2 указанного Постановления предусматривает, что при анализе того, являются ли действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке согласованными, арбитражным судам следует учитывать: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении. Данный подход представляется полностью обоснованным и необходимым с практической точки зрения, так как при осуществлении антимонопольного анализа соглашения, на первое место выходят не права и обязанности сторон и форма, в которой эти права и обязанности сформулированы, а поведение участников соглашения – действия или бездействие, которые являются результатом заключения такого соглашения. Анализируя понятие соглашения, используемое ЗоЗК, стоит отметить, что оно не совпадает с понятием договора, используемом в гражданском праве. Так, п.1 ст.420 ГК РФ, предусматривает, что договором признается со-

¹⁰ Данное Постановление применяется в редакции Постановления Пленума ВАС РФ от 14.10.2010 №52// «Вестник ВАС РФ» №11, ноябрь, 2010.

глашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. ГК предусматривает заключение договоров как посредством совершения конклюдентных действий (ст. ст.434 и 438), так и посредством молчания (ст. 158). Таким образом, соглашение (с точки зрения антимонопольного законодательства) носит более широкий характер, нежели договор по ГК РФ, так как помимо установления, изменения и прекращения прав и обязанностей сторон, может также содержать намерение действий участников соглашения в отношении себя и третьих лиц.

Главным условием квалификации ограничивающего конкуренцию соглашения как заключенного, следует считать согласование воли его сторон, направленное на достижение конкурентного преимущества.

Говоря о запрете на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов, закрепленном на законодательном уровне, нельзя обойти вниманием и то, как он соотносится с закрепленным на уровне ГК принципом свободы договора, являющимся одним из основных принципов современного российского гражданского права. Указанный принцип, закрепленный в ст.421 ГК РФ, проявляется в нескольких правовых аспектах:

1. Свобода в заключении договора не должна быть результатом понуждения к вступлению в договорные отношения против воли.
2. Стороны договора вправе самостоятельно выбрать, какой договор им следует заключить.
3. Стороны по своему усмотрению вправе определить условия заключения договора.

Вместе с тем, в законодательстве существуют условия ограничения такой свободы, среди которых стоит назвать, например, право контрагента обратиться в суд с иском о понуждении обязанной стороны заключить договор. В качестве общих оснований также следует упомянуть ограничение возможности заключения коммерческих договоров (договоров, направленных на извлечение прибыли) лицами со специальной правосубъектностью, когда, например, сто-

рона не может заниматься деятельностью, не указанной в ее учредительных документах, или если такой запрет продиктован требованием закона. Кроме общих оснований ограничения принципа свободы договора, есть и специальные, которые нашли отражение, например, в ЗоЗК, который также ограничивает провозглашенный ГК принцип свободы договора. При этом стоит отметить, что основная часть антимонопольных ограничений принципа свободы договора применяется в отношении субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке. Абзац 2 п.2 ст.1 ГК предусматривает, что гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Запреты, установленные законодателем, применимы к любому виду частноправовых отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, и носят объективный и вынужденный характер, поскольку их отсутствие может привести к краху всей рыночной экономики[6].

Одной из составляющих принципа свободы договора, которую стоит особо отметить применительно к нарушающим конкуренцию соглашениям – это автономия воли сторон. Несмотря на то, что соглашение признается антимонопольным органом антиконкурентным, его расторжение возможно только самими сторонами или в судебном порядке. Антимонопольный орган вправе возбудить и рассматривать административное дело о нарушении антимонопольного законодательства, когда причиной нарушения является антиконкурентное соглашение. В результате, как правило, антимонопольный орган налагает административный штраф и применяет другие предусмотренные законодательством меры, направленные на прекращение монополистической деятельности. Одной из таких мер, в частности, является выдача антимонопольным органом хозяйствующим субъектам обязательных для исполнения предписаний о прекращении ограничивающих конкуренцию соглашений хозяйствующих

субъектов и совершении предписанных в каждом конкретном случае действий, направленных на обеспечение конкуренции. В случае неисполнения сторонами антиконкурентного соглашения предписания антимонопольного органа о прекращении ограничивающих конкуренцию соглашений хозяйствующих субъектов, антимонопольный орган вправе обратиться в арбитражный суд и заявить требование о признании недействительными полностью или в части договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству, об изменении или расторжении договора, о признании торгов недействительными, и т.д. В случае, если арбитражный суд установит, что в его производстве находятся дела о привлечении лица к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства (или дело об оспаривании постановления антимонопольного органа о привлечении лица к такой ответственности) и дело об оспаривании вынесенного в отношении него решения антимонопольного органа (явившегося поводом к возбуждению соответствующего дела об административном правонарушении), объединяет эти дела в одно производство для их совместного рассмотрения.

Для определения объема гражданских прав хозяйствующего субъекта при заключении соглашений, ЗоЗК руководствуется, прежде всего, его положением на рынке, т.е. занимаемой хозяйствующим субъектом долей рынка, а также размером стоимости активов и выручки.

Переходя к анализу видов соглашений хозяйствующих субъектов, подпадающих под регулирование ЗоЗК, стоит сразу предложить их классификацию, которая будет использована в настоящем разделе – это соглашения между конкурентами (картельные соглашения), «вертикальные» соглашения и соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами о совместной деятельности.

За основу классификации соглашений мы принимаем экономический критерий, который определяет тип экономических связей между субъектами отношений. По мнению ряда исследователей[7], экономический критерий явля-

ется основополагающим для формирования антимонопольных требований к регулированию исследуемой группы отношений: этот признак делит соглашения на горизонтальные – когда соглашения заключаются между хозяйствующими субъектами, находящимися на одном уровне товарораспределения, и вертикальные – когда канал товарораспределения проходит вертикально. В соответствии с направлением товарораспределения, распределяются и антимонопольные риски заключения соглашений. Так, для «горизонтальных» конструкций актуальны проблемы запрета *per se* для картелей, а для «вертикальных» возникает риск нарушений требований антимонопольного законодательства к вертикальным соглашениям.

Российское антимонопольное законодательство содержит прямой запрет на заключение между хозяйствующими субъектами – конкурентами, действующими на одном товарном рынке, соглашений, которые могут привести к следующим экономическим последствиям:

1. Установление или поддержание цен как на определенном рынке в целом, так и на торгах.
2. Разделу товарного рынка по любому из критериев (территория, ассортимент и объем продаж товара, состав продавцов и покупателей).
3. Сокращение или прекращение производства товаров.
4. Отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями.

Заключение таких соглашений именуется картелем и выделяется в группу особо опасных видов монополистической деятельности. Стоит отметить, что Федеральный закон от 05.10.2015 №275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»[8] (далее Закон №275) дополнил часть 1 ст.11 ЗоЗК указанием на возможность признания картелем не только соглашения между продавцами товара, действующими на одном товарном рынке, но также и со-

глашения между покупателями, осуществляющими приобретение товара на одном товарном рынке, то есть являющихся конкурентами в сфере потребления таких товаров (картель покупателей). Таким образом, понятие картеля было законодательно расширено. Письмо ФАС от 24.12.2015 №ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета» (далее по тексту «Письмо ФАС»)[9], вместе с тем конкретизировало, что лица, являющиеся приобретателями товара для собственного потребления, не связанного с осуществлением деятельности, приносящей доход, не являются хозяйствующими субъектами, и их соглашения не будут подпадать под действие [части 1 статьи 11](#) Закона о защите конкуренции в редакции [Закона](#) N 275-ФЗ.

Опасность картелей для свободного развития и регулирования рынка естественными рыночными механизмами состоит в том, что в результате заключения такого соглашения конкуренты (теперь уже не важно – продавцы, или покупатели) могут осуществлять в своих общих интересах согласованную политику продаж/приобретения товара, устраняя конкуренцию между участниками соглашения. Устранение конкуренции, в свою очередь, приводит к увеличению прибыли, получаемой участниками картеля. В случае с участниками картеля, являющимися потребителями – прибыль формируется не за счет снижения издержек на производство (как в случае с поставщиками), а за счет удержания и снижения цены от рыночной. Опасность картеля для публичных интересов состоит в том, что картель устраняет конкуренцию на рынке, тем самым лишая добросовестных участников рынка возможностей увеличения ассортимента и объема выпуска товаров, на рыночное регулирование цен.

Законодательный запрет на картели является безусловным, или, как его принято называть в международной юридической науке – запрет *per se*. Это означает, что правоприменителю достаточно доказать сам факт заключения запрещенного законодательством соглашения и нет необходимости доказывать, что его реализация привела к ограничивающим конкуренцию последствиям. Это серьезно отличает правовое положение картеля от правового положения

«вертикальных» соглашений, стороны которых согласно части 6 ст. 11 ЗоЗК, вправе представлять в антимонопольный орган доказательство того, что заключенные ими соглашения могут быть признаны допустимыми.

Статья 4 ЗоЗК определяет вертикальные соглашения, как соглашения между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой продает товар. Особо следует отметить, что Закон №275 исключил указание на то, что агентский договор не является «вертикальным» соглашением. Таким образом, к агентским договорам могут быть применены ограничения, установленные ст.11 ЗоЗК, а также исключения, установленные ст.12 того же закона. Вышеупомянутое Письмо ФАС конкретизирует, что вопрос о возможности отнесения гражданско-правового договора к "вертикальному" соглашению должен решаться исходя из его содержания. Так, если в рамках заключенного гражданско-правового договора не осуществляется предоставление (продажи) и приобретение товара, упомянутый договор нельзя признать "вертикальным" соглашением.

Согласно [статье 1005](#) ГК РФ агентский договор - это договор, по которому одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала.

Агентский договор по своей природе является разновидностью посреднического договора. Если агент заключает от имени принципала договор поставки товара, то именно договор поставки товара, а не агентский договор, будет "вертикальным" соглашением.

Соглашения между неконкурентами, или «вертикальные» соглашения несут гораздо меньшую опасность экономике, чем соглашения между конкурентами, тем не менее, именно они создают максимальные сложности в оценке обоснованности запретов для соглашений между неконкурентами и подхода к идентификации запрещенных соглашений[10]. Конструкция части 2 статьи 11 ЗоЗК построена таким образом, что законодателем сразу предусмат-

ривается возможность признания некоторых «вертикальных» соглашений законными в случаях, предусмотренных ст.12 ЗоЗК, это создает опасность конкуренции применения норм антимонопольного закона. М.А. Егорова пишет по этому поводу в своей статье[11], что в этом случае сразу же возникает юриди-ко-техническая конкуренция правового режима общей (диспозитивной) до-ступности координации экономической деятельности, осуществленной в рам-ках «вертикального» соглашения (п.14 ст.4 ЗоЗК) с исключительным (разрешительным) правовым режимом допустимости «вертикальных» соглашений, уста-новленным ст. 12 ЗоЗК.

Запрещены «вертикальные» соглашения, которые приводят или мо-гут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением слу-чая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепро-дажи товара; или если соглашение предусматривает обязательство покупателя не продавать товар конкурента. Исключение составляют случаи продажи това-ра под товарным знаком или иным средством индивидуализации продавца или производителя. Что касается допустимости «вертикальных» соглашений, то со-гласно положениям ст.12 ЗоЗК, допускаются «вертикальные» соглашения в письменной форме (кроме «вертикальных» соглашений между финансовыми организациями), если (1) эти договоры являются договорами коммерческой концессии и (2) это договоры между хозяйствующими субъектами, доля каждо-го из которых на товарном рынке товара, являющегося предметом «вертикаль-ного» соглашения, не превышает 20%. В действующей ранее редакции ЗоЗК, речь шла не о «товарном рынке товара, являющегося предметом «вертикально-го» соглашения», а о «любом товарном рынке». Стоит согласиться с некоторы-ми исследователями данного вопроса в том, что данное изменение формули-ровки нормы – конкретизация рынка – направлено на обеспечение реальной возможности для компаний по использованию указанного исключения, без необходимости учета долей на «любом» товарном рынке[12].

Определение соглашения о совместной деятельности, применимое к антимонопольному регулированию, содержится в Разъяснении ФАС по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности[13]. Итак, соглашение о совместной деятельности - заключенное между хозяйствующими субъектами (в том числе фактическими или потенциальными конкурентами на товарном рынке) по российскому или зарубежному праву соглашение, включая (1) создание нового юридического лица, или участие сторон в деятельности существующего юридического лица, и (2) иные соглашения, опосредующие совместную деятельность сторон, и предполагающие, что:

1. Стороны такого соглашения объединяют ресурсы и/или осуществляют взаимные инвестиции для достижения целей совместной деятельности.

2. Стороны совместно несут риски, связанные с совместной деятельностью.

3. Информация об осуществлении совместной деятельности или создании совместного предприятия является публичной.

Приведенные признаки позволяют формально различать соглашения о совместной деятельности, не нарушающие антимонопольное законодательство и антиконкурентные соглашения. В контексте упомянутого Разъяснения интересна трактовка критерия публичности, предложенная Президиумом ФАС. Соглашение о совместной деятельности будет считаться публичным, если оно:

1. Заключено с предварительного согласия антимонопольного органа в соответствии со статьями 27 или 28 ЗоЗК, либо;

2. Проект такого соглашения был представлен в антимонопольный орган для проверки соответствия антимонопольному законодательству в соответствии со ст.35 ЗоЗК.

Таким образом, любое соглашение о совместной деятельности, проект которого не был направлен в ФАС, может быть признано антиконкурентным. В этом контексте особого внимания заслуживают изменения, внесенные Законом

№275 касающиеся соглашений хозяйствующих субъектов о совместной деятельности. Так, статья 27 была дополнена положением о том, что с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляется заключение соглашений о совместной деятельности между хозяйствующими субъектами – конкурентами на территории РФ, если суммарная стоимость их активов (активов их групп лиц) по последнему балансу превышает 7 миллиардов рублей или суммарная выручка таких хозяйствующих субъектов (их групп лиц) от реализации товаров за календарный год, предшествующий году заключения соглашения, превышает 10 миллиардов рублей. Одновременно статья 33 ЗоЗК дополнена новой частью 9.1., предусматривающей, что компании, намеревающиеся заключить соглашение о совместной деятельности, независимо от стоимости активов и выручки их и их групп лиц, вправе подать в ФАС России ходатайство о даче согласия на заключение такого соглашения. При этом, статья 11 дополнена частью 10, предусматривающей, что требования данной статьи, касающиеся запрета на заключение ограничивающих конкуренцию соглашений хозяйствующих субъектов, не распространяются на соглашения о совместной деятельности, заключенные с предварительного согласия антимонопольного органа. При этом, также была скорректирована статья 13 ЗоЗК, из которой исключена часть 1.1., регулирующая возможность признания допустимыми соглашений о совместной деятельности, которые могут привести к последствиям, указанным в части 1 статьи 11 ЗоЗК, а именно – формированию картеля. Таким образом, можно предположить, что законодатель исключает возможность признания соглашений о совместной деятельности, которые могут привести к последствиям, указанным в части 1 ст. 11 ЗоЗК и которые ранее не были согласованы с ФАС России. Таким образом, можно говорить об ужесточении подхода законодателя к оценке допустимости соглашений о совместной деятельности. Сам ФАС в уже упоминавшемся Письме характеризует перечисленные дополнения как сохраняющие существующее регулирование соглашений о совместной деятельности, вносящие определенность в порядок подтверждения соответствия со-

глашений о совместной деятельности антимонопольному законодательству и исключающие возможность признания рассмотренных антимонопольным органом соглашений о совместной деятельности в качестве антиконкурентных соглашений. Закон N 275-ФЗ предусматривает ряд механизмов, позволяющих создать правовую определенность при осуществлении хозяйствующими субъектами совместной деятельности, в частности:

если совместную деятельность планируют осуществлять крупные компании (сумма активов свыше 7 млрд. руб.), такие компании проходят процедуру согласования сделки экономической концентрации;

если компании не подпадают под пороги согласования сделок экономической концентрации, но желают получить заключение антимонопольного органа о соответствии их соглашения антимонопольному законодательству, они вправе представить ходатайство о даче согласия на заключение соответствующего соглашения, обратиться с проектом соглашения в антимонопольный орган в порядке, предусмотренном статьями 33 и 35 Закона о защите конкуренции.

Упомянув о публичном характере ходатайств и уведомлений, направляемых в антимонопольный орган, следует также сказать об изменении, внесенном в регулирование этого вопроса Законом № 275. Он предусматривает возможность предоставления ходатайства или уведомления, предоставляемого в антимонопольный орган в рамках процедуры контроля за экономической концентрацией теперь и в электронной форме. При этом, информация об обращении (вне зависимости от формы подачи документов), подлежит размещению на официальном сайте ФАС России, а заинтересованные лица будут вправе предоставить в антимонопольный орган сведения о влиянии на состояние конкуренции рассматриваемой сделки или иного действия. Также необходимо отметить, что Законом N 275-ФЗ введен институт предварительного информирования антимонопольного органа о предстоящей сделке или об ином действии до подачи ходатайства или уведомления.

Закрепляя составы монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, законодатель в одних случаях вводит безусловный запрет на осуществление соответствующей деятельности (например, установление монопольно высоких/низких цен, навязывание контрагенту невыгодных условий и прочее), в других – предусматривает исключения, допуская такую деятельность из соображений разумности. Так, исходя из критерия разумности, соглашения являются допустимыми, если они: не создают для отдельных лиц возможности устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагают на их участников и на третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей таких соглашений, а также, если их результатом является или может являться:

1. Совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентноспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке.

2. Получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам полученным хозяйствующими субъектами в результате соглашения.

Правительство РФ вправе утвердить общие исключения в отношении соглашений, если их результатами являются или могут являться перечисленные выше условия. Примером тому служат Постановления Правительства РФ «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами»[14], «О случаях допустимости соглашений между страховщиками, работающими на одном и том же товарном рынке, об осуществлении совместной страховой и перестраховочной деятельности»[15], «О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями»[16]. Случаи допустимости таких соглашений, предусматриваемые Постановлениями Правительства РФ, вводятся на определенный срок, предусматривают:

- Вид соглашения.
- Условия, которые не могут рассматриваться как допустимые в отношении таких соглашений.
- Обязательные условия для обеспечения конкуренции, которые должны содержаться в таких соглашениях.

Говоря о соглашениях, не подпадающих под действие статьи 11 ЗоЗК, нельзя также обойти вниманием соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из хозяйствующих субъектов в отношении другого установлен контроль, либо такие субъекты находятся под контролем одного лица. Такие соглашения не рассматриваются ЗоЗК в качестве ограничивающих конкуренцию. Под термином контроля понимается возможность лица прямо или косвенно определять решения, принимаемые подконтрольным ему лицом, посредством одного или нескольких следующих действий: распоряжение более 50% голосов, приходящихся на голосующие акции подконтрольного лица, осуществление функций исполнительного органа юридического лица. Кроме того, не подпадают под действие упомянутой выше статьи ЗоЗК соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг.

3. Фактические действия, оказывающие влияние на экономическую концентрацию

1. Согласованные действия конкурентов представляют собой вид рыночного взаимодействия, имеющий наибольшую опасность для состояния конкуренции. Необходимо отметить, что легитимная дефиниция понятия «согласованные действия» не ограничивает их состав только прямыми конкурентами. Субъектный состав согласованных действий определяется не по признаку рыночного распределения функций хозяйствующих субъектов (то есть не по принципу, используемому ст. 11 ЗоЗК – «продавец – покупатель», а по признаку общей заинтересованности участников согласованных действий в достижении определенной цели в результате согласованного поведения (п.1 ч.1 ст. 8 ЗоЗК), что в значительной степени сближает согласованные действия с деятельностью в составе картеля, основным «движущим механизмом» которого также является общий экономический интерес его участников, являющихся прямыми конкурентами на релевантном рынке. ВАС РФ, давая характеристику этому признаку согласованных действий, отметил, что "согласованные действия хозяйствующих субъектов предполагают предсказуемое индивидуальное поведение формально независимых субъектов, определяющее цель их действий и причину выбора каждым из них модели поведения на товарном рынке. Согласованные действия, не имеющие какого-либо оформления в виде соглашений или достижения каких-либо иных формальных договоренностей, предполагают скоординированные и направленные действия хозяйствующих субъектов, сознательно ставящих свое поведение в зависимость от поведения других участников рынка... Согласованные действия являются моделью группового поведения хозяйствующих субъектов, состоящего из повторяющихся (аналогичных) действий, которые не обусловлены внешними условиями функционирования

соответствующего товарного рынка, и замещающей конкурентные отношения между ними сознательной кооперацией, нанося ущерб потребителям"[17].

Поэтому нельзя с уверенностью говорить о том, что согласованные действия являются вариантом рыночного поведения только в отношении конкурентов. На рынках финансовых услуг достаточно частым явлением бывают согласованные действия продавцов и покупателей ценных бумаг, обладающих инсайдерской информацией, при которых в общем интересе продавцы продают, а покупатели скупают лоты, например, по демпинговым ценам, когда одни игроки играют на понижения, а другие на повышение стоимости ценных бумаг. Рынки ценных бумаг в этом отношении являются наиболее лабильными и подверженными осуществлению согласованных действий.

2. Вне зависимости от субъектного состава согласованных действий их эффект влияния на формирование цены товара очевиден, а, следовательно, так же как и картель, согласованные действия приводят в итоге к динамике рыночной власти, поскольку их осуществление оказывает существенное влияние на размер предельных издержек. С правовой точки зрения нет никаких оснований для того, чтобы не признавать согласованные действия в качестве действий по экономической концентрации, так как они соответствуют всем критериям экономической концентрации, установленным в ее дефиниции в п. 21 ст. 4 ЗоЗК: 1) они имеют форму фактических (то есть не юридических, а экономических или рыночных) действий¹¹; 2) их совершение приводит или может привести к ограничению конкуренции.

Следует иметь в виду, что согласованные действия также могут совершаться в форме «бездействия», которое также может иметь выраженный антиконкурентный эффект. Ярким примером может служить групповой отказ

¹¹ Следует иметь в виду, что согласованные действия также могут совершаться в форме «бездействия», которое также может иметь выраженный антиконкурентный эффект. Ярким примером может служить групповой отказ участников торгов от участия в них, в результате которого победителем признается единственный участник, который получает контракт по максимальной цене.

участников торгов от участия в них, в результате которого победителем признается единственный участник, который получает контракт по максимальной цене. В одном из случаев полагая, что действия лиц, зарегистрировавшихся для участия в аукционе, но не принявших в нем участия, и действия единственного участника аукциона, с которым был заключен государственный контракт, являются согласованными и преследовали цель недопущения снижения цены, территориальное управление антимонопольной службы обратилось в суд с иском, ссылаясь на то, что целью таких действий было установление максимально высокой цены контракта.

Однако суд указал, что в предмет доказывания по настоящему спору входило подтверждение заинтересованности всех лиц в заключении предпринимателем контракта по максимально высокой цене. Поскольку управлением не было доказано, что результат этих действий соответствовал интересам каждого указанного лица, суд не признал действия указанных субъектов согласованными и в удовлетворении иска отказал[18].

Основные правовые и экономические последствия согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, установлены в виде запретов в ст. 11.1 ЗоЗК и практически повторяют содержание запретов *per se*, регламентированных ч.1 ст. 11 ЗоЗК в отношении картелей. Однако, несмотря на выраженную опасность для состояния конкуренции указанных правовых последствий, к согласованным действиям, в отличие от картелей, могут быть применены критерии их допустимости, регламентированные ст. 13 ЗоЗК. Кроме того, административное законодательство предусматривает более мягкую административную ответственность за совершение согласованных действий, чем за деятельность в составе картеля.

Пленум ВАС РФ указал на важную особенность согласованных действий: «Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно: о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, - может быть сделан

исходя из фактических обстоятельств их совершения. Например, о согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин»[5]. При этом бремя доказывания того, что параллельное поведение на товарном рынке вызвано обстоятельствами, в равной мере влияющими на всех хозяйствующих субъектов на этом рынке, возлагается не на антимонопольный орган, а на потенциальных нарушителей - участников согласованных действий[19]. На этот же аспект согласованных действий указывает и п. 3 ч.1 ст. 8 ЗоЗК: согласованные действия «не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке». Другими словами согласованные действия имеют выраженный волевой характер, и их целью является не преодоление изменившейся рыночной ситуации, не адаптация к новым условиям ведения хозяйственной деятельности, а трансформация рынка в целях достижения наибольшего экономического эффекта и прямого или косвенного извлечения дополнительной прибыли.

3. Существенным фактором является коллективный характер согласованных действий. Не останавливаясь подробно на значении «публичного заявления» одного из участников согласованных действий об их совершении, необходимо отметить, что коллективный и единообразный характер поведения участников согласованных действий может быть квалифицирован в качестве способа реализации рыночной власти, поскольку, так же как и картель, согласованные действия оказываются наиболее опасными для состояния конкуренции именно на олигополистических рынках, на которых однотипное поведение крупных игроков может быстро обеспечить динамику цены на взаимозаменяемые товары.

Об этом же свидетельствует и признак согласованных действий, нашедший отражение в п. 3 ч. 1 ст. 8 ЗоЗК, в соответствии с которым при согласованных действиях «действия каждого из ... хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных

действиях». Практически это соответствует согласованному поведению крупных игроков на олигополистическом рынке, когда одна из крупных фирм принимает на себя роль «лидера», о которой заявляет публично (в чем заключается важность публичного заявления, упоминающегося в п.2 ч. 1 ст. 8 ЗоЗК), а остальные игроки ни документально, ни устно не согласовывая с «лидером» свое поведение просто проводят рыночную политику аналогичную рыночной стратегии «лидера» согласованных действий. Поскольку такое коллективное поведение может определять изменение цены на товар, постольку оно способно ограничивать конкуренцию и должно признаваться одним из способов реализации коллективной рыночной власти, осуществляемой объединением крупных игроков в ущерб своим конкурентам или контрагентам в пределах релевантного рынка.

4. Связь согласованных действий с рыночной концентрацией и состоянием рыночной власти настолько тесна, что без анализа состояния конкурентной среды в некоторых случаях антимонопольному органу достаточно сложно обосновать совершение согласованных действий.

В этом отношении очень яркой является правовая позиция Пленума ВАС РФ, который указал, что нормы Закона о защите конкуренции не могут быть истолкованы как исключающие возможность антимонопольного органа доказывать наличие согласованных действий через их объективированный результат: посредством определения соответствующего товарного рынка в его продуктовых, географических и уровневых границах, проведения анализа его состояния и обоснования однотипности поведения на нем хозяйствующих субъектов, чьи действия подпадают под критерии ст. 8 ЗоЗК и влекут последствия, указанные в ст. 11 ЗоЗК.

При этом известность каждому из субъектов о согласованных действиях друг друга заранее может быть установлена не только при представлении доказательств получения ими конкретной информации, но и исходя из общего положения дел на товарном рынке, которое предопределяет предсказуемость та-

кого поведения как групповой модели, позволяющей за счет ее использования извлекать неконкурентные преимущества. Аналогично факт навязывания может быть констатирован и в том случае, когда результат согласованных действий в условиях конкретного рынка исключает возможность договориться с его участниками об иных условиях предложения или спроса.

Для целей признания действий хозяйствующих субъектов согласованными не имеет значения синхронность их начала, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления антимонопольным органом.

Без сопоставления конкретных условий договоров различных торговых сетей с разными поставщиками невозможно определить, имеются ли в них сходство по содержанию и направленности ценовые и неценовые условия, общий результат которых, даже при несовпадении формулировок, приводит к лишению поставщиков прав, обычно предоставляемых по договорам данного вида, и доли рентабельности, необходимой для поддержания и развития производства¹².

Необходимо принимать во внимание, что совершение согласованных действий для того, чтобы оказать существенное влияние на состояние должно совершаться в течение достаточно длительного промежутка времени и иметь систематический характер. Иные виды поведения не должны вызывать у антимонопольного органа подозрений в наличии состава правонарушения в связи осуществлением согласованных действий.

В одном из случаев правоприменительной практики, по мнению антимонопольного органа, им доказано, что общество и индивидуальные предприниматели, действуя на одном товарном рынке во временном интервале с ноября 2008 г. по июль 2009 г., периодически единообразно снижали или поднимали цены, которые в результате совпадали по отдельным позициям реализуемого

¹² Постановление Президиума ВАС РФ от 21.04.2009 N 15956/08 по делу N A65-3185/2008-CA1-23 // СПС Консультант Плюс.

топлива до копейки. Учитывая, что общество, имеющее наибольшую рыночную власть, изменяло цены первым, а рынок является прозрачным, индивидуальные предприниматели также вынужденно изменяли цены при отсутствии объективных обстоятельств, в равной мере влияющих на рынок в целом, что свидетельствует об отказе от соперничества посредством синхронного установления единой цены. Антимонопольный орган не стал проводить анализ и оценку состояния конкурентной среды на товарном рынке для вмененного им нарушения, так как такой анализ в силу законодательства не требовался.

По результатам исследования представленных доказательств суды пришли к выводу о том, что общество и индивидуальный предприниматель проводили самостоятельную ценовую политику, устанавливая экономически обоснованные собственные цены, совпадение которых носило кратковременный и случайный характер, в связи с чем действия общества и обоих предпринимателей не могут быть оценены как групповая модель предсказуемого поведения в виде согласованных действий, нарушающих требования Закона о защите конкуренции. Таким образом, суды постановили, что именно антимонопольный орган обязан был доказать в суде нарушение ст. 11 ЗоЗК на конкретном товарном рынке с его параметрами, существовавшими на момент нарушения, и объективными обстоятельствами, которые повлияли или могли повлиять на состояние рынка в этот момент. По этой причине в передаче дела по заявлению об отмене решения и предписания для пересмотра в порядке надзора судебных актов было отказано, так как суд исходил из того, что антимонопольный орган не изучал состояние конкурентной среды на рынке, что не позволило доказать применение экономически не обоснованных цен, отсутствие влияния на рынок внешних факторов и событие правонарушения[20].

Согласованные действия хозяйствующих субъектов для ФАС России продолжают оставаться дополнительным средством привлечения к ответственности нарушителей антимонопольного законодательства в случаях, когда отсутствует возможность предоставления доказательств факта существования

картеля. При этом случае в силу очевидности ограничения конкуренции необходимо подключение альтернативных правовых механизмов ее защиты, одним из которых является институт согласованных действий. В силу оценочности данного института, а также с учетом достаточно жесткого правового режима ответственности, предусмотренного за совершение согласованных действий административным законодательством, правоприменительным органам необходимо точно применять критерии согласованных действий, регламентированные ст. 8 ЗоЗК и проводить дополнительный анализ состояния конкурентной среды на релевантном рынке в целях минимизации допущения правоприменительных ошибок любого рода.

4. Понятие и виды рыночных форм экономической концентрации

1. При анализе сделок по экономической концентрации как разновидности действий, имеющих правовое и экономическое значение, необходимо определиться с содержанием понятия «способ экономической концентрации».

Способ как образ действия включает в себя возможность использования некоего основания как повода для возможности совершения действия, модель которого предполагает данный способ[48, С. 21;49, С. 254]¹³. Применительно к экономической концентрации юридическая конструкция понятия «способ» предстает в качестве разновидности «способа реализации прав». В соответствии с этим можно сказать, что понятие «способ экономической концентрации» – это совокупность процессов реализации элементов дееспособности участников сделки по экономической концентрации как составной части метода правового регулирования, выражающаяся в совершении действий, приобретающих юридическое значение в соответствии с тем, что их осуществление оказывает влияние на состояние конкуренции (п. 21 ст. 4 ЗоЗК) в виде динамики рыночной концентрации и рыночной власти.

Поскольку по своей правовой природе экономическая концентрация по смыслу п. 21 ст. 4 ЗоЗК представляет собой разновидность действия, то способ совершения этого действия в юридическом аспекте должен рассматриваться в аспекте трех критериев: 1) субъектный состав действия, определяющих количество участников действия; 2) правовые последствия совершения действия – влияние на состояние конкуренции; 3) юридическая квалификация действия.

¹³ Кант называл способ действия «методом» согласно основоположениям. (См.: *Кант И.* Критика чистого разума. М., 1994.). Способ определения образа действия (*modus procedendi*) используется в дипломатической деятельности, означая *способ действия*, т. е. определение, каким образом и в каком порядке должно быть выполнено какое-либо обязательство или действие. (См.: *Вышинский А.Я., Лозовский С.А.* Дипломатический словарь. М. Государственное издательство политической литературы. 1948.).

По первому критерию все действия могут быть разделены на коллективные (двух- или многосторонние) и индивидуальные (односторонние) действия. Вторым критерий является сущностным признаком всякого действия по экономической концентрации – результирующее воздействия этого действия должно оказывать влияние на состояние конкуренции. Третий критерий определяет отношение государства к действию, оказывающему влияние на состояние конкуренции. Все действия хозяйствующих субъектов по последствиям их на состояние конкуренции разделяются на 1) проконкурентные, т.е. способствующие или не препятствующие развитию конкуренции, 2) антиконкурентные, т.е. ограничивающие или исключаящие конкуренцию и 3) безразличные для конкуренции, т. е. не оказывающие никакого воздействия на конкуренцию. Поскольку для действий по экономической концентрации сущностное значение имеет признак влияния на конкуренцию, постольку к сделкам по экономической концентрации могут относиться только проконкурентные и антиконкурентные действия. Последние всегда представляют собой разновидность правонарушения, поскольку Законом о защите конкуренции устанавливается прямой запрет на их совершение.

Любые иные действия хозяйствующих субъектов, оказывающие влияние на состояние конкуренции, но не имеющие негативного эффекта на нее, должны рассматриваться в качестве проконкурентных действий. Для государственного контроля над такими действиями важно установить критерии, за пределами которых проконкурентные действия могут приводить к правовым и экономическим последствиям неблагоприятным для состояния конкуренции. Именно в этом аспекте и становится необходимым осуществление государственного контроля над сделками по экономической концентрации, которые презюмируются законодателем как проконкурентные действия, и формирование системы пороговых контрольных критериев, позволяющих выявить потенциальное изменение уровня рыночной власти, которое может негативно отразиться на состоянии конкуренции на релевантном рынке.

Вместе с тем, государственному контролю за экономической концентрацией подлежат как проконкурентные, так и антиконкурентные действия. Смысл предварительного государственного контроля заключается в установлении степени вероятности неблагоприятных последствий для состояния конкуренции, которые могут возникнуть в результате совершения действий хозяйствующими субъектами, подпадающими под критерии государственного контроля, отраженные в статьях 27-29 и 35 ЗоЗК. Ст. 35 ЗоЗК устанавливает порядок государственного контроля над соглашениями, которые могут быть признаны допустимыми, то есть проконкурентными, но вместе с этим в силу определенных признаков (например, особенностей субъектного состава в случаях, когда такие соглашения заключаются между конкурентами) могут быть потенциально антиконкурентными.

В связи с вышеуказанными признаками по способу экономической концентрации она может быть разделена на коллективную и индивидуальную в зависимости от того, является ли ее основанием коллективное (двух- или многостороннее) или индивидуальное (одностороннее) действие. По юридической квалификации действия и коллективная, и односторонняя экономическая концентрация может быть как законной (проконкурентной), так и противозаконной (антиконкурентной). Во втором случае имеет место факт наличия правонарушения.

По правовой форме все виды экономической концентрации делятся на: 1) договорную экономическую концентрацию; 2) корпоративную экономическую концентрацию; 3) договорно-корпоративную экономическую концентрацию; 4) экономическую концентрацию, возникающую в результате фактических (экономических, неправовых) действий.

В основе договорной экономической концентрации лежит соглашение (договор) между субъектами, причем сторонами договора могут являться как субъекты-конкуренты (горизонтальная договорная концентрация), так и субъекты, действующие на различных уровнях канала товарораспределения (верти-

кальная договорная экономическая концентрация). Правовой механизм договорной экономической концентрации заключается в осуществлении сторонами соглашения в отношении проведения согласованной рыночной политики, которая далеко не всегда представляет собой разновидность правонарушения: во-первых, такие соглашения могут не содержать условий *per se* (ч. 1-3 ст. 11 ЗоЗК) или условно-запрещенных условий (ч.4 ст. 11 ЗоЗК); во-вторых, эти соглашения могут соответствовать признакам допустимости, установленным ст. 13 ЗоЗК, а в отношении «вертикальных» соглашений – ст. 12 ЗоЗК. Вместе с тем, проведение согласованной рыночной политики всегда обладает кумулятивным экономическим эффектом и довольно часто соответствует интересам лиц, осуществляющих согласованную рыночную деятельность. На этом эффекте строится модель рыночной концентрации при сговоре. Однако, как было указано выше, с правовой точки зрения не всякое соглашение между конкурентами должно рассматриваться в качестве деятельности в составе картеля, и, соответственно, не всякая договорная экономическая концентрация, даже приводящая к эффекту концентрации рыночной власти, является антиконкурентной. Эффект рыночной концентрации при договорной экономической концентрации возникает не в результате изменения структуры рынка, а в результате динамики функционирования этой структуры. В этом смысле можно сказать, что договорная экономическая концентрация является динамическим вариантом рыночной концентрации, основу которой составляет правовая деятельность, направленная на реализацию конкретной рыночной политики, а не статические элементы, связанные с использованием субъектами своего рыночного (доминирующего) положения.

Не меньшим антиконкурентным эффектом обладает корпоративная экономическая концентрация, осуществляемая путем совершения сделок, условием о предмете которых являются права участия и управления юридическим лицом (корпоративных сделок). Корпоративная экономическая концентрация является наиболее широко распространенным видом экономической концентра-

ции и потому с определенными оговорками признается различными авторами в качестве основной формы экономической концентрации[27; 50, С. 289, 290]. Анतिकонкурентный эффект корпоративных сделок в первую очередь определяется формированием новой структуры рынка (динамикой рыночной концентрации), для которой характерно динамичное перераспределение рыночной власти, обладающее признаками ограничения или устранения конкуренции, например, в виде образования субъекта, занимающего доминирующее положение, охватывающего большую долю рынка, имеющую существенное значение для того, чтобы этот субъект в результате совершения корпоративной сделки приобретал возможность: 1) оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке; 2) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов; 3) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам (ч.1 ст. 5 ЗоЗК).

Строго говоря, выделение корпоративной правовой формы экономической концентрации в определенной мере условно, потому что в большинстве корпоративных сделок по созданию или реорганизации юридического лица (за исключением случаев, когда юридическое лицо создается или реорганизуется единственным учредителем) присутствует обязательный элемент *consensus*'а, то есть соглашения (например, решение собрания). Однако такое соглашение, собственно, не является договором в смысле ст. 420 ГК РФ, даже не смотря на то, что оно направлено на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, так как содержание указанных прав и обязанностей не имеет обязательственного характера, а они обладают всеми признаками корпоративных прав. То есть такое соглашение направлено на установление корпоративных, а не обязательственных прав.

Далеко не всякая корпоративная сделка имеет антиконкурентный характер. С точки зрения экономической теории отраслевых рынков создание нового хозяйствующего субъекта, увеличивая число конкурентов на релевантном рынке, должно приводить к снижению степени рыночной концентрации. Однако,

не смотря на это, пункты 4 и 5 ч. 1 ст. 27 ЗоЗК устанавливают ряд критериев, в соответствии с которыми сделка по образованию нового субъекта на рынке может привести к потенциальному ограничению конкуренции. Критериями потенциально антиконкурентной сделки являются количественные величины суммарной стоимости активов и суммарной выручки участников сделки, выступающих в роли учредителей новой коммерческой организации. Однако эти величины имеют значение только для инициации процедуры анализа рынка с целью установления фактических рыночных последствий ее совершения. Это означает, что в случае, когда участники сделки соответствуют определенным законом критериям рыночной капитализации, корпоративная сделка по созданию коммерческой организации может представлять потенциальную угрозу для состояния конкуренции. Представляется, что такая угроза, прежде всего, связана не с тем, что при создании нового хозяйствующего субъекта он сразу занимает значимое положение в структуре релевантного рынка, а с тем, что это новая коммерческая организация практически автоматически становится участником группы лиц с ее учредителями. Именно положение группы лиц, которая в соответствии российским конкурентным законодательством расценивается в качестве «единого хозяйствующего субъекта», создает потенциальную угрозу конкуренции, так как общность интересов членов группы лиц (состав которой до настоящего времени определяется по критериям, установленным ст. 9 ЗоЗК) создает условия для реализации ее участниками коллективной рыночной власти, что может привести к рыночным последствиям, характерным для антиконкурентного эффекта доминирующего положения (ч.1 ст. 5 ЗоЗК).

Третий вид сделок по экономической концентрации имеет комплексную договорно-корпоративную природу. Особенность этой категории сделок заключается в том, что благодаря использованию правового механизма договорного регулирования их участники приобретают возможность изменения объема и содержания прав по корпоративному управлению коммерческой или финансовой организацией, что предоставляет им возможность оказывать более

или менее существенное влияние на формирование рыночной политики хозяйствующих субъектов. Другими словами, основным признаком договорно-корпоративной экономической концентрации является не формирование единой рыночной политики, как при сговоре¹⁴, и не изменение рыночной концентрации, как в случае создания или реорганизации коммерческих или финансовых организаций¹⁵, а правовое последствие в виде перераспределения корпоративного контроля, которое может быть осуществлено через приобретение голосующих акций (долей) в хозяйственных обществах, посредством совершения сделок с имуществом коммерческих организаций, с активами финансовых организаций, а также путем установления в договорах организационного содержания прав, связанных с объемом и порядком осуществления корпоративного управления. Примерами таких договоров могут служить корпоративный договор (ст. 67.2 ГК РФ), договор доверительного управления, агентский договор, договор поручения и др. Специальными случаями договорно-корпоративной экономической концентрации могут являться действия внутри группы лиц, приводящие к перераспределению внутригруппового контроля, а также различные договорные или корпоративные конструкции, служащие основой для осуществления координации экономической деятельности третьим лицом (п.14 ст. 4 ЗоЗК).

Четвертый вариант экономической концентрации формируется не на основании совершения сделок, то есть действий граждан и юридических лиц, направленных на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ), а в результате совершения так называемых фактических действий, не имеющих правовой природы, а представляющих собой форму рыночного (экономического) поведения, осуществляемого хозяйствующими субъектами в процессе проведения ими рыночной политики. Такие

¹⁴ Договорная экономическая концентрация.

¹⁵ Корпоративная экономическая концентрация.

действия также могут иметь как коллективный, так и индивидуальный характер. Классическим примером коллективных фактических действий являются согласованные действия хозяйствующих субъектов, подпадающие под признаки, регламентированные ч.1 ст. 8 ЗоЗК.

Здесь необходимо оговориться, что в антимонопольной практике присутствуют и иные виды фактических действий одностороннего (индивидуального) характера. Самыми значимыми из них для состояния конкуренции являются фактические односторонние действия по злоупотреблению доминирующим положением и односторонние действия по недобросовестной конкуренции. Однако эти виды действий не могут быть отнесены к экономической концентрации по следующей причине.

С точки зрения субъектной доктрины рынка (см. параграф 3 гл. 1) экономическая концентрация представляет собой разновидность правового или фактического действия, результатом которого является динамика состояния рыночной власти на релевантном рынке. В этом смысле необходимо точно отграничивать три категории: 1) действие по экономической концентрации как правовое (сделка, правонарушение) или фактическое (неправовое) действие, целью которого является динамика рыночной концентрации (рыночной структуры) или рыночной власти; 2) собственно динамику рыночной концентрации (рыночной структуры) или рыночной власти, которая может осуществляться посредством: а) изменения структуры договорных связей между хозяйствующими субъектами; б) путем изменения структуры рынка (перераспределения рыночных долей); в) путем перераспределения корпоративного контроля как внутри одного или нескольких независимых субъектов рынка, так и внутри существующей группы лиц; 3) и действия, направленные на реализацию рыночной власти, находящейся в распоряжении индивидуального хозяйствующего субъекта или группы лиц как единого коллективного участника рыночных отношений.

Первые два критерия (действие, направленное на динамику рыночной власти) и собственно динамика рыночной власти являются сущностными критериями экономической концентрации в правовом аспекте. Действие, не имеющее целью динамику рыночной власти, не может и не должно квалифицироваться в качестве действия по экономической концентрации. Точно также как не должно квалифицироваться в качестве экономической концентрации действие хозяйствующего субъекта, направленное не на динамику рыночной власти, а на реализацию этой власти. В этом отношении к сделкам по экономической концентрации не могут быть отнесены индивидуальные и коллективные действия по злоупотреблению индивидуальным или коллективным доминирующим положением, а также индивидуальные и коллективные действия по недобросовестной конкуренции, так как перечисленные действия не имеют направленности на динамику рыночной власти, а являются способами ее реализации.

2. Исходя из вышесказанного, можно выделить несколько форм экономической концентрации:

1. Правовые формы:

1.1. Договорная:

- а) горизонтальные и вертикальные соглашения, оказывающие влияние на состояние конкуренции;
- б) приобретение имущества коммерческих организаций;
- в) приобретение активов финансовых организаций.

1.2. Корпоративная:

- а) создание коммерческих организаций;
- б) реорганизация коммерческих и (или) финансовых организаций.

1.3. Договорно-корпоративная:

- а) приобретение акций (долей) в коммерческих и (или) финансовых организациях;

б) приобретение фактического корпоративного контроля на основании договоров;

в) заключение корпоративных договоров, оказывающих влияние на состояние конкуренции;

г) действия внутри группы лиц, оказывающие влияние на состояние конкуренции;

д) координация экономической деятельности.

2. Неправовые формы:

2.1. Согласованные действия.

Специфика экономической концентрации зависит от способа ее осуществления (коллективная или индивидуальная), а также от правомерности или неправомерности совершаемого действия (сделка или правонарушение).

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

1. Чем ниже уровень рыночной концентрации, ниже барьеры входа на рынок, выше эластичность спроса по цене на товар, больше число конкурентов, тем выше должен быть порог доминирования индивидуального хозяйствующего субъекта. И наоборот, чем меньше число конкурентов и ниже эластичность спроса, но больше уровни барьеров входа на рынок и выше уровень рыночной концентрации, тем ниже должен быть порог доминирования индивидуального субъекта.

2. «Доминирующее положение» как правовая категория представляет собой «сплав» экономических характеристик рыночной концентрации (структуры) и рыночной власти (эффективности) с правовым режимом, позволяющим в специальном процессуальном порядке (с привлечением антимонопольного органа) установить потенциальную возможность извлечения хозяйствующим субъектом рыночных (экономических) преимуществ из своего реального рыночного положения с учетом: 1) специфики поведения конкурентов; 2) особенностей поведения контрагентов (потребителей); 3) специфики объекта товарооборота (взаимозаменяемости товара); 4) временных составляющих элементов рыночной структуры (темпоральная динамика размера доли хозяйствующего субъекта).

3. Понятие «экономическая концентрация» должно расцениваться как родовое понятие по отношению к понятию «монополистическая деятельность», которое предстает в качестве видового понятия.

4. Доминирующее положение – это такое состояние рыночной концентрации (структуры рынка), при котором для одного или нескольких хозяйствующих субъектов, а также для группы лиц, создаются такие условия реализации рыночной власти, которые позволяют субъекту (или субъектам) доминирования определять свою рыночную политику без учета поведения своих конкурентов и

контрагентов и контролировать уровень рыночной концентрации на релевантном рынке. доминирующее положение представляет собой разновидность именно рыночной, но не экономической концентрации. Являясь дифференциальным показателем структуры рынка, доминирующее положение не может отождествляться со сделками и действиями, которые в соответствии с п. 21 ст. 4 ЗоЗК составляют внутреннее содержание экономической концентрации. Одним из видов монополистической деятельности (но не экономической концентрации) могут служить действия по злоупотреблению доминирующим положением, но не собственно само доминирующее положение как комплексный объективно-экономический показатель состояния рынка и относительного положения на нем субъекта доминирования.

4. Любые иные действия хозяйствующих субъектов, оказывающие влияние на состояние конкуренции, но не имеющие негативного эффекта на нее, должны рассматриваться в качестве проконкурентных действий. Для государственного контроля над такими действиями важно установить критерии, за пределами которых проконкурентные действия могут приводить к правовым и экономическим последствиям неблагоприятным для состояния конкуренции. Именно в этом аспекте и становится необходимым осуществление государственного контроля над сделками по экономической концентрации, которые презюмируются законодателем как проконкурентные действия, и формирование системы пороговых контрольных критериев, позволяющих выявить потенциальное изменение уровня рыночной власти, которое может негативно отразиться на состоянии конкуренции на релевантном рынке.

5. Эффект рыночной концентрации при договорной экономической концентрации возникает не в результате изменения структуры рынка, а в результате динамики функционирования этой структуры. В этом смысле можно сказать, что договорная экономическая концентрация является динамическим вариантом рыночной концентрации, основу которой составляет правовая деятельность, направленная на реализацию конкретной рыночной политики, а не ста-

тические элементы, связанные с использованием субъектами своего рыночного (доминирующего) положения.

6. В отношении корпоративных сделок по экономической концентрации (ст. 27 ЗоЗК) потенциальная опасность ограничения конкуренции связана не с тем, что при создании нового хозяйствующего субъекта он сразу занимает значимое положение в структуре релевантного рынка, а, прежде всего, с тем, что это новая коммерческая организация практически автоматически становится участником группы лиц с ее учредителями. Именно положение группы лиц, которая в соответствии российским антимонопольным законодательством рассценивается в качестве «единого хозяйствующего субъекта», создает потенциальную угрозу конкуренции, так как общность интересов членов группы лиц (состав которой до настоящего времени определяется по критериям, установленным ст. 9 ЗоЗК) создает условия для реализации ее участниками коллективной рыночной власти, что может привести к рыночным последствиям, характерным для антиконкурентного эффекта доминирующего положения (ч. 1 ст. 5 ЗоЗК).

7. С точки зрения субъектной доктрины рынка экономическая концентрация представляет собой разновидность правового или фактического действия, результатом которого является динамика состояния рыночной власти на релевантном рынке. В этом смысле необходимо точно отграничивать три категории: 1) действие по экономической концентрации как правовое (сделка, правонарушение) или фактическое (неправовое) действие, целью которого является динамика рыночной концентрации (рыночной структуры) или рыночной власти; 2) собственно динамику рыночной концентрации (рыночной структуры) или рыночной власти, которая может осуществляться посредством: а) изменения структуры договорных связей между хозяйствующими субъектами; б) путем изменения структуры рынка (перераспределения рыночных долей); в) путем перераспределения корпоративного контроля как внутри одного или нескольких независимых субъектов рынка, так и внутри существующей группы лиц; 3)

и действия, направленные на реализацию рыночной власти, находящейся в распоряжении индивидуального хозяйствующего субъекта или группы лиц как единого коллективного участника рыночных отношений.

8. Действие, не имеющее целью динамику рыночной власти, не может и не должно квалифицироваться в качестве действия по экономической концентрации. В этом отношении к сделкам по экономической концентрации не могут быть отнесены индивидуальные и коллективные действия по злоупотреблению индивидуальным или коллективным доминирующим положением, а также индивидуальные и коллективные действия по недобросовестной конкуренции, так как перечисленные действия не имеют направленности на динамику рыночной власти, а являются способами ее реализации.

9. В настоящее время уведомительный порядок государственного контроля сохранен только в отношении сделок, совершаемых внутри группы лиц (ч.1 ст. 33 ЗоЗК), и сделок, совершаемых финансовыми организациями с изъятиями, регламентированными ч. 9 ст. 35 ЗоЗК. Заявление о проверке соответствия проекта соглашения в письменной форме требованиям антимонопольного законодательства, предусмотренное ч. 1 ст. 35 ЗоЗК, нельзя признать основанием уведомительного порядка совершения соглашений, так как законодателем подача такого заявления сформулирована как право, а не как обязанность сторон этого соглашения.

10. Все сделки по экономической концентрации, направленные на динамику рыночной власти, договорного и корпоративного содержания в обязательном порядке должны подлежать предварительному контролю за экономической концентрацией. Необходимо установить единые количественные критерии капитализации хозяйствующих субъектов не только в отношении корпоративных (ст. 27 и 28 ЗоЗК), но и в отношении договорных видов экономической концентрации (ст. 35 ЗоЗК). Кроме того, в отношении соглашений, заключаемых хозяйствующими субъектами, предварительный контроль необходим в случаях, когда условия этих соглашений предполагают возможность или по-

тенциально могут привести к изменениям состояния рыночной власти, на основании признаков возникновения доминирующего положения, а также последствий, характерных для установления в них условий *per se*, а также в случаях условно-запрещенных соглашений. Корпоративные сделки по экономической концентрации подлежат государственному контролю за экономической концентрацией только в случаях, когда они подпадают под количественные критерии, регламентированные ст. 27-29 ЗоЗК.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Пузыревский С.А. Антимонопольный контроль экономической концентрации // СПС Консультант Плюс. 2013.
2. Постановление Правительства РФ от 18.10.2014 № 1072 "Об установлении величин активов финансовых организаций, поднадзорных Центральному банку Российской Федерации, в целях осуществления антимонопольного контроля" // СЗ РФ 27.10.2014, N 43, ст. 5907
3. Постановление Правительства РФ от 30.05.2007 N 334 "Об установлении величин активов лизинговых организаций в целях осуществления антимонопольного контроля" // СЗ РФ 04.06.2007, N 23, ст. 2799
4. Федеральный закон от 28.12.2013 N 423-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" // СЗ РФ 01.12.2013, N 52 (часть I), ст. 6988.
5. Постановление Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» от 30.06.2008 №30// «Вестник ВАС РФ» №8, август, 2008.
6. Беликова К.М. Ограничение свободы договора в сфере антимонопольного регулирования //Российский юридический журнал. 2008. №6 (63)
7. Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография/ К.М. Беликова, А.В. Габов, Д.А. Гаврилов и др.; отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2015
8. Федеральный закон от 05.10.2015 №275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»// СЗ РФ, 12.10.2015 №41 (ч.1), ст. 5629
9. Письмо ФАС от 24.12.2015 №ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета», опубликовано Консультант Плюс в

разделе «Новое в российском законодательстве» с 4 по 8 апреля 2016, подраздел «Основы государственного управления»

10. Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. «Статут», 2014.

11. Егорова М.А. Проблемы соотношения координации экономической деятельности и «вертикальных» соглашений. // «Юрист», 2014, №12.

12. Принят четвертый антимонопольный пакет (Юридическая фирма «Гольцблат БЛП», Антимонопольная практика)(подготовлена для системы КонсультантПлюс, 2015).

13. Разъяснение ФАС по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности. Опубликовано на официальном сайте ФАС РФ <http://www.fas.gov.ru> 08.08.2013.

14. Постановление Правительства РФ от 16.07.2009 №583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами»//СЗ РФ. 2009.№30. Ст.3822.

15. Постановление Правительства РФ от 05.07.2010 №504 «О случаях допустимости соглашений между страховщиками, работающими на одном и том же товарном рынке, об осуществлении совместной страховой и перестраховочной деятельности»// СЗ РФ. 2010.№28. Ст.3710

16. Постановление Правительства РФ от 30.04.209 №386 «О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями»// СЗ РФ. 2009.№19. Ст.2343.

17. Определение ВАС РФ от 24 февраля 2009 г. N 15956/08 по делу N A65-3185/2008-CA1-23 // СПС Консультант Плюс.

18. Определение ВАС РФ от 13.12.2010 N ВАС-16022/10 по делу N A69-01/2010-8 // СПС Консультант Плюс

19. Постановление Пленума ВАС РФ от 14.10.2010 N 52 "О внесении изменений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 N 30 "О некоторых вопросах, возникающих в связи с

применением арбитражными судами антимонопольного законодательства" (п. 2) // Вестник ВАС РФ, N 11, ноябрь, 2010

20. Определение ВАС РФ от 21.11.2011 N ВАС-15357/11 по делу N А76-14463/2010-62-364 // СПС Консультант Плюс

21. Case COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl of 21 November 2001 and Case COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum of 21 November 2001.

22. Case COMP/M.3372 — Carlsberg/Holsten of 16 March 2004

23. Case M.2389 — Shell/DEA of 20 December 2001.

24. Case M.2854 — RAG/Degussa of 18 November 2002

25. Отказ ФАС России в удовлетворении ходатайства компании Martia Investments Limited от 10.09.2007 // <http://solutions.fas.gov.ru/documents/1007-61fca3df-8fa6-4e5f-bf98-7e5604faaadc/download>

26. Поваров Ю.С. Акционерное право России. М., 2009.

27. Корпоративное право: учебник / Е.Г. Афанасьева, В.Ю. Бакшинская, Е.П. Губин и др.; отв. ред. И.С. Шиткина. 2-е изд., перераб. и доп. М: КНОРУС, 2015.

28. Маковская А.А. Взаимосвязанные сделки // ЭЖ-Юрист. 2004. N 36

29. Постановление Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 N 28 "О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью" // Вестник ВАС РФ, N 6, июнь, 2014.

30. Постановление ФАС Московского округа от 27.02.2007 N КГ-А40/13601-06 по делу N А40-1923/06-133-19 // СПС Консультант Плюс.

31. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20.12.2007 N Ф04-8036/2007(40266-А46-13), Ф04-8036/2007(40267-А46-13) по делу N А46-2-68/04 // СПС Консультант Плюс.

32. Постановление ФАС Московского округа от 22.08.2007, 29.08.2007 N КГ-А40/8670-07 по делу N А40-61536/06-52-446 // СПС Консультант Плюс.

33. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27.08.2008 по делу N А28-10722/2007-412/9 // СПС Консультант Плюс.

34. Постановление Президиума ВАС РФ от 22.09.2009 N 6172/09 по делу N A54-836/2008-C15 // Вестник ВАС РФ, 2009, N 12.
35. Оводов А.А. Интервью с заведующим кафедрой коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета доктором юридических наук, профессором В.Ф. Попондопуло // Юрист. 2011. N 17.
36. Определение ВАС РФ от 09.12.2009 N 16055/09 по делу N A65-25309/2008-CA3-36 // СПС Консультант Плюс
37. Пузыревский С.А., Чеснокова Т.Н., Ходыкина Т.А. Ответы на актуальные вопросы применения антимонопольного законодательства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. N 1.
38. Директива 2002/87/ЕС и отменяющая Директивы 2006/48/ЕС и 2006/49/ЕС" // ОJ L 176/338 27.6.2013 (<http://www.lb.lt/n21706/32013l0036-en.pdf>)
39. Приказ ФАС России от 28.04.2010 N 220 "Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке" // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти, N 34, 23.08.2010.
40. Ожегов С.И. Словарь русского языка. Издание 10-е, стереотипное. М: «Советская энциклопедия». 1973.
41. Толковый словарь русского языка: В 4 т./ Под ред. Д. Н. Ушакова. М. Гос. ин-т "Сов. энциклопедия"; ОГИЗ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935-1940. Т.3
42. Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. / Российская акад. наук, Ин-т государства и права. М. Волтерс Клувер, 2009.
43. Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984
44. Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. О системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 6

45. Горшенев В.М. Способы (методы) и организационные формы правового регулирования в современный период коммунистического строительства
46. Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М. 2007
47. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. М., 1997
48. Кант И. Критика чистого разума. М., 1994
49. Вышинский А.Я., Лозовский С.А. Дипломатический словарь. М. Государственное издательство политической литературы. 1948.
50. Конкурентное право России: учебник / отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. – М. Изд. дом Высшей школы экономики, 2012.