

ЗАКОН

Российский антитраст
в эпоху санкционных
войн

Латентная
диффамация

К проблеме
юридических фактов
конкурентного права

Ярослав КУЛИК:
«Российский антитраст ищет себя»

ТЕМА НОМЕРА: Антимонопольное право



первая социальная сеть для юристов



Реклама

zakon ru одобрен с первого ЧТЕНИЯ

Читайте

Вступайте

Высказывайтесь

 [@zakon_news](https://t.me/zakon_news)

 vk.com/zakon_news

Более **78 700**
пользователей

 **16 500** юристов
 **3500** студентов
 **2300** компаний



Алексей Елаев

старший
преподаватель
РАНХиГС
при Президенте РФ

«Если кассир получает 50 тысяч
и юрист получает 50 тысяч,
то какой смысл стараться быть
хорошим юристом, если за те же деньги
можно быть плохим кассиром?»



Антимонопольное регулирование и практика встречаются в последние годы с весьма серьезными вызовами. С крупномасштабным ограничением рыночных принципов мы столкнулись еще в период пандемии, когда, например, был введен потолок цен на социально значимые товары. Сейчас же ситуация только усугубилась. Но в то же время стремительно развиваются цифровые торговые площадки, продажа товаров и услуг переходит на цифровые платформы, которые сами определяют условия доступа продавцов и правила работы на них. Правила антимонопольного контроля за цифровой торговлей обсуждались с 2017 года. И вот в 2023 году были приняты изменения в Закон о защите конкуренции — так называемый пятый антимонопольный пакет, но за время его согласования рынок цифровой торговли сильно ушел вперед.

Российский антитраст активно ищет собственный путь. Мы изучаем зарубежный опыт в сфере регулирования цифровых рынков; вступили в силу первые нормы о применении антитраста к транзакционным платформам и т.д. Но предстоит еще огромная работа: создание новых методов экономического анализа таких рынков, поиск решений в отношении регулирования нетранзакционных платформ и по другим важным вопросам.

При этом вследствие масштабных санкций изменилась сама российская экономика, что потребовало пересмотра подходов к применению антимонопольного законодательства. Федеральная антимонопольная служба вынуждена была реагировать на новые обстоятельства, усилив антимонопольный контроль. Изменились подходы к ценообразованию на внутреннем рынке, активно применяются инструменты «мягкой силы», появился новый набор принципов ответственного ценообразования, меняются стандарты доказывания в делах. ФАС России участвует в масштабной работе по построению системы национальных ценовых индикаторов, призванных обеспечить и государство, и участников рынка понятными ориентирами в регулировании. Однако остаются актуальными и традиционные задачи антимонопольной политики, такие как борьба с картелями, контроль за эффективностью публичных закупок. Во всем многообразии стоящих перед антимонопольной службой задач проявляется свой особенный и не похожий на другие путь развития российского антитраста.

Эффективное управление антимонопольными рисками предполагает доказательную модель поведения участников рынка, а результаты деятельности по защите конкуренции, буквально проверяемой на прочность непростыми обстоятельствами времени, могут быть много лучше, если делиться знаниями, опытом и идеями, поддерживая открытый профессиональный диалог между практикующими специалистами, экспертами, учеными, бизнесом, регулятором и судами. В содействии этой цели я и вижу ценность настоящего номера журнала «Закон» для российского антитраста.

Я.В. Кулик,

адвокат, управляющий партнер
Kulik & Partners Law.Economics



ЯРОСЛАВ КУЛИК
АДВОКАТ, УПРАВЛЯЮЩИЙ ПАРТНЕР
KULIK & PARTNERS LAW.ECONOMICS

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

РОССИЙСКИЙ АНТИТРАСТ
ИЩЕТ СЕБЯ

”

Важным сигналом от ФАС является изменение стандартов доказывания в антимонопольных делах

“

**Оформить подписку на электронные
и печатные версии журнала «Закон»**

1. Online

<https://zakon.ru/>

<https://igzakon.ru/>

<https://podpiska.pochta.ru/>

2. E-mail

post@igzakon.ru

3. Телефон

+7 (495) 927-01-62

4. «Почта России»

П7299 в каталоге «Почты России»

39001 по каталогу агентства
«Урал-Пресс»

читайте
в номере

ЗАКОН

ТЕМА НОМЕРА: Антимонопольное право

Среди авторов номера:



М.В. Музыка

Метод сопоставимых рынков: анализ текущих подходов
правоприменительной практики

*В статье описываются наиболее важные закономерности в применении
антимонопольными органами метода сопоставимых рынков.*



А.Д. Шелкунов

К вопросу о совершенствовании налогового мониторинга

Автор анализирует проблемы, возникающие на практике в ходе налогового мониторинга.



С.Г. Пепеляев

Прогрессивная мистификация

*Статья посвящена правовым условиям введения прогрессивной шкалы ставок
налога на доходы физических лиц в связи с проводимой налоговой реформой
в России.*

Консультант номера:

Я.В. Кулик

адвокат, управляющий партнер
Kulik & Partners Law.Economics



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Журнал «ЗАКОН» награжден Высшей юридической премией «ФЕМИДА» за 2007 год.

Журнал «ЗАКОН» включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата юридических наук

содержание / contents

	От редакции	1
	Introduction	
	ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА	
	INTERVIEW	
	Я.В. Кулик. РОССИЙСКИЙ АНТИТРАСТ ИЩЕТ СЕБЯ	8
	Ya.V. Kulik. RUSSIAN ANTITRUST IS IN SEARCH OF ITSELF	
	ТЕМА НОМЕРА: АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ПРАВО	
	TOPIC OF THE ISSUE: ANTITRUST LAW	
	Н.Н. Вознесенский. РОССИЙСКИЙ АНТИТРАСТ В ЭПОХУ САНКЦИОННЫХ ВОЙН: ПОСЛЕДСТВИЯ ДЛЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	22
	N.N. Voznesenskiy. RUSSIAN ANTITRUST IN THE ERA OF SANCTIONS WARS: IMPLICATIONS FOR ANTITRUST REGULATION	
	С.Б. Сегал (Решетникова), А.О. Маслов. ПЯТЫЙ АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ ПАКЕТ: НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ НОВЕЛЛ	33
	S.B. Segal (Reshetnikova), A.O. Maslov. THE FIFTH ANTIMONOPOLY PACKAGE: SCIENTIFIC AND PRACTICAL COMMENTARY OF NOVELTIES	
	В.А. Белов. «ДЕЙСТВИЯ» ИЛИ «ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ»? К ПРОБЛЕМЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ФАКТОВ КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА	43
	V.A. Belov. 'ACTIONS' OR 'ACTIVITIES'? TO THE PROBLEM OF LEGAL FACTS OF COMPETITION LAW	
	М.В. Музыка. МЕТОД СОПОСТАВИМЫХ РЫНКОВ: ТЕКУЩИЕ ПОДХОДЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ	59
	M.V. Muzyka. COMPARABLE MARKETS METHOD: CURRENT APPROACHES OF LAW ENFORCEMENT PRACTICE	

Е.С. Хохлов. ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРЕВАЛИРУЮЩЕЙ
ПЕРЕГОВОРНОЙ СИЛОЙ 74

E.S. Khokhlov. ABUSE OF PREVAILING BARGAINING POWER

А.А. Тараданкина, М.А. Лисиченкова. МЕТОДЫ ДОКАЗЫВАНИЯ
МОНОПОЛЬНО ВЫСОКИХ ЦЕН В ПРАКТИКЕ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ОРГАНОВ 80

A.A. Taradankina, M.A. Lisichenkova. METHODS OF PROVING
MONOPOLISTICALLY HIGH PRICES IN THE PRACTICE OF ANTIMONOPOLY
AUTHORITIES

А.Е. Шаститко, К.В. Дозмаров. РИСК-ОРИЕНТИРОВАННЫЙ ПОДХОД
В КОНТРОЛЬНО-НАДЗОРНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И ПРИНЦИП
ДОКАЗАТЕЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ 86

A.E. Shastitko, K.V. Dozmarov. RISK-BASED APPROACH IN CONTROL
AND SUPERVISORY ACTIVITIES AND THE PRINCIPLE OF EVIDENCE-BASED
POLICY

Л.С. Плеханова. УНИФИКАЦИЯ ЗАКУПОК В БОРЬБЕ ЗА ЭФФЕКТИВНОСТЬ —
ПРОЩЕ, БЫСТРЕЕ И ПРОЗРАЧНЕЕ (ЛИ)? 97

L.S. Plekhanova. UNIFICATION OF PROCUREMENT IN THE FIGHT FOR
EFFICIENCY — EASIER, FASTER, AND MORE TRANSPARENT (OR NOT)?

Т.А. Мерешавили. РОЛЬ СОВЕТА ДИРЕКТОРОВ ПУБЛИЧНОГО
АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА В УПРАВЛЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНЫМИ
РИСКАМИ 105

T.A. Mereshavili. THE ROLE OF THE BOARD OF DIRECTORS OF A PUBLIC
JOINT STOCK COMPANY IN ANTITRUST RISK MANAGEMENT



ДИСКУССИОННЫЙ КЛУБ

DISCUSSION BOARD

С.Г. Пепеляев. ПРОГРЕССИВНАЯ МИСТИФИКАЦИЯ 116

S.G. Pepeliaev. PROGRESSIVE HOAX

содержание / contents



ЮРИДИЧЕСКАЯ ХРОНИКА

LEGAL CHRONICLE

I. О.П. Плешанова. Налогам в банкротстве указали место	126
II. В.Л. Толстых. Заключение Международного трибунала по морскому праву от 21 мая 2024 года: системный комментарий климатического дискурса	130
III. А.Г. Серобян. Разграничение видов ответственности лиц, контролирующих должника: новые подходы в практике Верховного Суда	134
IV. О.И. Величкова. Новый обзор судебной практики ВС РФ: в фокусе права — интересы детей	138
V. С.Г. Коновалов. Верховный Суд РФ против частного обвинения: попытка фрагментации реформы?	142
VI. А.И. Шайдуллин. Новеллы Закона о банкротстве	145
VII. В.О. Калятин. Развитие подходов судебной практики к делам о защите авторских и смежных прав в сети Интернет	153
I. O.P. Pleshanova. Taxes in Bankruptcy Were Shown Their Place	
II. V.L. Tolstykh. ITLOS Advisory Opinion of 21 May 2024: Systemic Commentary of Climate Discourse	
III. A.G. Serobyann. Distinguishing between Types of Liability of Persons Controlling a Debtor: New Approaches of the Russian Supreme Court	
IV. O.I. Velichkova. New Judicial Practice Review of the Russian Supreme Court: Focus on the Children's Interests	
V. S.G. Konovalov. Russian Supreme Court vs Private Prosecution: An Attempt to Fragment Reform?	
VI. A.I. Shaidullin. Novelties of the Bankruptcy Law	
VII. V.O. Kalyatin. Development of Judicial Practice Approaches to Protection of Copyright and Related Rights on the Internet	

ЗАКОН

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

FOREIGN EXPERIENCE

Д.В.Тариканов. ПРАВО НА ОБЯЗАТЕЛЬНУЮ ДОЛЮ В НАСЛЕДСТВЕ
КАК ЧАСТЬ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА
(В СВЯЗИ С РЕШЕНИЯМИ ЕСПЧ ОТ 15 ФЕВРАЛЯ 2024 ГОДА) 157

D.V. Tarikanov. THE RIGHT TO A COMPULSORY SHARE IN INHERITANCE
AS PART OF PUBLIC INTERNATIONAL ORDER (IN CONNECTION WITH
THE JUDGEMENTS OF THE ECHR OF 15 FEBRUARY 2024)



ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

THEORY AND PRACTICE

Н.Н. Парыгина. ЛАТЕНТНАЯ ДИФФАМАЦИЯ: ПРАВОНАРУШЕНИЕ
С «ТВОРЧЕСКИМ» ПОДХОДОМ 171

N.N. Parygina. LATENT DEFAMATION: A “CREATIVE” APPROACH TO MISDEED

А.Д. Шелкунов. К ВОПРОСУ О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ НАЛОГОВОГО
МОНИТОРИНГА 181

A.D. Shelkunov. IMPROVING TAX MONITORING

Е.А. Боголюбов, М.В. Дидикова. ЭКЗАМЕНАЦИОННЫЕ КОМИССИИ
КАК ПРОСТРАНСТВО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ПРОФЕССИЙ
В РОССИИ 186

E.A. Bogolyubov, M.V. Didikova. EXAMINATION COMMISSIONS AS THE SPACE
FOR INTERACTION BETWEEN LEGAL PROFESSIONS IN RUSSIA

Д.Ю. Степанюк, А.С. Кошель, А.О. Гаджиева. ОСОБЕННОСТИ РЕФЕРЕНДУМНОГО
ПРОЦЕССА ПРИНЯТИЯ РЕШЕНИЙ О САМООПРЕДЕЛЕНИИ НА ПРИМЕРЕ
ДОНЕЦКОЙ И ЛУГАНСКОЙ НАРОДНЫХ РЕСПУБЛИК, ХЕРСОНСКОЙ
И ЗАПОРОЖСКОЙ ОБЛАСТЕЙ 196

D.Yu. Stepanyuk, A.S. Koshel, A.O. Gadzhieva. CHARACTERISTICS OF THE
REFERENDUM PROCESS FOR DECISION-MAKING ON SELF-DETERMINATION:
THE CASE OF THE DONETSKAYA AND LUGANSKAYA PEOPLE’S REPUBLICS,
KHERSONSKAYA AND ZAPOROZHSKAYA OBLASTS



На вопросы редакции отвечает
адвокат, управляющий партнер
Kulik & Partners Law.Economics
Ярослав Владимирович КУЛИК

РОССИЙСКИЙ АНТИТРАСТ ИЩЕТ СЕБЯ

Практикующий юрист, адвокат, специализируется на вопросах антимонопольного права. Участвовал в работе над четвертым и пятым антимонопольными пакетами и другими нормативными актами.

По представлению ФАС России за заслуги в формировании эффективной практики применения антимонопольного законодательства и активное участие в нормотворческой деятельности по вопросам конкуренции награжден медалью ордена «За заслуги перед Отечеством» II степени. Неоднократно награждался благодарностями ФАС России.

Член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, член Евразийского альянса антимонопольных экспертов, Ассоциации юристов России.

— **Какие тенденции в развитии антимонопольного права наблюдаются в связи с изменениями экономики и политических условий?**

— Я бы разделил ответ на этот вопрос на две части: изменение законодательства и изменение практики его применения.

Пожалуй, самое важное за последнее время изменение законодательства — это принятие пятого антимонопольного пакета. Введен новый институт антимонопольного права — запрет на осуществление монополистической деятельности субъектом, который владеет цифровой платформой. Он существует параллельно с классическим институтом злоупотребления доминирующим положением. Практики применения соответствующей ст. 10.1 Закона о защите конкуренции¹ еще

¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

не было. Буквально недавно на Антимонопольном форуме, организованном Ассоциацией антимонопольных экспертов и ФАС России, обсуждались первые случаи предъявления антимонопольным органом претензий к маркетплейсам в соответствии с новыми нормами, проведен первый анализ рынка по новым правилам. И уже проявились какие-то аспекты, которые не были видны при обсуждении законопроекта. Эти новеллы, конечно, связаны с динамичным развитием рынков цифровых платформ.

В том же пятом антимонопольном пакете появилась отдельная статья о порядке назначения экспертизы; продолжает развиваться сфера контроля за экономической концентрацией — введены институты заключения об обстоятельствах ходатайства по сделкам экономической концентрации, порядок очного рассмотрения ходатайства и представления письменных обязательств об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Если обратиться к практике, то значимые изменения произошли сначала в ковидный период, когда инструменты антимонопольного контроля начали активно использоваться для сдерживания цен на важнейшие продовольственные товары, при этом был введен мораторий на проверки. В тот момент стали говорить о «ручном» применении антимонопольного законодательства. В постковидный период регулятор столкнулся с эффектами пандемии, в том числе отложенного спроса, спровоцировавшего резкий рост цен. Потом случились последствия санкций, ставшие новым внешним шоком для российской экономики. На постоянной основе используется мониторинг цен на социально значимые продовольственные товары. Впервые по предложению ФАС начали применяться инструменты своего рода «мягкой» силы — двух- и трехсторонние соглашения с региональными властями о сдерживании цен. Хозяйствующий субъект, добровольно заключая такое соглашение, принимает определенные меры сдерживания, обязуется не повышать цены в согласованный период или удерживать их в определенном коридоре для конкретной группы товаров. Конечно, прежде всего это касалось продовольственных товаров первой необходимости, перечень которых утвержден Правительством². Впоследствии такая практика

добровольных обязательств, принимаемых путем заключения соглашений, сформировала новый принцип ответственного ценообразования, который ФАС транслирует примерно с 2022 года, и его применение уже не ограничивается продовольственными товарами. Он нигде не закреплен, не описан, его содержание нигде толком не раскрывается. Если попытаться дать ему оценку, то он, скорее, близок к категориям социальной справедливости, социальной ответственности бизнеса. Предприниматели, опережая реакцию регулятора, берут на себя добровольные обязательства в каком-нибудь чувствительном для государства сегменте рынка. Выгода бизнеса от заключения таких соглашений состоит в возможности получить прогнозируемое регулирование, в том числе за счет согласованных с ФАС торговых и ценовых политик, получить, в конце концов, политические дивиденды.

Санкции привели к тому, что многих мировых ценовых ориентиров у нас теперь нет, поскольку российским компаниям ограничили доступ к данной информации и прямые мировые индикаторы цен применить сложно. Возникает вопрос: как в такой ситуации оценивать практики ценообразования? На рубеже 2021–2022 годов произошел существенный перелом в подходах антимонопольного органа, когда впервые были внесены изменения в методический документ ФАС России «Принципы экономического анализа практик ценообразования на предмет их соответствия Закону о защите конкуренции». Этот документ существует с 2014 года, и для своего времени он был очень прогрессивным инструментом и отличным примером методической работы антимонопольного органа. И хотя в самом документе содержится указание, что он предназначен для применения сотрудниками антимонопольного органа, именно в нем впервые были систематизированы ключевые подходы к оценке практик ценообразования доминирующих субъектов. Принципы были ориентированы на экспортные, импортные и сбалансированные рынки, хоть и не все. Многие

розничных цен на отдельные виды социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, перечня отдельных видов социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, в отношении которых могут устанавливаться предельно допустимые розничные цены, и перечня отдельных видов социально значимых продовольственных товаров, за приобретение определенного количества которых хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, не допускается выплата вознаграждения».

² Постановление Правительства РФ от 15.07.2010 № 530 «Об утверждении Правил установления предельно допустимых

компания руководствовались в своей практике этими положениями. И вот в них внесли изменения, согласно которым закрепляется новый принцип — приоритет внутреннего рынка³. Он предполагает, что доминирующая на рынке компания должна сначала удовлетворить спрос на внутреннем рынке и определять цены таким образом, чтобы не допускать последствий нарушения ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, т.е. классических последствий злоупотребления доминирующим положением⁴. Появление этого принципа изменило практику рассмотрения дел о ценовых нарушениях. Но оно же породило и не имеющие универсального решения проблемы. Например, компания продолжает продавать продукцию на мировом рынке, на экспорт, и там сложилась цена ниже, чем на внутреннем рынке. Как в таком случае оценивать ее практику ценообразования на российском рынке с точки зрения Закона о защите конкуренции? ФАС успела на основании этого принципа выдать ряд предписаний, в которых требовала, чтобы цены на внутреннем рынке не превышали цены на экспортных рынках. Часть таких споров завершилась заключением мировых соглашений с ФАС.

Сейчас ведется работа по созданию системы национальных ценовых индикаторов на базе биржевых и внебиржевых индексов. Это сложная и комплексная работа в сфере ценообразования, не чисто антимонопольная. В ней участвуют Банк России, ФАС, Минэкономразвития, отраслевые регуляторы, Санкт-Петербургская Международная Товарно-сырьевая Биржа и др. Особое место занимает Биржевой комитет ФАС. Национальные индикаторы призваны заместить мировые, ставшие не всегда объективными, и они будут применяться не только в антимонопольном регулировании, но также в налоговой, таможенно-тарифной, бюджетной сфере и т.д. Такой ценовой индикатор будет полезен и для государства, и для бизнеса. Но сложность заключается в том, что мы проживаем переходный период, индикаторы еще не полностью сформированы, а давать оценку практикам ценообразования компаний нужно здесь и сейчас. И в этот

переходный период нужны как ориентиры и стимулы для участников рынка, так и открытый и заинтересованный диалог всех сторон.

— Не кажется ли Вам, что по сути речь идет о формировании новой государственной политики, можно сказать о мягком социализме, когда предприниматель не может распорядиться своей собственностью так, как он хочет, например продавать товар по свободно устанавливаемым ценам, ибо находится под давлением государства?

— Вмешательство государства в экономику существует всегда. Понятно, что изначально оно определяется политическим режимом, типом экономики и выбираемыми методами регулирования. Есть экономическое регулирование в чистом виде, которое прямо воздействует на спрос и предложение, регулирует цены на рынке в той или иной степени (пример — отдельные виды социально значимых продовольственных товаров первой необходимости). Есть также тарифное, налоговое, таможенно-тарифное, антимонопольное регулирование, регулирование внешнеэкономической деятельности и многое другое. Везде есть экономический эффект регулирования, который так или иначе воздействует на цены. Цены будут либо снижаться, либо повышаться под воздействием тех или иных правил.

Антимонопольные органы — это не органы экономического регулирования. ФАС не имеет полномочий предписывать конкретные цены. А дискуссии о том, нужен ли антимонопольный орган или нет, ведутся давно, и не только в России. Первичен при этом вопрос, нужна ли сама антимонопольная политика. Ответ на этот вопрос простой. Антимонопольная политика нужна — для того, чтобы иметь возможность сохранить в экономике выигрыши от конкуренции. Что это за выигрыши? Более низкая цена, более низкие затраты у компаний, как следствие, большие стимулы к инновациям, к развитию предприятий, отраслей. Об этом экономисты много пишут. Можно ли реализовать антимонопольную политику без ФАС? Я сомневаюсь. У самого рынка стимулов недостаточно. Размывать эту функцию по разным органам власти, пожалуй, неэффективно. Судебная система, если поручить защиту конкуренции только ей, самостоятельно явно не справится. Главная цель антимонопольного закона — это защищать конкуренцию. Для этого

³ Принцип предполагает оценку поведения доминирующего субъекта на внутреннем рынке, в том числе оценку приоритетности поставок товара на внутренний рынок, учет хозяйствующим субъектом спроса на внутреннем рынке.

⁴ Недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.



есть два метода — превенция (*ex ante*) и пресечение (*ex post*). С 2020 года в приоритетной повестке ФАС стоят вопросы ценообразования и предупреждения резкого и необоснованного роста цен. С 2022 года их значение кратно выросло. В то же время официально менять метод регулирования государство не хочет и выбирает подходящие из имеющихся инструментов. Конечно, можно рассуждать о том, насколько это вмешательство корректно, соответствует ли оно фундаментальным принципам права, не вредит ли оно, но сигналы, которые власть транслирует бизнесу, важно учитывать.

Имеют ли подходы ФАС характер прямого регулирования? Иногда кажется, что это похоже на непосредственное вмешательство в бизнес, но, когда на рынках федерального масштаба возникают существенные конфликты, без риска «политики» не обойтись. То, по каким ценам предприятия продают продукцию на внутреннем рынке, конечно, будет иметь значение для государства в текущих экономических условиях (пусть это и сложная игра, при которой всегда идет поиск баланса в экономике). Однако сейчас особую значимость приобретает качество (эффективность) функционирования механизмов управления транзакциями между экономическими агентами. Сбой в цепочках «продавец — покупатель» не только влияет на цены и интересы потребителя, но и привлекает к себе внимание государства. Поэтому и российский антитраст не будет прежним. Но, на мой взгляд, пока не стоит ожидать наделения ФАС полномочиями по экономическому регулированию, изменения законов и фундаментальных принципов оценки поведения компаний на рынке.

— На что сейчас регулятор обращает внимание чаще всего?

— Сейчас важным сигналом от Службы является изменение стандартов доказывания в антимонопольных делах. Стало сложнее убедить регулятор в отсутствии нарушения. Регулятор стал более придирчив, более требователен к представлению компаниями своих аргументов и доказательств. Я убежден, что регулятор ожидает доказательной правовой и экономической позиции от участников рынка в диалоге с собой.

ФАС стала возбуждать заметно больше дел о злоупотреблении коллективным доминирующим положе-

нием. Российское антимонопольное право — одно из немногих, где данный институт применяется не только при оценке эффектов экономической концентрации. И хотя дел относительно немного — их можно пересчитать по пальцам двух рук, но и такого количества раньше не было. Этот институт впервые был применен против вертикально интегрированных нефтяных компаний (три волны дел 2008–2011 годов). Сейчас практики стало больше, и она сложная, противоречивая. Пока ФАС чаще выигрывает такие дела, но споры вокруг данного института не утихают.

ФАС стала обращать внимание и возбуждать дела по факту кратковременного повышения цен. Анализ состояния конкуренции на рынке проводится за определенный период. Так, минимальный временной период анализа в соответствии с Приказом № 220⁵ составляет один год или период существования товарного рынка. Тест гипотетического монополиста тоже оперирует периодом от одного года. Оценка показателей деятельности предприятия, в том числе затрат, компании проводят при наличии отчетности за полный период. Но последние примеры показывают, что ФАС возбуждает дела, когда признаки монопольно высокой цены наблюдаются в течение трех, двух месяцев и даже в более коротких временных промежутках. Это важная тенденция. Устоит ли этот подход в применении норм о монопольно высокой цене — решать судам. С одной стороны, ФАС реагирует на резкий рост цен. С другой стороны, даже если использовать затратный метод, то затраты понятны, когда закрыт полный период.

Впрочем, если читать между строк, у ФАС, мне кажется, тоже есть своя правда. Антимонопольное правоприменение меняется согласно изменяющимся обстоятельствам. Взять, например, простой аргумент о факторе роста спроса. Сейчас этого аргумента недостаточно. Необходимо доказать количественные показатели, дать оценку их влияния и т.д. Если развивать мысль дальше, то можно предположить, что регулятор хочет видеть доказательную позицию в отношении разумных усилий компании по прогнозированию и сглаживанию последствий роста или падения спроса, а не резкий рост цен.

⁵ Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».

Разумеется, есть исключения — в частности, ковид, санкции напомнили и участникам рынка, и регулятору о не поддающихся прогнозированию внешних шоках. Но в целом эти размышления вписываются в идею эффективного управления рисками ценовых антимонопольных нарушений, предполагающего сглаживание ценовых колебаний через различные инструменты, в том числе заложенные в торговых и ценовых политиках.

— Вы сказали, что суды не смогут справиться с защитой конкуренции самостоятельно. А справятся ли с этим специализированные суды?

— Вопрос о специализированных судах для разрешения антимонопольных дел так или иначе поднимался. Но мне кажется, что изменения на уровне судебной системы маловероятны и нерациональны. Если посмотреть статистику, то количество чисто антимонопольных дел по сравнению с иными категориями в судах невелико. Мне видится, что необходимо развивать профессиональную специализацию судей в рамках судебных составов и включать в программу повышения квалификации судей таких «антимонопольных» составов вопросы экономики антимонопольного законодательства и экономического анализа, используемого в антитрасте. Этому стоит уделять внимание. Нагрузка на суды, особенно в Московском судебном округе, огромная. Чтобы вникнуть в детали антимонопольного спора, суду в среднем необходимо больше времени по сравнению с иными категориями публичных споров, а в некоторых категориях дел, например о ценовых нарушениях, часто требуются специальные знания. При этом судебная экспертиза назначается крайне редко. Она, конечно, могла бы разгрузить суд.

— Почему экспертиза назначается редко?

— На мой взгляд, это прежде всего проблема доверия к экспертам, которые находятся как бы за контуром судебно-правовой системы. Антимонопольные споры как споры с государством часто имеют особую политическую или социальную значимость, и суды не хотят брать на себя такую ответственность — решить, что ответ на существенный вопрос в таком деле даст третье лицо. Это, конечно, нехорошо. В этом чувствуется слабость суда как конституционной ветви власти.

— Суд не доверяет компетентности экспертов или боится, что их подкупит сторона?

— Я думаю, есть опасения, что эксперт может быть необъективен. В то же время по сравнению с антимонопольным органом, который прямо уполномочен нормативными актами на сбор информации у хозяйствующих субъектов, государственных органов и на проведение анализа конкуренции, эксперт проигрывает, поскольку никакой эксперт не обладает таким объемом данных и властью их собрать.

— Значит, он просто не обладает нужной информацией для выдачи компетентного заключения, а для ее сбора ему не хватает полномочий?

— Да, но мы не встретим такой мотивировки в отказных решениях по назначению экспертизы. Поэтому в рамках антимонопольных процессов мы не ставим вопросы экспертам, идентичные предмету анализа состояния конкуренции по Приказу № 220. К слову, несмотря на появление в законе отдельной статьи об экспертизе, возникает вопрос: а вправе ли ФАС назначить экспертизу в своих делах по вопросам, входящим в объем анализа согласно Приказу № 220? По логике вещей нет, потому что в соответствии с ним ФАС сама уполномочена анализировать эти данные. Но если вопрос выходит за пределы нормативно установленных задач для ФАС, то привлечь эксперта можно. Вопросов за пределами содержания Приказа № 220 множество, и они могут иметь важное значение для правильного рассмотрения дела.

— Какие недостатки в организации системы государственного контроля за соблюдением антимонопольного законодательства Вы замечаете?

— Одна из фундаментальных нерешенных проблем в делах о злоупотреблении коллективным доминирующим положением — это совокупность вопросов связанности дел. Третьим антимонопольным пакетом были внесены поправки относительно доступа к информации, составляющей охраняемую законом тайну. ФАС стала разделять дела по коллективному доминированию, чтобы защитить доступ к коммерческой тайне. Например, три доминанта — три дела. Но когда такие дела при обжаловании решения ФАС попадают в суд, у каждой компании получается свой процесс, несмотря на то что в основе каждого из



этих дел лежит один общий для всех юридический факт — наличие коллективного доминирующего положения.

Сейчас в каждом отдельном деле суд формально может прийти к разным выводам относительно факта доминирующего положения, так как условия преюдициальности далеко не всегда выполняются, а исход первого из дел, по сути, определит установление данного факта в других делах. Невозможно спорить с фактом о состоянии конкуренции, который уже установлен в другом процессе. Такая ситуация кажется абсурдной.

Варианты решения различны. Так, если вывод суда (факт) о том, есть доминирование или нет, един для всех, то все компании должны участвовать в рассмотрении одного дела, причем с равным объемом прав и обязанностей, а иной подход может повлечь нарушение права на защиту. Но для этого они должны быть созаявителями, однако решение ФАС по «чужому» делу на тебя обязанностей не возлагает, поэтому они могут быть только третьими лицами в делах друг друга (примечательно, что никаких вопросов о доступе компаний к коммерческой тайне друг друга в силу установленных законом гарантий ее соблюдения судом при этом не возникает). Судебный акт по первому из таких дел ограничит возможность оспаривания данного факта в других делах. Но это сильно усложняет судебные процессы и мешает сторонам.

Другой интересный вариант, если не возвращаться к совместному рассмотрению таких дел в ФАС, — выделить решение по вопросу о наличии или отсутствии доминирующего положения, основанного на результатах анализа рынка, в отдельный общий ненормативный правовой акт, направляемый всем коллективным доминантам до принятия заключения об обстоятельствах дела, правильнее — даже до возбуждения самого дела или выдачи предупреждения. Его смогли бы обжаловать все ответчики в одном процессе, но здесь надо продумать много нюансов.

В общем, эта проблема пока не решена ни в антимонопольном, ни в процессуальном законодательстве, ни в практике. Возможно, в ближайшее время, может быть уже в этом году, нам посчастливится увидеть ее взвешенное решение со стороны судов высоких инстанций.

Защита чувствительной информации влияет и на прозрачность процедур антимонопольных разбирательств, в том числе доступ к материалам, содержащим коммерческую тайну третьих лиц. ФАС сейчас находится меж двух огней. С одной стороны, она обязана соблюдать режим конфиденциальности (а все компании стремятся защитить свою информацию). С другой стороны, ФАС обязана обеспечить реализацию права ответчиков на защиту. Реагировать на аргументы антимонопольного органа по результатам анализа рынка бывает сложно из-за отсутствия доступа к первичной информации. Даже аналитический отчет, который составляет антимонопольный орган, выдается в двух версиях — сокращенной, с изъятием соответствующей информации для того, кто не является ее владельцем, и, соответственно, внутренней, для служебного пользования самой Службы. Получить к ней доступ можно, только предоставив согласие владельца информации. Иногда ФАС сообщает, чья информация составляет тайну, и это помогает. В ином случае компания получает возможность впервые прочесть целиком и аналитический отчет, и ряд других материалов дела, например результаты теста гипотетического монополиста, опросов конкурентов и потребителей, материалы проверки, только когда материалы антимонопольного дела попадают в суд (при подаче компанией заявления об оспаривании решения ФАС). Но иногда и за эти материалы приходится бороться, защищая интересы клиента, инициировать для этого отдельные судебные процессы.

Еще одна особенность российского антимонопольного процесса заключается в том, что нет единой процедуры установления факта нарушения, применения меры защиты конкуренции и меры ответственности. Сейчас это две разные процедуры, применяемые по двум федеральным законам — Закону о защите конкуренции и КоАП. Соответственно, эти два акта оперируют неидентичными институтами, например в Законе о защите конкуренции формально нет института вины за нарушение антимонопольного законодательства. А в рамках административного процесса расчет административного штрафа производится с учетом обстоятельств, которые целесообразно исследовать на стадии рассмотрения антимонопольного дела. При этом на этапе привлечения к административной ответственности сам факт нарушения уже не ставится под сомнение, он является для должностного лица установленным в решении ФАС,

хотя, по КоАП, административное расследование предполагает доказывание всех элементов состава правонарушения. Но такая реформа — соединение этих двух процедур — будет, конечно, непростой, поскольку затрагивает КоАП, универсальный закон, с множественностью интересантов.

Другой любопытный вопрос — оценка результативности совмещения ФАС полномочий по контролю за применением законодательства о регулировании цен (тарифов) и антимонопольного контроля. Прошло уже достаточно много лет с тех пор, как ФАС совместила эти функции. С экспертной точки зрения мне кажется, что можно уже оценивать эффекты и результаты такого объединения, которые могут стать основой для развития или корректировки выбранного пути. Потому что изначально критика реформы полномочий ФАС основывалась на том, что совмещение функций контрольного и регулирующего органа потенциально влечет риски в виде эффектов конфликта интересов.

— В чем смысл ограничения доступа к информации на одном этапе, если возможность ознакомления с этими материалами в итоге все равно есть?

— ФАС соблюдает требования Закона о коммерческой тайне, строго ограничивая к ней доступ третьих лиц. Судопроизводство основано на Конституции РФ, гарантирующей каждому судебную защиту его прав. Правовой режим коммерческой тайны не может служить основанием для ограничения права на защиту. В соответствии с правовой позицией Пленума ВАС РФ ознакомление лиц, участвующих в деле, иных участников арбитражного процесса с материалами дела, аудиозаписью закрытого судебного заседания производится в порядке, применяемом в отношении дел, рассматриваемых в открытом судебном заседании. Надо вносить поправки в федеральный закон, чтобы обеспечить схожее регулирование в антимонопольном процессе.

— Можно ли вообще применять к антимонопольному разбирательству принципы состязательного судебного процесса?

— Есть точка зрения, что рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства представляет собой квазиюрисдикционный процесс.

Он похож на судебный, имеет многие схожие элементы, такие как право на защиту, право на ознакомление с материалами дела, право подавать ходатайства, делать заявления, представлять доказательства. Но в то же время совмещение властных полномочий государственным органом, который проводит разбирательство, создает неравные условия по доказыванию своей позиции. Это состязание неоткрытое. Бывает, впрочем, что и в судебном процессе стороны тоже до определенного момента придерживают свои карты и позиции.

— Но это считается недобросовестным поведением сторон.

— В этом и проявляется развитие процессуального законодательства. Мы говорим о проблемных областях, чтобы помогать развивать антимонопольный процесс. Бывает так, что к истечению сроков рассмотрения дела появляются новые документы, например материалы проверки. Казалось бы, материалы проверки по умолчанию должны быть частью антимонопольного дела, но на практике так бывает не всегда, правовой режим этих материалов различный. Поэтому сам орган решает, какие материалы включить в состав материалов дела. Все это влияет на реализацию права ответчика на защиту.

— А может, надо внедрить в антимонопольный процесс ту же систему, к которой пришла ФАС и которая предполагает предварительную проверку, получение предварительного мотивированного мнения?

— Как раз для этого в законодательство и был введен институт предварительного решения в форме заключения об обстоятельствах дела, направленный на обеспечение права на защиту. После выдачи такого документа антимонопольный орган уже не может менять состав доказательств, материалов дела, квалификацию и содержание объективной стороны вменяемого антимонопольного правонарушения, а у компании еще остается возможность дать свои возражения. К сожалению, срок для предоставления возражений очень небольшой, всего пять рабочих дней, поэтому если компания девять месяцев ничего не делала, не готовила свою позицию, то ей будет сложно эффективно воспользоваться этим сроком для защиты.



— **Как часто в лапы антимонопольщиков попадает малый бизнес, символом чего было некогда знаменитое батутное дело?**⁶

— Монополизм в виде классической формы доминирующего положения к компаниям малого бизнеса едва ли применим. Как правило, субъект малого бизнеса подпадает под антимонопольное регулирование, когда речь идет о каких-то локальных рынках, субъектах естественных монополий, например частной котельной. Понятно, что в таком случае закон будет применяться для защиты интересов неопределенного круга потребителей и коммерческих субъектов, если, допустим, нарушается порядок технологического присоединения, доступа к услугам, вводятся какие-то дискриминационные практики, устанавливаются необоснованные тарифы. Конечно, антимонопольный орган должен на такую ситуацию реагировать. И часть таких ситуаций отграничивается от антимонопольных нарушений — с 2015 года действует специальный состав в КоАП.

Другое нарушение, в котором малый бизнес также нередко участвует, — антиконкурентные соглашения, картели на торгах. Индивидуальные предприниматели, малые и средние компании — это активные участники торгов, их риск оказаться вовлеченными в такие соглашения очень велик, а управляют этим риском компании не очень хорошо. Несмотря на то, что практики по таким нарушениям много, антимонопольный орган прозрачно разъяснил свои подходы к выявлению и доказыванию сговоров, готовится к разработке новая ГИС «Антикартель» — иными словами, доказать классический картель на торгах для ФАС не представляет труда, — участники госзакупок продолжают попадаться.

Стоит ли ставить под сомнение возможность ФАС применять меры воздействия по отношению к малому и среднему бизнесу в таких случаях? Я думаю, нет. Тут, скорее, возникает вопрос: в чем причина этих проблем? Что было раньше, курица или яйцо? Возможно, причины, создающие условия для нарушения антимонопольного закона посредством заключения антиконкурентных соглашений, лежат в несовершенствах всей системы госзаказа. Бизнес реагирует

на внешние условия в силу своих знаний и умений. Попадаются те, кто безразлично относится к риску, более изворотливые попадают реже, но ситуация в корне не меняется. Поэтому и значимых стимулов развивать практику доказывания классических картелей на товарных рынках, которые почти в России не выявляются, у регулятора нет — ставка сделана на то, что хорошо работает.

Но и в части картелей есть заметный поворот в практике после Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 2⁷. В нашей практике есть несколько отмененных по экономическим аргументам и доказательствам решений по заметным картельным делам.

— **Имеет ли значение прецедент в антимонопольном праве, учитывают ли его антимонопольные органы в своих делах? Следует ли сама ФАС своим прецедентам?**

— ФАС на свои решения ссылается активно. Здесь другая проблема — отсутствие в открытом доступе полной базы решений антимонопольных органов не всегда дает стороне возможность сослаться на какой-то кейс в поддержку единообразия применяемых подходов. Та база решений, что есть в открытом доступе, неполная, и увидеть по ней реальную картину бывает сложно. Оценку практики можно делать либо по открытым судебным делам (а часть значимых дел рассмотрена в закрытых заседаниях), либо в силу доступа к материалам в качестве участника конкретного дела. Специфика антимонопольных дел в том, что они редко бывают типовыми, тут дьявол в деталях. Единство подхода просто так не работает. В любом случае в части возможности сослаться на прецедент хозяйствующий субъект и ФАС находятся в неравной позиции. У ФАС есть преимущество.

— **Решения ФАС доступны посторонним лицам?**

— Формально правовые основы для публикации решений и других ненормативных актов имеются⁸. Тре-

⁶ См.: <https://www.pravilamag.ru/archive/3980-fas/> (дата обращения: 09.07.2024).

⁷ Постановление Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

⁸ См.: приказ ФАС России от 27.07.2015 № 659/15 «Об утверждении порядка внесения сведений в единый раздел на сайте ФАС России с исчерпывающим перечнем и копиями решений и иных нормативных актов ФАС России».

бование о публикации решений есть и в Административном регламенте по рассмотрению дел. Но факт есть факт — открытая база решений ФАС неполная, публикуются не все акты.

— Какая часть решений ФАС обжалуется в судах? Есть ли общая статистика?

— Время от времени ФАС публикует выборочную статистику своей работы. По моим наблюдениям, после 2020 года этой информации стало существенно меньше. Раньше вокруг статистики ФАС постоянно велись споры. Независимые исследователи предпринимали свои попытки посчитать цифры, так как собственным оценкам ФАС не доверяли. Исходя из данных Судебного департамента Верховного Суда РФ за 2023 год, в первой инстанции по спорам об оспаривании ненормативных актов ФАС проигрывает 26% от всех (5910) дел, завершаемых принятием решения (требования удовлетворены полностью или частично). Однако по спорам об оспаривании постановлений о привлечении к административной ответственности ФАС проигрывает более 48% от всех (4708) дел (требования удовлетворены полностью или частично). Эти показатели в относительном выражении неизменны последние три года. В апелляции по первой группе отменяются 9–11% решений, по второй группе 5–7% решений; в кассации отменяется 7–9 и 6–7% решений первой инстанции соответственно.

— Есть ли какие-то особенности российского антимонопольного права или практики по сравнению с иными юрисдикциями?

— Из достижений российского антимонопольного органа по сравнению с другими странами можно выделить борьбу с картелями в госзаказе. Выдающиеся результаты тут имеются за счет того, что цифровизация госзаказа у нас одна из самых развитых в мире, что позволяет использовать новые способы и инструменты расследования. Но у нас давно перестали выявлять картели на товарных рынках федерального масштаба.

Существенно различается применение института коллективного доминирования. В России он применяется для пресечения злоупотребления доминирующим положением, тогда как, например, в ЕС — при осуществлении контроля за экономической концентрацией (хотя в отдельных европейских странах имеются

и примеры расследований). В России не используются институты *settlement* (урегулирование дела со смягчением ответственности) в картельных делах и *commitments* (добровольные обязательства) в картельных делах и делах о злоупотреблении доминирующим положением. Программа освобождения от ответственности за картели (*leniency*) в ЕС официально регламентирует и обеспечивает предварительное обсуждение добровольного заявления на анонимной основе. У нас это пока сделать не получилось. При этом аналогом европейских институтов *leniency* и *settlement* в картельных делах является институт заявления о заключении антиконкурентного соглашения (ст. 44.1 Закона о защите конкуренции, ст. 14.32 КоАП РФ).

При проведении проверки инспекция Еврокомиссии имеет право опечатывать помещения, документы, осматривать личные устройства сотрудников, если они используются для работы, использовать специальное криминалистические ИТ-инструменты (устройства и софт), проверяемое лицо обязано обеспечить полное сотрудничество с инспекцией, не ограниченное предоставлением документов. Генеральный директорат по конкуренции Еврокомиссии имеет более сложные внутренние системы сдержек и противовесов при отправлении своих полномочий. Есть и другие интересные отличия.

— А есть у нас какая-то особенность антимонопольного регулирования, связанная именно с иным взглядом государства на регулирование экономики?

— В 2020 году в период ковида во всем мире поднимался вопрос, как должен применяться антитраст. Шли бурные дискуссии о том, нужно ли ослабить регулирование путем специальных изъятий или, наоборот, усилить в этот период контроль. В значительной части эти вопросы относились к горизонтальным и вертикальным соглашениям. В России, как мне кажется, уже оглядываясь назад, получился сбалансированный подход. В условиях введенного в апреле 2023 года моратория на проверки бизнеса главным инструментом стал системный мониторинг цен. Глобальные изъятия из антимонопольных правил и запретов у нас не вводились. В 2023 году в условиях влияния санкций были разрешены соглашения органов власти и хозяйствующих субъектов в целях



стабилизации цен⁹. Об изменении подходов к оценке практик ценообразования доминирующих субъектов мы уже поговорили. Они как раз были обусловлены изменением ситуации в экономике, потребовавшей иных решений в антимонопольном регулировании. Так, например, природа принципа приоритетного удовлетворения спроса на внутреннем рынке имеет, на мой взгляд, некоторые черты методов экономического регулирования.

— При прежнем руководителе Федеральная антимонопольная служба была постоянным ньюсмейкером, все время генерировала какие-то новости. А после Артемьева, кажется, новостей от ФАС стало меньше.

— Я думаю, тут играют роль два фактора. Первый — это фактор личности. Максим Алексеевич Шаскольский все-таки человек другого склада, он технократ и изначально не был публичной фигурой, в отличие от Игоря Юрьевича Артемьева. И если смотреть на этих людей как на лидеров, как на государственных деятелей, управленцев, то они, конечно, разные.

Второй фактор — это время. Максим Алексеевич пришел на пост в 2020 году, как раз в период ковидных ограничений, когда появились новые вызовы, а ответы и решения еще предстояло найти. Поэтому примерно в первые два года после его прихода ФАС была довольно закрыта. Сейчас ситуация несколько изменилась.

Например, надо признать одним из самых открытых управление регулирования связи и информационных технологий ФАС. Елена Александровна Заева участвует в обсуждении новых норм и вызовов, очень последовательно выражает позицию регулятора.

— Последние изменения Закона о защите конкуренции были направлены на усиление контроля на цифровых рынках. Как Вам кажется, достигнуты

ли желаемые результаты? Достаточны ли внесенные изменения?

— Внимание к проблемам конкуренции на цифровых рынках во всем мире большое, в этом проявляется схожесть. Но избранные подходы отличаются. Закон о цифровых рынках (*Digital Markets Act*) 2023 года установил в ЕС первые в мире правила, которые регулируют деятельность шести технологических гигантов, удовлетворяющих ряду условий и названных привратниками (*gatekeepers*), и которые направлены на защиту конкуренции. В Великобритании Закон о цифровых рынках, конкуренции и потребителей (*Digital Markets, Competition and Consumers Act*) 2024 года существенно расширяет регулирование в сфере защиты прав потребителей при приобретении товаров на цифровых платформах, используя другую концепцию — взгляд на цифровую компанию как имеющую «стратегический статус на рынке». Закон призван искоренить недобросовестные практики и поощрить конкуренцию на цифровых рынках.

Общим вопросом в подходах к антимонопольному регулированию цифровых платформ является оценка сетевых эффектов (ключевой элемент пятого антимонопольного пакета). Но пока неясно, как эти сетевые эффекты измерять.

Не имеет четкого ответа вопрос о том, может ли ФАС применить нормы ст. 10 Закона о защите конкуренции к цифровой платформе, которая не удовлетворяет условиям новой ст. 10.1 Закона.

Есть вопрос о соразмерности количественных показателей ст. 10.1 текущему состоянию рынка. Например, если читать количественные показатели, которые заложены в ст. 10.1¹⁰, то нарушить эти требования могут только два хозяйствующих субъекта. Третий игрок уже выпадает из-под регулирования: $35 + 35 = 70$. Получается, целый Закон — для двух игроков рынка. Этот аспект впервые сейчас обсуждается с практической стороны. Только время покажет, будут ли эти критерии адекватны условиям рынка. Может быть, их надо будет адаптировать, изменять.

⁹ Постановление Правительства РФ от 26.04.2023 № 662 «О случаях допустимости соглашений, заключаемых органами государственной власти субъектов Российской Федерации с хозяйствующими субъектами в целях стабилизации цен на товары, включенные в перечень отдельных видов социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, в отношении которых могут устанавливаться предельно допустимые розничные цены».

¹⁰ Доля сделок, совершаемых между продавцами и покупателями посредством цифровой платформы, превышает в стоимостном выражении 35% общего объема сделок, совершаемых на соответствующем товарном рынке.

Также необходимо дополнить порядок анализа состояния конкуренции, утвержденный Приказом № 220, новыми требованиями ст. 8.1 Закона к анализу состояния конкуренции на цифровых рынках, т.е. наличием сетевых эффектов и оценкой возможности цифровой платформы оказывать решающее влияние на общие условия рынка, устранять других игроков или затруднять им доступ на рынок.

При этом положения пятого антимонопольного пакета подлежат применению только к транзакционным цифровым платформам, т.е. агрегаторам и маркетплейсам, которые обеспечивают процесс обращения товаров в сети Интернет путем совершения сделок между продавцами и покупателями. Однако в дискуссии о необходимости распространения антимонопольного регулирования на нетранзакционные платформы точка не поставлена.

Так что еще предстоит много работы.

— А может, в этом и заключается идея, что рынок, особенно цифровой, имеет тенденцию к укрупнению и государство и не ставит перед собой задачи регулировать мелких игроков?

— С одной стороны, да, это можно понимать так, что деятельность третьего участника рынка не регулируют, признавая, что у него не может быть рыночной власти. Но налицо существенное отличие нового института от института коллективного доминирующего положения (ст. 5 Закона). Допустим, в деле о коллективном доминировании достаточно иметь не менее 8% доли рынка, чтобы попасть в состав доминантов. А тут совсем другие показатели. Возможно, злую шутку сыграло время, поскольку закон долго обсуждался и за этот период рынок сильно изменился и вырос. Вспомните, каким был «Яндекс.Маркет» с исходной моделью бизнеса. Если раньше сама платформа, по сути, подталкивала продавцов к установлению в объявлениях синхронных цен, то теперь маркетплейсы — это реальный рынок, на котором продавцы конкурируют за покупателя (к слову, не только ценой). А закон приняли в том состоянии, в котором он был проработан изначально (и это после изнурительных многолетних дебатов). Это привело к некоторому дисбалансу системы, так как у запрета на осуществление монополистической деятельности субъектом, владеющим цифровой платформой, по

моему мнению, не нашлось четкого места в системе институтов антимонопольного права.

— Насколько адекватны меры ответственности для нарушителей антимонопольного законодательства?

— Мне кажется, что меры публичной ответственности на текущий день, с учетом экономической ситуации, адекватны, но все же ниже, чем, например, в Европейском союзе (там размер штрафа может достигать 10% от глобального оборота правонарушителя). В России штраф за злоупотребление доминирующим положением не может превышать 2% от всей выручки, а за картели — 4%. А вот частные иски нужно развивать, но бизнес неохотно предъявляет такие требования, опасаясь ухудшения отношений с доминантом.

Ответственность за антиконкурентные соглашения еще в 2017 году справедливо диверсифицировали по видам (более опасные наказывают большими штрафами, менее опасные — меньшими). Мне кажется, что за координацию экономической деятельности размер санкции нужно менять, приводя его в соответствие с реальной степенью общественной опасности и последствиями правонарушения (сейчас максимальный штраф за координацию 5 млн руб., но должностные лица координатора могут стать фигурантами уголовного дела по ст. 178 УК РФ). Но особый интерес представляет гражданско-правовая ответственность за картели, которая ранее всерьез не обсуждалась. В дополнение к штрафам ФАС прокуратура стала пробовать предъявлять иски, основанные на ст. 169 ГК РФ, о взыскании солидарно с участников картеля всего полученного по ничтожной сделке, противной основам правопорядка, в пользу государства. Причем ничтожным суд признает и сам картель, и госконтракты. А это уже совершенно другие суммы. Сейчас мы видим первые дела на уровне первой и второй инстанций, практика только формируется. Есть отказные решения, есть и удовлетворенные судом требования прокуратуры. Но вы можете себе представить, что будет, если такие иски устоят на уровне Верховного Суда РФ. Возникает фундаментальный вопрос о соразмерности совокупной ответственности участника картеля. Такой подход явно меняет правила игры. Зачем предпринимателю платить штраф, если с него потом еще и всю сумму контракта взыщут, и уголовное дело возбудят? Компании будут банкротиться,



затем субсидиарная ответственность руководителя и участника, да и уголовная ответственность вполне реальна. Интересно, что об этом думает ФАС? В общем, попытка прокуратуры для бизнеса очень опасная. Я считаю, что убытки от картеля нужно взыскивать, но только в размере той самой переплаты покупателя по сравнению с рыночной ценой.

В отношении уголовной ответственности по ст. 178 УК была попытка существенно повысить пороги по доходу в крупном и особо крупном размере, т.е. декриминализировать небольшие картели. В итоге законодатель повысил пороги в 1,6 раза: нижний порог по доходу для квалификации деяния — теперь 80 млн руб., особо крупный размер дохода (тяжкое преступление) — 395 млн руб. В любом случае это неплохо.

В части ответственности за картельные нарушения возникает фундаментальный вопрос о балансе интересов. Государство получило товар? Получило. Он нормальный? Нормальный. Его потребили? Потребители. Замечаний нет? Нет. Продавец понес расходы на покупку этого товара. Да, он перекупщик, да, накрутил цену для госзаказчика, но у него были и объективные расходы. Всегда вставал вопрос: учитывать ли эти расходы при расчете суммы преступного дохода? На мой взгляд, конечно, надо учитывать, тем более такой подход известен Уголовному кодексу — ст. 185.3 «Манипулирование рынком» использует концепцию излишнего дохода в виде разницы между доходом, который был получен в результате незаконных действий, и доходом, который сформировался бы без них. Но точку в этой дискуссии поставил в прошлом году Конституционный Суд РФ, указав, что расходы учитывать не нужно¹¹. Теперь это данность, если только законодатель однажды прямо не пропишет в законе иное.

Другая важная проблема — реализация программы освобождения от уголовной ответственности, одним из условий которой является возмещение причиненного ущерба или заглаживание причиненного вреда иным образом. Специфика картеля в том, что это групповое преступление. Не каждый участник группы извлек 80 миллионов дохода. Если лицо желает получить освобождение, какую сумму оно должно

возместить? Должен ли один заплатить за всех, чтобы его освободили, или только за себя? Как определить часть ущерба для каждого? А если у какого-то участника вовсе нет дохода, он не участвовал в торгах или «рядом постоял» вторым номером и не заключал контракта? Должен ли обвиняемый или подсудимый лично возместить ущерб или можно учитывать действия его компании? Много вопросов остается без ответов, хотя количество дел растет.

— **Часто ли у нас привлекают к уголовной ответственности за нарушение антимонопольного закона?**

— По данным ФАС, за последний год по сообщениям антимонопольных органов, материалам доследственных проверок с участием антимонопольных органов или с использованием их материалов было возбуждено 13 уголовных дел по ст. 178 УК РФ и еще 26 дел по иным составам, связанным с нарушением антимонопольного законодательства (прежде всего сговоры с заказчиками), 20 дел находилось в производстве судов, по 6 вынесены обвинительные приговоры, еще 86 сообщений о преступлениях направлены в правоохранительные органы, из них 48 — по ст. 178 УК РФ¹². Мы наблюдаем за статистикой, количество дел растет. Но приговоры выносятся условные.

— **Как Вам кажется, нужна ли вообще уголовная ответственность за антимонопольные нарушения? Может быть, достаточно возместить экономический ущерб, отдать все заработанное нечестным путем нуждающимся?**

— Это зависит от подхода. Например, в свое время от лица ФАС активно отстаивалась точка зрения, что картельные соглашения представляют собой вид мошенничества, поэтому наказание за них должно быть соответствующим. Я с таким взглядом никогда не был согласен, но и существующей уголовной ответственности не отрицаю. Я считаю, что меры имущественного характера в качестве наказания могут быть очень эффективны. Да, компания может обанкротиться, ФАС может не успеть наложить или взыскать штраф, но на такой случай как раз есть ст. 178 УК для преследования реальных фигурантов преступления.

¹¹ См.: Постановление КС РФ от 19.04.2023 № 19-П.

¹² Доклад ФАС России о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2023 год.

Фундаментальная проблема здесь в том, что причины и предпосылки возникновения картелей на торгах не устраняются, более того, они должным образом не исследованы. Я убежден, что корни проблемы кроются не столько в поведении предпринимателей, сколько в поведении заказчиков.

Бывают случаи, когда дела возбуждаются без решения ФАС. Поскольку норма ст. 178 УК РФ бланкетная, следователь вынужден получить заключение специалиста, и в качестве такового выбирается должностное лицо антимонопольного органа. Но это не комиссия антимонопольного органа, это конкретное должностное лицо, часто даже не руководящее, которое дает подписку о неразглашении материалов предварительного следствия. Даже руководитель этого лица формально не будет знать об этом деле. Очевидно, что мнение одного специалиста никак не может идти в сравнение с решением комиссии по результатам рассмотрения антимонопольного дела, в котором ответчику гарантировано право на защиту. Но заключение, которое уходит следователю, запускает всю машину уголовного преследования. Это неправильно. ФАС сообщает, что в 2023 году дано 34 таких заключения.

Можно было бы предположить, что балансирующим инструментом могла бы стать программа освобождения от уголовной ответственности. Я не знаю статистику по сделкам со следствием по этой статье, это закрытая информация, но ФАС утверждает о росте числа добровольных заявлений в последние годы. А мы как адвокаты конечно, видим риски, поскольку нет гарантии, что физическое лицо не будет привлечено к уголовной ответственности, если компания «сдалась» в ФАС. Материалы передаются из ФАС в правоохранительные органы в любом случае при выявлении материальных порогов, установленных в УК РФ, а механизма синхронизации процедуры освобождения от административной и уголовной ответственности нет. Тот, кто сдался первым в ФАС, не обязательно окажется первым в уголовном деле.

Вот в налоговых преступлениях механизм освобождения от уголовной ответственности иной, и он работает — полная уплата недоимки, пеней и штрафа освобождает от ответственности за впервые совершенное деяние. Это дает четкие ориентиры и гарантии предпринимателю. Думаю, что в антимонопольной сфере тоже следует применять такой подход или хотя

бы начать с того, что назвать процессуальным поводом к возбуждению уголовного дела исключительно решение антимонопольного органа.

— Расскажите, какие интересные дела были у Вас в практике.

— Одно дело, про которое я хочу рассказать, является крайне редким. Мы отстаивали позицию о том, что рынок является мировым и у компании нет доминирующего положения на нем. В итоге ФАС установила отсутствие доминирующего положения и прекратила расследование. Это был рынок графитированных электродов, используемых в металлургии для производства стали методом электродуговой плавки в высокомошных печах. Мы столкнулись с расследованием в период, когда был рост цен на мировом рынке, на которые сильно влияло регулирование в Китае, которое, в свою очередь, привело к снижению предложения на мировом рынке. Россия — один из активных участников этого рынка. И нашей стратегической задачей было убедить антимонопольный орган в том, что этот рынок мировой, что на нем наблюдаются циклы роста и падения и на момент рассмотрения дела мы попали в цикл роста. Антимонопольный орган тогда пошел навстречу, назначил экспертизу, приостановил дело на период ее проведения, а к окончанию срока экспертизы цены пошли на спад. И мы смогли показать и наглядно доказать тезис о цикличности мирового рынка. Действительно, есть промышленные отрасли, на которых чередуются циклы роста и падения, они могут длиться 4–8 лет. Но в последние годы из-за ковидных ограничений, потом из-за санкций циклы сбились, что, конечно, усложняет процесс доказывания в таких делах.

Были интересные дела по картелям, когда мы выработали ряд позиций, которые впоследствии стали использоваться судами в других делах и восприниматься в качестве стандарта доказывания. В одном из таких дел мы доказали, что материалы проверки обязательно должны являться частью материалов антимонопольного дела и должны были быть предъявлены для ознакомления ответчику. В другом деле нам удалось выработать стандарт оценки переписки — доказать, что переписка предполагает волеизъявление как минимум обоих участников — адресата и адресанта. Если письмо отправлено, но нет никаких доказательств реакции, его принятия, утверждения, исполнения того,



что написано в письме, нет выраженной воли второй стороны, то это не переписка, не обмен сообщениями и ее нельзя использовать в качестве доказательства. Такое вот было интересное дело.

Мы стремимся содействовать развитию права и правоприменения. И один из способов такого содействия — это повышать стандарт доказывания. Мы каждый раз поднимаем планку, собирая все более сложные доказательства.

— Вы видите разницу между тем, как Вы работали с ФАС и как проходили процессы, какими были стандарты доказывания два — четыре года назад, и тем что есть сейчас?

— Безусловно, да. Антимонопольный орган тоже развивается, и требования к аргументам, доказательствам, которые он ожидает, меняются. ФАС стала более требовательной, придирчивой, и общими объяснениями, например убеждениями о влиянии каких-то внешних факторов на деятельность компании, ответчики не отделаются, нужны убедительные доказательства такого влияния. Конечно, доказательства всегда были нужны, просто стандарт оценки изменился. И компании, и консультанты отчасти вносят вклад. Наши аргументов в одном деле может оказаться достаточно, а в следующем надо снова поднимать планку. Но также часто мы сталкиваемся с недостаточным вниманием к экспертизам, проведенным ответчиками. Когда ты представляешь заключение ученых-экономистов — многогранное, всеобъемлющее, отвечающее на сложные и нужные вопросы, в том числе на те, которые

антимонопольный орган не исследовал, и призванное помочь правильно установить обстоятельства дела, — хочется встретить дискуссию, поспорить с аргументами процессуального оппонента, но антимонопольный орган часто очень выборочно и довольно лаконично дает свои комментарии и, как правило, уже в заключении об обстоятельствах дела.

В делах о монополю высокими ценами ключевой спор часто состоит в наличии или отсутствии сопоставимого рынка, цена на котором не превышает цену ответчика в деле. Данный метод и раньше применялся крайне редко (что связано с довольно жесткими критериями сопоставимости и различными подходами к их применению на практике), а сейчас рассматриваемый в Госдуме законопроект¹³ предлагает исключить из числа сопоставимых рынков, находящиеся за пределами Российской Федерации. Впрочем, формулировки законопроекта довольно двусмысленны, и на прошедшем Антимонопольном форуме Сергей Анатольевич Пузыревский, заместитель руководителя ФАС России, сказал, что законопроект не исключает возможности приводить в качестве сопоставимого рынка рынок за пределами РФ. Что ж, увидим.

Вообще, нам сейчас сильно мешает разрозненность и закрытость. Мы в Ассоциации антимонопольных экспертов стремимся создать плотное профессиональное сообщество. Нам всем, по моему убеждению, остро не хватает постоянного открытого диалога между практикующими специалистами, экспертами, учеными, бизнесом, регулятором, законодателем и судами. ■

¹³ Проект федерального закона № 409891-8 «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“».



**НИКОЛАЙ НИКОЛАЕВИЧ
ВОЗНЕСЕНСКИЙ**

управляющий партнер
ALUMNI Partners,
кандидат юридических
наук

РОССИЙСКИЙ АНТИТРАСТ В ЭПОХУ САНКЦИОННЫХ ВОЙН: ПОСЛЕДСТВИЯ ДЛЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Автор исследует, как антимонопольное регулирование постепенно трансформируется под влиянием санкционных ограничений и их экономических последствий последнего времени, и приходит к выводу, что существующие институты антимонопольного регулирования приспосабливаются к новым обстоятельствам без коренного изменения. В процессе правоприменения формируется совокупность рекомендательных методик, обязательных предписаний и односторонних добровольно принимаемых самоограничений. Это расширяет регулирующее воздействие норм Закона о защите конкуренции и определяет пределы свободы предпринимательской деятельности в настоящее время.

Ключевые слова: антимонопольное право, конкуренция, доминирующее положение, злоупотребление, санкции, цифровые рынки

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-22-32

На первый взгляд экономические последствия санкций не повлекли значительного изменения антимонопольного законодательства. В целом антимонопольное регулирование развивается в русле более долгосрочных трендов, прямо не связанных с введением текущих экономических ограничений. Подтверждением этому являются новеллы пятого (цифрового) антимонопольного пакета, вступившие в силу 1 сентября 2023 года¹. В числе основных из них отметим: введение особенностей антимонопольного регулирования цифровых плат-

¹ Федеральный закон от 10.07.2023 № 301-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“».

форм; расширение института экспертизы; уточнение порядка осуществления контроля над экономической концентрацией; распространение антикартельных правил участия в торгах на подконтрольных лиц в рамках одной группы. Каждый из этих блоков имеет свою предысторию² и не связан с трансформацией антимонопольного регулирования под влиянием санкционных ограничений.

К числу отдельных новелл, которые напрямую направлены на смягчение негативного влияния текущих экономических обстоятельств, можно отнести меры по сдерживанию роста цен, в частности постановление Правительства о допустимости соглашений по стабилизации цен на отдельные социально значимые товары³. Данный документ находит широкое применение: соглашения о добровольном ограничении наценок заключены в 35 регионах с более чем 9 тыс. организаций торговли, 46 производителями и 23 оптовыми организациями⁴. Наряду с этим некоторые хозяйствующие субъекты ограничивают цены (наценки) на отдельные товары в одностороннем порядке, информируя об этом антимонопольные органы. Федеральная антимонопольная служба (ФАС) ведет регулярный ценовой мониторинг в отношении социально значимых товаров, а также приняла ряд актов и методических рекомендаций, направленных на сдерживание роста цен в отдельных отраслях экономики⁵.

² Например, распространение антикартельных правил участия в торгах на подконтрольных лиц является реакцией на примеры судебных решений по делам о картелях, в которых хозяйствующим субъектам удавалось доказать нахождение формально независимых лиц под контролем одного лица и на основании исключений, ранее предусмотренных в законе, отменить решение антимонопольного органа (см., напр.: решение Арбитражного суда г. Москвы от 27.04.2022 по делу № А40-43715/22-149-326). Интересно, что непосредственно в данном деле отсутствие формального контроля над несколькими хозяйствующими лицами было объяснено намерением избежать распространения на данных лиц иностранных санкционных ограничений.

³ Постановление Правительства РФ от 26.04.2023 № 662 «О случаях допустимости соглашений, заключаемых органами государственной власти субъектов Российской Федерации с хозяйствующими субъектами в целях стабилизации цен на товары».

⁴ См.: Доклад Федеральной антимонопольной службы о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2023 год (далее — Доклад о состоянии конкуренции за 2023 год). С. 8. URL: <https://fas.gov.ru/documents/689569> (дата обращения: 28.06.2024).

⁵ См., напр.: приказ ФАС России от 01.06.2023 № 347/23 «Об утверждении методических рекомендаций по разработке

Значимым стало введение в 2022 году моратория на проверки ИТ-компаний, в том числе в сфере антимонопольного контроля. К настоящему моменту он отменен⁶. Его введение было связано с мерами государственной поддержки, а отмена — с повышенным вниманием, уделяемым антимонопольным регулятором данной сфере на фоне резкого роста объемов интернет-торговли и объема услуг цифровых платформ. С момента отмены моратория антимонопольный орган выдал предупреждения ряду агрегаторов⁷. При этом в 2024 году продолжает действовать общий мораторий на плановые и внеплановые проверки бизнеса⁸, согласно которому внеплановые проверки бизнеса могут проводиться только по поручениям Президента, Правительства, требованиям прокуратуры, а также на основании полученной надзорными органами информации о рисках нарушения обязательных требований.

Введены, а затем продлены временные антикризисные меры в сфере государственных и муниципальных закупок; на период с 2022 по 2024 год упрощен порядок предоставления государственных преференций, допущен параллельный импорт⁹.

Эти меры не изменяют суть основных положений Закона о защите конкуренции¹⁰ и являются временными в силу прямого указания на то в нормативных актах. Между тем в обсуждаемых ныне законопроектах и правоприменительной практике можно усмотреть некоторые черты более долгосрочной трансформации антимонопольного регулирования. Важно иметь в виду, что срок давности в антимонопольном праве составляет три года, срок рассмотрения антимоно-

торгово-сбытовых политик, предусматривающих реализацию азотных и азотосодержащих удобрений».

⁶ См.: Постановление Правительства от 20.03.2024 № 340 «О внесении изменений в постановление Правительства Российской Федерации от 24 марта 2022 г. № 448».

⁷ См., напр., предупреждение OZON в связи с признаками навязывания продавцам участия в акциях маркетплейса и необоснованного отказа в заключении договоров: <https://fas.gov.ru/news/33238> (дата обращения: 28.06.2024).

⁸ См.: Постановление Правительства РФ от 10.03.2022 № 336 «Об особенностях организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля».

⁹ Федеральный закон от 08.03.2022 № 46-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

¹⁰ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

польного дела до девяти месяцев и более (поскольку срок не пресекательный), а судебное разбирательство может длиться несколько лет. Это означает, что до настоящего момента могут возбуждаться дела по обстоятельствам 2022 года, и как окончательно сформируется по ним судебная практика, мы не знаем. Тем не менее в статье сделана попытка очертить намечающиеся изменения.

Экономически (не)обоснованные цены

Известно, что повлиять на рост цен ФАС России может в двух случаях: если рост вызван сговором или если цена установлена доминирующим на рынке хозяйствующим субъектом в отсутствие необходимого экономического обоснования. Иные ситуации, в том числе рост цен на фоне высокого спроса или дефицита, исключены из сферы антимонопольного контроля. В связи с этим было внесено предложение предусмотреть контроль антимонопольного органа над ростом цен производителей и торговых организаций, не занимающих доминирующее положение. Критерием экономической обоснованности цены предлагалось признать ее рост в течение шестидесяти дней на величину, превышающую более чем на 5% индекс потребительских цен. При этом оговаривалось, что такой рост будет необоснованным при условии, что он не обусловлен экономическими факторами, к которым относятся существенное изменение уровня спроса или предложения товара, изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье и комплектующие изделия, сезонный фактор, а также иные факторы. В отдельном проекте методических рекомендаций уточнялось, каким образом следует учитывать влияние таких факторов.

Работа над законопроектом в настоящее время, по всей видимости, приостановлена. Причина отказа от нее носит концептуальный характер: антимонопольный регулятор должен сфокусироваться на рынках с высокой экономической концентрацией и тайных сговорах; что же до резких колебаний цен на конкурентных рынках, то они находятся вне пределов антимонопольной политики.

Перечисление всех возможных причин роста цен на них в методических и тем более нормативных документах недостижимо *ex ante*, а расследование причин

ex post создало бы административную нагрузку и существенные риски для бизнеса. Тем не менее содержание законопроекта и методических рекомендаций затрагивает несколько вопросов, которые важны в рамках концепции монополюно высокой цены.

В антимонопольном законодательстве не до конца разрешен вопрос о том, что считать необоснованным ростом цен, приводящим к установлению монополюно высокой цены. Основным способом анализа является затратный метод, направленный на установление экономически обоснованных затрат, формирующих себестоимость продукции, и определение экономической обоснованности прибыли (рентабельности). Но в каком диапазоне может изменяться рентабельность продукции, каков размер экономически обоснованной прибыли? Методы сравнения уровня рентабельности со среднеотраслевыми показателями, а темпа роста цен — с индексами цен в соответствующей отрасли применяются на практике, однако не дают определенного ответа на поставленный вопрос. Среднеотраслевые показатели, взятые по данным Росстата, могут быть неинформативными, например включать укрупненные группы продукции, не учитывающие состояние конкуренции на рынках с более узкими продуктовыми границами. Однако попытка опереться на них и определить допустимый процент отклонения, несмотря на очевидную негибкость такого правила, указывает на потребность выработать ясные ориентиры для правоприменения. Известная ссылка на то, что нет заведомо определенной допустимой рентабельности, разумеется, не решает вопрос и не отменяет того факта, что в сознании антимонопольного регулятора тот или иной уровень присутствует¹¹.

Статья 6 Закона о защите конкуренции устанавливает, что при анализе обоснованности роста цен должны учитываться условия обращения товара и условия государственного регулирования, а также их изменение. С течением времени может изменяться уровень спроса на товар, и тогда рост спроса вызывает рост цен, который до определенного предела будет обоснованным. Но как именно определить и измерить рост спроса,

¹¹ Об этом свидетельствуют хотя бы ссылки антимонопольного органа в решениях и определениях о возбуждении дел на то, что признаками монополюно высокой цены является рентабельность (понимаемая как отношение прибыли к себестоимости товаров или услуг), превышающая определенный уровень, например 50%.



нормативно не определено. В результате ссылки на рост спроса в объяснениях хозяйствующих субъектов становятся сами по себе рискованными. В предложенных методических рекомендациях было отражено, что о существенном росте спроса могут свидетельствовать: увеличение объемов продаж, сокращение запасов продукции на складе и в торговом зале (с учетом срока его годности), а также скорость продаж товара. Этот перечень краток и не исчерпывает все случаи. Однако даже он является определенным шагом вперед, поскольку в практике антимонопольного органа в качестве весомого довода о росте спроса выступает только увеличение продаж, а вот сокращение запасов продукции на складе уже подлежит сомнению и может в ряде случаев не приниматься как довод о росте спроса. Предложенный список доказательств роста спроса можно расширять, например, за счет таких факторов, как рост цен на смежном рынке, который может отражать рост спроса одновременно на несколько товаров-субститутов, уровень загрузки производственных мощностей, количество заявок, поступающих от покупателей (при условии их достоверности и отслеживаемости) и т.д.

В целом можно констатировать тенденцию к поиску более четких правил оценки допустимого уровня цены. Широкое применение затратного метода делает востребованной дальнейшую методическую работу по определению критериев необходимой (обоснованной) прибыли. Предполагаем, что развитие антимонопольного регулирования может пойти в данном направлении.

Изменение ранее выданных предписаний антимонопольного органа

Предложен законопроект о пересмотре ранее выданных предписаний антимонопольного органа¹² в связи с существенным изменением условий обращения товара на рынке. Причина разработки этого документа в том, что некоторые из ранее выданных предписаний содержат формулы расчета максимально допустимых цен, основанные на индикаторах зарубежных рынков. В некоторых случаях, по мнению антимонопольного органа, применение таких индикаторов уже не соответствует условиям обращения товара.

Законопроект предполагает пересмотр предписаний, выданных в рамках контроля экономической концентрации, а также по результатам рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства. Второй случай предлагается предусмотреть в законе впервые:

Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства может быть пересмотрено по инициативе комиссии, выдавшей такое предписание, а также по заявлению лица, участвующего в деле, в связи с существенным изменением условий обращения товара на товарном рынке (выделено нами. — Н.В.). Изменение предписания при его пересмотре должно соответствовать возникшим изменениям условий обращения товара на товарном рынке.

К существенным изменениям условий обращения товара относятся изменение продуктовых или географических границ товарного рынка, состава продавцов или покупателей; утрата хозяйствующим субъектом доминирующего положения; несоответствие указанных в предписании ориентиров формирования цены на товар общим условиям обращения товара. Такое основание для пересмотра, как несоответствие указанных в предписании ориентиров формирования цены на товар общим условиям обращения товара на товарном рынке, является новеллой.

Как можно заметить, законопроект вновь обращает нас к категории *общие условия обращения товара на рынке*, но исчерпывающе ее не определяет. В одном из разъяснений Президиума ФАС России была принята попытка определить данное понятие:

под «общими условиями обращения товара на товарном рынке» могут пониматься условия, исследуемые при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке согласно Порядку анализа состояния конкуренции¹³.

Дальнейшее обсуждение данного понятия в контексте влияния изменений общих условий обращения товара на методы ценообразования может быть

¹² См.: <https://regulation.gov.ru/Regulation/Npa/PublicView?n-palD=142810> (дата обращения: 28.06.2024). Законопроект № 632373-8 принят в первом чтении 4 июля 2024 года.

¹³ Разъяснение Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 11).

важным направлением развития антимонопольного регулирования. Дело в том, что взаимосвязь этих параметров может быть нелинейной. Например, действующие внешнеэкономические ограничения и неопределенность валютных курсов необязательно должны приводить к отказу от учета зарубежных биржевых и внебиржевых индикаторов. Для ряда из них нет альтернативы в виде отечественных показателей. Полный отказ от них может приводить к некоторому упрощению подхода к ценообразованию (скажем, в виде попытки взять за ориентир цены предыдущих периодов), что может не отвечать сложному характеру экономических отношений.

Особенностью законопроекта является то, что он устраняет запрет на ухудшение положения лица в результате пересмотра предписания¹⁴. Если законодатель допускает, пусть и опосредованно, такое ухудшение (например, запрет на использование индикатора, позволяющего установить более высокую цену), это изменение должно повлечь повышение стандартов экономического анализа состояния конкуренции на рынке. Если сделать еще один шаг, то это логически требует обеспечить возможность судебного обжалования результатов такого анализа не по формальным, а по содержательным причинам.

К большому сожалению, важная мысль постановления Пленума Верховного Суда о возможности конкуренции в суде различных экономических подходов к анализу рынка¹⁵ до сих пор не нашла достаточной поддержки в практике нижестоящих судов.

¹⁴ В действующей ч. 11 ст. 33 Закона о защите конкуренции, касающейся пересмотра предписаний, выданных в рамках согласования сделок экономической концентрации, такое ограничение содержится.

¹⁵ См.: п. 56 Постановления Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства»: *Аналитический отчет не предопределяет выводов о наличии (об отсутствии) антимонопольного нарушения, не имеет заранее установленной силы по отношению к иным доказательствам и подлежит оценке судом наряду с прочими доказательствами, представленными в материалы дела. В силу статей 71 и 89 АПК РФ заключения по вопросам анализа состояния конкуренции на товарном рынке, подготовленные иными лицами, обладающими специальными познаниями, в том числе по поручению лиц, участвовавших в производстве по делу о нарушении антимонопольного законодательства, также могут быть приняты судом в качестве доказательств*).

Формирование специфики анализа конкуренции на цифровых рынках

В настоящий момент наблюдается модернизация конструкции доминирующего положения и расширение правоприменительной практики по пресечению злоупотребления доминирующим положением. Ярким примером первой тенденции является специальное регулирование, введенное для цифровых платформ. В соответствии с новой ч. 8.1 ст. 5 Закона о защите конкуренции

при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке (товарных рынках), на котором совершение сделок между продавцами и покупателями осуществляется посредством использования цифровой платформы, антимонопольный орган устанавливает наличие сетевых эффектов и дает оценку возможности хозяйствующего субъекта, владеющего цифровой платформой и обеспечивающего посредством ее использования совершение сделок между иными лицами, выступающими продавцами и покупателями определенных товаров, оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на товарный рынок другим хозяйствующим субъектам, в том числе за счет количества сделок, совершаемых посредством такой цифровой платформы.

Не ставя своей целью анализ особенностей установления доминирующего положения на цифровых рынках, отметим, что данная норма свидетельствует об определении рыночной власти владельцев цифровых платформ на основании *специальных критериев*: определения сетевых эффектов и возможности оказывать влияние на условия обращения товара.

Интересным примером применения новых норм является Аналитический отчет о состоянии конкуренции на рынке услуг владельцев агрегатора информации о товарах (услугах) (маркетплейсов) от 22 февраля 2024 года, особенно его разделы 9 и 10, посвященные оценке состояния конкуренции на рынке маркетплейсов и установлению их доминирующего положения. В отчете не применены классические ч. 1 и 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции, определяющие условия единоличного и коллективного доминирующего по-



ложения в зависимости от размера доли субъекта на товарном рынке и ряда дополнительных качественных характеристик. Вместо этого напрямую применены упомянутые выше специальные положения.

Рассматривая услуги маркетплейсов, антимонопольный орган отмечает:

Установлено, что исследуемый рынок обладает значительными сетевыми эффектами, связанными с логистикой товаров, являются труднопреодолимыми, однако требуют значительных инвестиций, недоступных множеству хозяйствующих субъектов...

...по различным показателям объем исследуемого товарного рынка растет. Незначительное изменение относительных размеров долей OZON и Wildberries и их совокупной доли при таком росте рынка является дополнительным подтверждением имеющейся у данных платформ рыночной власти.

Отметим, что сама по себе новая ч. 8.1 ст. 5 Закона о защите конкуренции не влечет отказ от использования классических критериев доминирующего положения. Однако ст. 10.1, как частный случай установления доминирующего положения, определяет специальные критерии доказывания последнего. Правоприменительная практика идет по пути оценки именно таких специальных критериев (сетевых эффектов и количества совершаемых на платформах сделок) в качестве основных доказательств рыночной власти маркетплейсов.

Данный анализ является примером применения принципа всесторонней оценки конкуренции на рынке: наблюдаемое на рынке маркетплейсов преваширование двух известных платформ в условиях кратного роста рынка приводит антимонопольный орган к выводу о наличии у них рыночной власти. Конкуренция между ними, которую можно усмотреть из изменения их рыночных долей¹⁶, в такой концепции доминирующего положения не влияет на конечный вывод, поскольку не лишает их влияния на продавцов и покупателей на указанных платформах. Иными словами, долгосрочное сохранение структуры рынка в виде дуополии в условиях невзаимозаменяемости и безальтернативности

услуг агрегаторов с иными каналами продвижения продукции формирует вывод об их рыночной власти.

В то же время антимонопольный орган указывает на отсутствие доминирующего положения на рынке, проходящем трансформацию после ухода ключевого иностранного игрока. Рынок сервисов бронирования отелей ранее характеризовался доминирующим положением *Booking.com*, а также невзаимозаменяемостью услуг таких сервисов с другими способами бронирования, например бронированием на сайте самого отеля¹⁷. В 2023 году антимонопольным органом отмечены качественные изменения рынка: 1) доля данного сервиса радикально сократилась, а совместная доля российских сервисов увеличилась с 20 до 74%; 2) зафиксирован рост числа прямых бронирований на сайте отелей, продемонстрировавший свободы переключения между бронированием на сайте объектам размещения и на сайте агрегатора; 3) отмечен рост конкуренции сервисов бронирования гостиниц и сервисов бронирования жилья посуточно; 4) расширены возможности бронирования на маркетплейсах и сервисах банков. В совокупности это позволяет сделать вывод о высокой конкуренции на данном рынке, а также ставит вопрос об иных продуктовых границах рынка при его будущем анализе. Расширение возможностей для потребителей услуг (обеих сторон платформы на многостороннем рынке) меняет продуктовые границы рынка, что становится решающим аргументом в пользу большей конкуренции на нем. В данном случае мы видим пример коренного изменения общих условий обращения услуги на товарном рынке.

Спецификой анализа цифровых рынков становится необходимость регулярно переоценивать такие ключевые параметры, как продуктовые границы и взаимозаменяемость различных сервисов и технических решений.

¹⁶ Доля OZON почти удвоилась с I квартала 2021 года по I квартал 2023 года, достигнув 39%, а доля Wildberries снизилась с 57 до 40%.

¹⁷ См.: решение ФАС России от 29.12.2020 по делу № 11/01/10-41/2019. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/cdf15018-ef29-40e8-acbd-d39edc8aee39/> (дата обращения: 28.06.2024). В решении указано: Комиссия пришла к выводу, что исследуемый рынок услуг агрегаторов информации о средствах размещения является самостоятельным рынком, и его продуктовые границы не могут быть расширены на другие каналы распространения услуг средств размещения (гостиничных услуг), поскольку о невозможности такого расширения заявляют сами средства размещения, а также конечные потребители услуг средств размещения (гостиничных услуг).

Определение доминирующего положения на промышленных рынках

Особенностью отечественного антимонопольного права в течение многих лет являлась концепция коллективного доминирующего положения. Суть ее сводится к описанию в законе олигополии, т.е. рыночной власти не более чем 3–5 крупнейших хозяйствующих субъектов. В рамках данной концепции каждый из таких субъектов *при определенных условиях* получает рыночную власть и может ею злоупотребить. Ключевым обстоятельством является описание таких условий, поскольку нельзя утверждать, что участник рынка с долей 10% (а нижней границей в данном случае выступает уровень в 8%) *a priori* имеет рыночную власть по отношению к покупателям и может определять такие условия обращения товара на рынке, как цена и объем выпуска.

Неразрешенным вопросом концепции коллективного доминирующего положения является то, в какой степени при анализе рыночной власти одной из компаний должны учитываться действия остальных олигополистов. В наиболее простом случае мы имеем дело с одновременными действиями, например увеличением цены. Если оценивать такие действия в их взаимосвязи, то мы логически должны применять нормы, описывающие сговор или согласованные действия. Если оценивать их отдельно для каждой компании, то мы упускаем, что в отрыве от действий других участников рынка такая компания не может получить рыночную власть и злоупотребить ею.

Попытка разрешения данного противоречия принята Верховным Судом, который отметил следующее.

*При выполнении совокупности условий, установленных в части 3 статьи 5 Закона [о защите конкуренции], доминирующими на рынке могут быть признаны несколько хозяйствующих субъектов (или групп лиц), не образующих группу лиц между собой. При этом в силу части 1 статьи 5 Закона оценивается **возможность совокупного влияния** всех субъектов коллективного доминирования на условия обращения товара на товарном рынке в целом¹⁸.*

Такое краткое разъяснение, к сожалению, не привнесло ясности в текущую судебную практику. В одном из недавних дел суд, соглашаясь с выводами ФАС России, указал, что разъяснение *не позволяет отождествлять совокупное влияние как качественный критерий доминирования с совокупным злоупотреблением доминирующим положением*. Квалификация действий одного из доминантов как злоупотребления *не ставится в зависимость от наличия такого нарушения в действиях иных лиц, также занимающих доминирующее положение*¹⁹. Этот вывод особенно интересен, поскольку в данном конкретном случае ФАС России, а затем и суды рассматривают в параллельных процессах потенциальные нарушения всех трех доминантов. То, что отечественное антимонопольное правоприменение полагает возможным не рассматривать наличие или отсутствие взаимосвязи действий олигополистов при одновременном обвинении в нарушении каждого из них, представляется парадоксальным.

Выбор более корректной процессуальной формы, т.е. рассмотрение действий всех коллективных доминантов в одном антимонопольном и, соответственно, судебном деле, в известной степени позволил бы провести более глубокую оценку совокупного влияния на рынок и взаимосвязи действий его основных участников.

Как было отмечено, коллективное доминирующее положение доказывается путем оценки совокупной доли крупнейших хозяйствующих субъектов при условии ее стабильности в течение нескольких лет. Из приведенного выше решения выясняется, что анализ объема рынка и долей хозяйствующих субъектов на нем проведен *на основании данных об объеме максимальных производственных мощностей*. Аналогичный подход, т.е. анализ долей хозяйствующих субъектов на основе максимальных производственных мощностей, а не объемов производства или продаж, характерен для целого ряда недавних решений антимонопольного органа, от-

¹⁹ Цитируется не вступившее в законную силу решение АС города Москвы от 30 января 2024 г. по делу № А40-79261/22-2-414. Судебным актом Девятого ААС, принятым в закрытом режиме 04.06.2024, решение отменено в связи с утверждением мирового соглашения. Разумеется, в рамках обычного анализа судебной практики не следует опираться на решение первой инстанции, не вступившее в силу. Однако целью статьи является оценка текущего правоприменения. По убеждению автора, процитированный подход суда является позицией антимонопольной службы на текущий момент.

¹⁸ См.: п. 9 Постановления Пленума ВС от 04.03.2021 № 2.



носящихся к сфере промышленности (например, рынки стекла, деревообработки, газобетонных блоков)²⁰.

Порядок анализа состояния конкуренции допускает использование такого показателя, как производственные мощности, если отраслевые особенности рынка позволяют более точно охарактеризовать положение хозяйствующего субъекта на рынке именно на основе этого показателя. Однако оценка рынка на основании максимальных производственных мощностей — относительно новая и небесспорная тенденция. Ранее опора исключительно на показатель объема производственных мощностей, судя по изученным нами и опубликованным ФАС России отчетам²¹, не использовалась или использовалась как дополнительная вместе с расчетом долей по объему продаж.

Следует отметить сложности такого подхода. Во-первых, это проблема с определением максимальной производственной мощности, поскольку в зависимости от особенностей производства таковая может определяться по-разному. Во-вторых, сложность вызывают расчеты объема рынка при наличии импорта: сравнение производственной мощности отечественных предприятий с объемом импорта продукции — это сравнение несопоставимых величин. В-третьих, мощность может вовсе не использоваться или использоваться для производства другой продукции, или по иным причинам быть временно или постоянно недоступной для потребителей определенного товара. В этом случае субъект, располагающий производственными мощностями, которые могут быть использованы для выпуска определенного товара, но не используемыми таким образом, может быть потенциальным, но недействующим участником рынка. При проведении ретроспективного анализа, обязательного для рассмотрения

антимонопольных дел, учет таких участников рынка и (или) расчет их долей по максимально возможным производственным мощностям вместо фактических объемов продаж (выпуска) может искажать состояние конкуренции. Также отметим, что расчет долей на основании производственных мощностей будет практически всегда показывать их относительную стабильность. Получается, что ключевой качественный критерий коллективного доминирующего положения «относительная стабильность долей» олигополистов при таком подходе выполняется почти всегда.

Как представляется, в настоящее время ничто не препятствует применению концепции коллективного доминирующего положения и злоупотребления им почти к любому олигополистическому рынку. Тем самым наиболее крупные участники рынка *де-факто* оказываются в периметре действия запретов и ограничений ст. 10 Закона о защите конкуренции. Это, в свою очередь, позволяет государству контролировать их действия на предмет объемов продаж на внутреннем рынке, недискриминационных условий, уровня цен и других условий обращения товаров. Вместе с тем развитие методов анализа традиционных товарных рынков не должно приводить к неоправданному учету одних факторов и параметров в ущерб другим. Представляется оправданным более комплексный и всесторонний подход.

Злоупотребление доминирующим положением

Нередко взаимодействие антимонопольного регулятора и участников рынка направлено на предотвращение правонарушения. Хозяйствующие субъекты, получив запрос антимонопольного органа или выводы о наличии у них доминирующего положения на товарном рынке, принимают добровольные обязательства, направленные на ограничение роста цен²². В связи с этим можно вспомнить обсуждение института предупреждений в антимонопольном праве. Выдача предупреждений предусмотрена в отношении ряда злоупотре-

²⁰ См., напр.: решение ФАС России от 09.01.2023 по делу № 05/01/10-17/2022. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-promyshlennosti/c1486436-8cb1-47f7-a68f-0bc6bd75393/> (дата обращения: 28.06.2024).

²¹ См., напр., аналитические отчеты на рынке офсетной бумаги (<https://fas.gov.ru/documents/561714?ysclid=I9fidjm0zi782685103>); на рынке стальных прутков для армирования железобетонных конструкций, где максимальные производственные мощности учитывались дополнительно к объему реализации (<https://fas.gov.ru/documents/561750?ysclid=I9fil160ts722381159>); на рынке листового проката для судостроения (<https://fas.gov.ru/documents/561916>); на рынке цинкового концентрата (применялся объем производства) (<https://fas.gov.ru/documents/685773>) (дата обращения: 28.06.2024); и т.д.

²² См., напр., сообщение ФАС России от 11 марта 2024 г. о том, что крупнейшие производители кормов для домашних животных готовы взять на себя добровольные обязательства по снижению цен: <https://fas.gov.ru/news/33135> (дата обращения: 28.06.2024).

треблений доминирующим положением (например, в случае отказа от заключения договора), что позволяет хозяйствующему субъекту исправить сложившуюся ситуацию и избежать возбуждения антимонопольного дела, а следовательно, и штрафов²³. Такая возможность отсутствует в случае установления признаков монополично высокой цены — антимонопольный орган обязан возбудить дело даже в случае последующего ее снижения.

Следует ли усматривать в недавней практике взаимодействия антимонопольного регулятора и участников рынка потребность в некоторых элементах института предупреждений для ценовых нарушений? Разумеется, с юридической стороны примеры добровольного ограничения цен (наценок) под влиянием антимонопольного органа не тождественны установлению признаков монополично высокой цены: в противном случае в рамках действующего законодательства были бы возбуждены антимонопольные дела. Это скорее элементы применения «мягкого» права со стороны регулятора и примеры повышения правосознания участников рынка. Однако из этого следует, что и регулятор, и участники рынка видят преимущества оперативного воздействия на уровень цен по сравнению с длительными антимонопольными разбирательствами. Неудивительно, что количество дел по злоупотреблению доминирующим положением сокращается²⁴. Допускаем, что дискуссия о допустимости выдачи предупреждений при выявлении признаков монополично высокой цены возобновится.

Если обратиться к доказыванию установления монополично высокой цены, то следует отметить практически полный отказ от метода сопоставимых рынков. Антимонопольный орган устанавливает монополично высокую цену на основании анализа затрат и уровня прибыли хозяйствующего субъекта (так называемый затратный метод).

Требование закона доказать, что монополично высокая цена превышает цену, сформированную в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по составу покупателей или продавцов, условиям обращения товара и другим параметрам (сопоставимый товар-

ный рынок), смягчено в законе оговоркой *при его наличии на территории Российской Федерации или за ее пределами*²⁵. В правоприменительной практике давно обнаружилась склонность антимонопольного органа доказывать отсутствие такого сопоставимого товарного рынка. В новейшей практике эта тенденция полностью подтверждается.

В свете этого интересно отметить предложения сузить саму возможность обращения к анализу цен на сопоставимых рынках. В настоящее время в Государственной Думе рассматривается законопроект № 409891-8²⁶, который в интересующей нас части исключает рынки за пределами Российской Федерации из понятия *сопоставимый товарный рынок* при определении монополично высокой и монополично низкой цены.

Законопроект носит принципиальный характер в силу ряда причин. Во-первых, для рынков в географических границах Российской Федерации, а таковых достаточно много, сопоставимым может быть только рынок за ее пределами. В случае принятия законопроекта анализ цены на таких рынках можно будет провести только затратным методом. Во-вторых, при наличии экспорта за пределы Российской Федерации зарубежный рынок может представлять собой экспортную альтернативу для отечественного производителя продукции. Хозяйствующий субъект не сможет принимать такую цену в расчет при ценообразовании на внутреннем рынке, однако должен обеспечить его приоритет в части поставок необходимых объемов продукции. Если учесть еще и предложенные поправки в ст. 8 «Согласованные действия хозяйствующих субъектов», которые исключают возможность оправдывать одновременные действия на рынке *изменением цен на товар на мировых товарных рынках*, то можно прийти к выводу, что следование ценам на мировых рынках при определении цены на внутреннем рынке само по себе создает риск нарушения антимонопольного законодательства. Некоторые последствия данного подхода для отечественного конкурентного права отмечены выше: акцент на затратном методе определения монополично высокой цены, потребность в выработке подходов к определению обоснованной рентабельности, опора на российские статистические показатели и параметры

²³ Статья 39.1 Закона о защите конкуренции.

²⁴ См. статистику на с. 134 Доклада о состоянии конкуренции за 2023 год.

²⁵ См.: ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции.

²⁶ См.: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/409891-8>. Законопроект цитируется по редакции, принятой в первом чтении.



прошлых периодов, не всегда имеющие достаточную информативность, предложения по изменению ранее выданных предписаний. В будущем это может привести к закреплению в российском конкурентном праве обособленных правил анализа ценообразования, основанных на ограниченном числе факторов, а в правоприменении в отдельных случаях — к ошибкам первого рода (наказанию невиновных).

В отношении учета биржевых и внебиржевых индикаторов, установленных на мировых рынках, законопроектом предлагается вместо обязанности учитывать такие индикаторы оставить *возможность* такого учета. В отношении отечественных биржевых индикаторов сохраняются действующие правила, при соблюдении которых цена, не превышающая биржевую, не может быть признана монопольной. С практической точки зрения доказать определенный уровень цен на сопоставимом зарубежном рынке и сейчас можно только при наличии таких индикаторов (иные менее надежные источники подвергаются разумным сомнениям). По этой причине было бы целесообразно проводить учет зарубежных биржевых и внебиржевых индикаторов в рамках концепции сопоставимых рынков. Рекомендуется разработать критерии учета мировых индикаторов, например исходя из подходов, отраженных в правилах экономического анализа практик ценообразования доминирующих субъектов.

|| Таким образом, законопроект все же не полностью закрывает возможность обращаться к ценовым индикаторам на мировых рынках.

Нельзя не отметить примеры применения общего запрета на злоупотребление доминирующим положением к новым обстоятельствам, возникающим в текущих условиях обращения товаров и услуг на рынках Российской Федерации.

В 2022 году ФАС России установила нарушение в условиях использования *Youtube*, выразившееся в формулировке неопределенных положений, позволяющих произвольно и без уведомления (или предупреждения) блокировать (или удалять) любой аккаунт (или контент) на сервисе²⁷. Рассмотрение дела было вызвано

применением соответствующих положений к аккаунтам российских создателей видеоконтента. При этом сами владельцы заблокированных аккаунтов должным образом не были проинформированы о причинах блокировок и не могли обжаловать указанные действия администрации сервиса *YouTube*, что создало для них и потребителей их контента неопределенность и ущемляло их интересы. В данном случае положения запрета на злоупотребление доминирующим положением были применены с целью *обеспечения прав на беспрепятственное получение и распространение информации на рынке сервисов видеохостинга*. Это можно считать некоторым расширением сферы действия ст. 10 Закона о защите конкуренции. Закон о защите конкуренции направлен в том числе на защиту прав и законных интересов, поддержание благосостояния потребителей как отдельной категории *участников рынка*, приобретающих товары (работы и услуги) для удовлетворения личных нужд²⁸. В данном случае услуги на рынке видеохостинга предоставляются потребителям бесплатно, что, однако, не явилось препятствием для признания потребителей контента в качестве участников рынка в понимании антимонопольного законодательства. Также решение продиктовано защитой прав хозяйствующих субъектов на рынке распространения контента и на смежном рынке рекламы.

В апреле 2024 года ФАС России заподозрила *Apple* в нарушении антимонопольного законодательства в связи с невозможностью использования на устройствах *Apple* систем бесконтактной оплаты российских банков. По мнению Службы, *Apple* создает преимущественные условия для собственных приложений и приложений сторонних разработчиков, зарегистрированных не в России, а также платежной системы *Apple Pay* по сравнению с приложениями российских разработчиков и российскими платежными системами²⁹.

Итак, мы видим, что в условиях общего сокращения количества дел сама конструкция запрета на злоупотребление доминирующим положением постепенно расширяется на более широкий круг лиц и товарных рынков. При обеспечении защиты конкуренции прямо или косвенно получает защиту более широкий круг общественных отношений и прав (например, право на получение информации).

²⁷ См.: решение ФАС России по делу № 11/01/10-12/2021 в отношении *Google LLC*, признанное законным в рамках судебного обжалования.

²⁸ См.: п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2.

²⁹ См.: <https://fas.gov.ru/news/33184> (дата обращения: 28.06.2024).

Видоизменяются методы определения доминирующего положения, приобретая большую вариативность и более выраженные отраслевые особенности. При этом общим для анализа состояния конкуренции на различных рынках фактором становится оценка рыночной власти крупнейших хозяйствующих субъектов, возникающей в силу определенной структуры товарного рынка.

Продолжает расти значимость затратного метода для определения монопольно высокой цены с неуклонным сокращением значения метода сопоставимых рынков, в особенности зарубежных рынков. Эта тенденция придает большую значимость определению и оценке факторов спроса и предложения, определению требований к индикаторам уровня цен на внутреннем рынке. В связи с этим видится потребность, с одной стороны, в формировании более ясных ориентиров для ценообразования на отечественных рынках и правил оценки обоснованности цен, а с другой — в сохранении законной возможности учета тенденций на зарубежных рынках, напрямую влияющих на российские товарные рынки.

Можно говорить о приспособлении существующих институтов антимонопольного регулирования к новым обстоятельствам без их коренного изменения и существенного пересмотра. В процессе правоприменения формируется совокупность рекомендательных методик, обязательных предписаний и различных односторонних добровольно принимаемых самоограничений. Это расширяет регулирующее воздействие норм Закона о защите конкуренции и определяет пределы свободы предпринимательской деятельности

в настоящее время. Важно, чтобы сформированный корпус правил сам по себе не стал барьером для отечественного бизнеса, а инструменты и методики анализа состояния конкуренции позволяли своевременно улавливать изменения рынков. Отрадно, что антимонопольный регулятор не упускает из виду то, что в результате перестройки рынков конкуренция может усиливаться, а границы рынков изменяться. ■

Russian Antitrust in the Era of Sanctions Wars: Implications for Antitrust Regulation

The article considers the gradual transformation of antitrust regulation under the influence of sanctions restrictions and their recent economic consequences. The author concludes that the existing institutions of antitrust regulation are being adapted to new circumstances without fundamental changes. In the process of law enforcement a set of advisory techniques, mandatory prescriptions and unilateral voluntary self-restrictions is formed. This expands the regulatory impact of the norms of the Law on Protection of Competition and determines the limits of freedom of entrepreneurial activity at present.

Keywords: antitrust law, competition, dominant position, abuse, sanctions, digital markets

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Nikolay N. Voznesenskiy

Managing Partner of *ALUMNI Partners*, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: nikolay.voznesenskiy@alumnipartners.ru)



**СТЕФАНИЯ БОРИСОВНА
СЕГАЛ (РЕШЕТНИКОВА)**

ведущий юрист
антимонопольной
практики юридической
компании «Пепеляев
Групп», преподаватель
кафедры
предпринимательского,
трудового и
корпоративного
права юридического
факультета имени
М.М. Сперанского
РАНХиГС при
Президенте РФ



**АНТОН ОЛЕГОВИЧ
МАСЛОВ**

эксперт Международного
центра конкурентного
права и политики БРИКС
НИУ «Высшая школа
экономики», старший
преподаватель кафедры
конкурентного права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
кандидат юридических
наук

ПЯТЫЙ АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ ПАКЕТ: НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ НОВЕЛЛ*

1 сентября 2023 года вступили в законную силу поправки к Федеральному закону «О защите конкуренции» — долгожданные поправки, которые представители антимонопольного сообщества называют пятым антимонопольным пакетом. Законотворческий процесс вызвал бурные дискуссии и занял без малого шесть лет, а сам законопроект неоднократно претерпевал корректировки и изменения. Принятая в итоге редакция пятого антимонопольного пакета стала следствием достигнутого компромисса между регулятором и бизнес-сообществом.

В статье подробно рассматриваются основные новеллы, анализируются новые категории и институты, которые получили легальное закрепление («цифровая платформа», «сетевой эффект»), новые критерии для доминирования владельцев цифровых платформ, новые пороговые значения для государственного антимонопольного контроля за сделками экономической концентрации и многие другие. Новеллы сравниваются с аналогами в законодательстве иностранных юрисдикций.

Авторы отдельно исследуют сильные и слабые стороны поправок, предлагают варианты интерпретации тех норм, которые поддаются двоякому толкованию, а также оценивают риски, с которыми могут столкнуться хозяйствующие субъекты в рамках применения новелл.

Ключевые слова: пятый антимонопольный пакет, антимонопольное регулирование, конкурентное право, цифровые платформы, агрегаторы, маркетплейсы, цифровые компании, цена сделки, доминирующее положение, цифровые рынки

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-33-42

* Позиция авторов может не совпадать с позицией организаций, по отношению к которым авторы заявили о своей аффилиации.

Введение

27 июня 2023 года Государственная Дума в третьем чтении приняла в Закон о защите конкуренции¹ поправки², которые СМИ и представители антимонопольного сообщества называют пятым антимонопольным пакетом. Кроме того, 20 июля 2023 года были приняты поправки в КоАП РФ³, которые признаются экспертами составной частью указанного законопроекта. Поправки вступили в силу 1 сентября 2023 года.

Работа над пятым антимонопольным пакетом началась еще в 2017 году. Определенным катализатором этого стала сделка по слиянию компаний *Bayer* и *Monsanto*, которая обнаружила неспособность действующего на тот момент антимонопольного законодательства эффективно отвечать потребностям цифровой экономики.

В тот период Россия была одной из первых стран в мире, которые предприняли попытки адаптировать антимонопольное законодательство к вызовам цифровой экономики. Но, как известно, закрепление в законодательстве новых терминов всегда влечет за собой дискуссии среди представителей доктрины и практики, предметом которых выступает как сама необходимость в нормативной дефиниции новых терминов, так и их легальное содержание. Пятый антимонопольный пакет не стал исключением.

С одной стороны, представители доктрины неоднократно положительно оценивали идею принятия законопроекта⁴ и отмечали его важность для развития предпринимательства в России⁵. С другой стороны, у законопроекта был и ряд весомых оппонентов⁶. Как

следствие, его рассмотрение в парламенте затруднилось и замедлилось. В итоге законотворческий процесс занял без малого шесть лет, а первой страной, принявшей «цифровые» поправки в закон о защите конкуренции, стала Германия. Немецкие новеллы во многом совпадали с предложениями, которые содержались в первой версии пятого антимонопольного пакета.

Попробуем разобраться, почему принятие пятого антимонопольного пакета так растянулось по времени.

Изначально законопроект задумывался как «цифровой»⁷, поскольку устанавливал правила антимонопольного регулирования деятельности владельцев цифровых платформ, а также изменял нормы о картелях на торгах, осуществляемых с использованием ценовых алгоритмов.

Первая его версия была представлена в марте 2018 года и включала в себя ряд положений, направленных на совершенствование регулирования контроля за экономической концентрацией и иных институтов антимонопольного законодательства. В частности, предлагалось:

— ввести новые «цифровые» критерии для установления доминирующего положения: факт владения цифровой платформой, а также наличие сетевого эффекта (зависимости потребительской ценности товара от количества пользователей);

— распространить действие нормы о возможности признания соглашений, согласованных действий допустимыми на случаи незаконной координации экономической деятельности;

— рассматривать факт использования программного обеспечения в целях контроля или установления цен в качествеотягчающего административную ответственность обстоятельства;

— реформировать институт контроля за экономической концентрацией, в том числе ввести новый ценовой критерий для согласования сделок с ФАС России (если стоимость сделки превышает 7 млрд руб.), а также предусмотреть возможность приостановле-

¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

² См.: Федеральный закон от 10.07.2023 № 301-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“».

³ См.: Федеральный закон от 04.08.2023 № 426-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

⁴ *Самольсов П.В.* Цифровая трансформация антимонопольного регулирования // Юрист. 2022. № 1. С. 62–66; *Позднякова А.Э., Котова Д.А., Семенова Е.В.* Вопросы конкуренции на рынке социальных сетей // Закон. 2020. № 2. С. 74–85.

⁵ Социальное гражданское право в его основополагающих институтах: коллект. монография / отв. ред. К.М. Некрашевич. М., 2022.

⁶ См., напр.: Замечания и предложения членов Ассоциации НП ОКЮР. URL: <https://rcca.com.ru/files/docs/2018/15022018/okur1.doc> (дата обращения: 31.08.2023).

⁷ Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции: монография / под ред. А.Ю. Цариковского, А.Ю. Иванова, Е.А. Войниканис. М., 2018.



ния сроков рассмотрения ходатайств о согласовании сделок на период до 9 месяцев и сделать процедуру рассмотрения ходатайств более открытой;

— ужесточить контроль за исполнением предписаний ФАС, в частности наделить Службу возможностью обращаться в суд с требованием о разрешении использования на территории РФ интеллектуальных прав, принадлежащих иностранным хозяйствующим субъектам, в случае неисполнения последними предписания, выданного ФАС по результатам рассмотрения ходатайства о согласовании сделки; а также с требованием об установлении запрета на введение в оборот на территории РФ товаров иностранного хозяйствующего субъекта, не исполнившего выданное предписание;

— отменить антимонопольные иммунитеты в отношении интеллектуальной собственности.

Надо отметить, что параллельно с пятым антимонопольным пакетом антимонопольный орган разработал еще ряд законопроектов, направленных на усиление борьбы с картелями и предполагающих внесение изменений в Закон о защите конкуренции, УК и УПК РФ. В частности, предполагалось наделение антимонопольного органа дополнительными полномочиями для более эффективного выявления и раскрытия картелей, а также совершенствование уголовного законодательства в части регламентации картеля как преступного деяния. Эти законопроекты появились фактически одновременно с пятым антимонопольным пакетом, но стали самостоятельной совокупностью поправок с отдельной от него судьбой.

Представленный общественности в 2018 году пятый антимонопольный пакет был раскритикован рядом государственных органов и общественных организаций.

ФАС в некоторой степени отреагировала на критику, внося изменения в законопроект и закрепив в нем наряду с изначально предложенными критериями доминирования четкие числовые критерии — долю на «рынке взаимозаменяемых услуг» в размере 35%, а также наличие выручки у хозяйствующего субъекта в размере не менее 400 млн руб. в год (впоследствии данный критерий был увеличен до 2 млрд руб.).

ФАС рассчитывала, что усовершенствованный законопроект будет принят в 2019 году, однако ожидания оказались преждевременными.

В сентябре 2020 года стало известно, что ФАС подготовила доработанную версию законопроекта, которой предлагалось увеличить штрафы за неисполнение предписаний и более детально регламентировать требования к экспертам, привлеченным к рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства.

ФАС планировала внести этот вариант в Государственную Думу в сентябре 2021 года, однако в итоге законопроект поступил в парламент лишь в июле 2022 года.

Внесенный в парламент документ содержал следующие положения:

— уточненный термин «сетевой эффект»;

— дополнение ст. 5 Закона о защите конкуренции в части особенностей проведения анализа состояния конкуренции в отношении цифровых платформ;

— более систематизированные положения об экспертизе и экспертах;

— более конкретные критерии наличия доминирующего положения у субъектов цифровых рынков;

— вывод картелей на торгах из-под действия картельных иммунитетов;

— цена сделки как дополнительный критерий для предварительного согласования сделки с ФАС;

— распространение нормы о признании соглашений и согласованных действий допустимыми на случаи незаконной координации экономической деятельности;

— положения, касающиеся реализации новых институтов контроля за экономической концентрацией, направленные на обеспечение открытости рассмотрения ходатайств.

Лишь в ноябре 2022 года Государственная Дума приняла пятый антимонопольный пакет в первом чтении, указав при этом на необходимость некоторых неконцептуальных поправок к законопроекту⁸. Соответству-

⁸ Проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“». URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/160280-8?ysclid=lbotwo7vwx247878296#bh_histras (дата обращения: 23.04.2023).

ющие поправки были утверждены, а в июне 2023 года закон был принят в окончательном третьем чтении и в июле подписан Президентом.

По сравнению с первоначальной версией принятая редакция пятого антимонопольного пакета претерпела существенные изменения, причем многие весьма прорывные предложения были отклонены в ходе законотворческого процесса.

Так, не нашло своего закрепления предложение об отмене антимонопольных иммунитетов для интеллектуальной собственности. Правильность их отмены активно отстаивалась и отстаивается в доктрине⁹. В то же время ряд исследователей права интеллектуальной собственности негативно относятся к этому предложению¹⁰, поэтому неудивительно, что законодатель решил отложить его до лучших времен.

Принятые изменения в целом и целом можно охарактеризовать с положительной стороны. Есть единственный нюанс. Ни для кого ни секрет, что цифровые технологии стремительно развиваются и за последние шесть лет сильно убежали вперед. По этой причине лишь время и практика применения антимонопольными органами и судами покажут, насколько принятые изменения будут актуальны и эффективны для текущих вызовов.

Условно принятые поправки можно разделить на несколько блоков: 1) введение критериев доминирующего положения владельцев цифровых платформ; 2) реформирование института антимонопольного контроля за экономической концентрацией; 3) расширение сферы применения института экспертизы; 4) иные поправки, в той или иной степени затрагивающие вопросы привлечения к ответственности.

Рассмотрим каждый блок подробнее.

⁹ Дюмина В.Э. Комплементарность конкурентного законодательства и права интеллектуальной собственности в условиях цифровой экономики // Конкурентное право. 2023. № 2. С. 30–33.

¹⁰ Ворожевич А.С. Исключительные права в цифровой сфере: объекты, границы, пределы осуществления (комментарий законодательства) // Современные информационные технологии и право: монография / отв. ред. Е.Б. Лаутс. М., 2019. С. 208–233.

1. Доминирующее положение владельцев цифровых платформ

В Законе о защите конкуренции появилась новая ст. 10.1, которая устанавливает критерии доминирующего положения хозяйствующего субъекта — владельца цифровой платформы. Так, для определения доминирующего положения антимонопольному органу необходимо в совокупности доказать, что:

— сетевой эффект позволяет владельцу цифровой платформы влиять на общие условия обращения товаров на товарном рынке и/или создавать барьеры входа на товарный рынок и/или вытеснять с рынка других участников;

— сумма совершаемых посредством платформы сделок превышает 35% от общей суммы всех совершаемых на соответствующем товарном рынке сделок;

— выручка владельца платформы за последний календарный год превышает 2 млрд руб.

Обращает на себя внимание, *во-первых*, то, что действие ст. 10.1 распространяется исключительно на хозяйствующих субъектов — владельцев транзакционных цифровых платформ, в основном представленных маркетплейсами и агрегаторами. Экономическая деятельность хозяйствующих субъектов — владельцев нетранзакционных цифровых платформ, например социальных сетей и поисковиков, данной статьей не охватывается. Интересно, что изначально ФАС при подготовке законопроекта планировала применение этого подхода к обоим видам цифровых платформ, но потом было принято решение «сузить предмет регулирования»¹¹.

Может показаться, что законодатель как бы намеренно выводит указанных субъектов из сферы действия антимонопольных запретов. Однако это вовсе не так. На владельцев нетранзакционных цифровых платформ в равной степени распространяются положения ст. 5 и 10 Закона о защите конкуренции, но — без особенностей, установленных ст. 10.1.

¹¹ ФАС выступила за распространение «пятого цифрового пакета» на поисковики и соцсети. URL: <https://www.interfax.ru/russia/862906> (дата обращения: 21.09.2023).



Во-вторых, положения ст. 10.1 Закона о защите конкуренции имеют по отношению к ст. 5 Закона, по крайней мере в части индивидуального доминирующего положения, специальный характер, устанавливая иные качественные (сетевой эффект) и количественные критерии для определения доминирующего положения.

При этом остается открытым вопрос о критериях для коллективного доминирующего положения. Из буквального толкования нормы следует, что законодатель ввел отдельные критерии для установления индивидуального доминирующего положения владельцев транзакционных цифровых платформ (ст. 10.1), но оставил классические критерии для коллективного (ст. 5), что в какой-то степени является спорным и, вероятно, вызовет много дискуссионных вопросов на практике.

В-третьих, действия владельцев цифровых платформ с выручкой менее 2 млрд руб., например различных стартапов, не будут подпадать под действие ст. 10.1, при этом на таких владельцев цифровых платформ продолжают распространяться положения ст. 5.

2. Институт антимонопольного контроля за экономической концентрацией

2.1. Введено новое пороговое значение для сделок экономической концентрации — цена сделки.

О необходимости реформирования данного института неоднократно писали исследователи в сфере конкурентного права¹².

Новая редакция соответствующей ст. 28 Закона о защите конкуренции выглядит следующим образом:

«В случае, если суммарная стоимость активов по последним балансам лица, приобретающего акции (доли), права и (или) имущество, и его группы лиц, лица, являющегося объектом экономической концентрации, и его группы лиц превышает семь миллиардов рублей или если их суммарная выручка от

реализации товаров за последний календарный год превышает десять миллиардов рублей и при этом суммарная стоимость активов по последнему балансу лица, являющегося объектом экономической концентрации (таргетом), и его группы лиц превышает восемьсот миллионов рублей **ЛИБО** цена сделки превышает 7 миллиардов рублей (выделено нами. — С.С., А.М.) с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляются следующие сделки с акциями (долями), правами и (или) имуществом...»

То есть если цена совершаемой участниками гражданского оборота сделки превышает 7 млрд руб., то такая сделка подлежит предварительному согласованию с антимонопольным регулятором.

При этом норма сконструирована таким образом, что поддается двоякому толкованию. С одной стороны, создается ощущение, что цена сделки — это самостоятельное пороговое значение, которое применяется независимо от стоимости активов участников сделки. С другой стороны, указанную норму можно прочесть таким образом, что цена сделки является альтернативным пороговым значением по отношению к стоимости активов лица, являющегося объектом экономической концентрации (800 млн руб.).

Мы склоняемся к первому варианту толкования, поскольку он непосредственно следует из текста пояснительной записки к законопроекту. В последнем четко отражено, что необходимость введения нового критерия обусловлена тем, что в условиях функционирования современных цифровых рынков традиционные критерии, основанные на сумме выручки участников сделок или действий экономической концентрации и величине их активов, могут не отражать реального влияния на экономические условия сделки, совершаемой в рамках экономической концентрации.

Итак, теперь сделки подлежат согласованию с ФАС России в двух случаях: 1) если балансовая стоимость активов продавца (когда его активы берутся в расчет), покупателя и объекта экономической концентрации (и их групп лиц) превышает установленные в законе пороговые значения; б) если цена совершаемой сделки превышает 7 млрд руб.

¹² Иванов А.Ю. Контроль монополизации в условиях цифровой экономики: первая часть дискуссии о пятом антимонопольном пакете // Закон. 2018. № 2. С. 106–119.

Данное новшество можно оценить позитивно. Введение в российское антимонопольное законодательство такого порогового значения для сделок экономической концентрации, как цена сделки, позволит включить в сферу государственного антимонопольного контроля за экономической концентрацией сделки в отношении имущества владельцев цифровых платформ, действительная рыночная стоимость которого на момент совершения сделки не соответствует его балансовой стоимости, отраженной в бухгалтерской документации участников совершаемой сделки.

Также это позволит осуществлять контроль за сделками, которые ранее выпадали из сферы антимонопольного контроля по причине того, что активы покупателя и объекта экономической концентрации были меньше пороговых значений, а активы продавца в силу прямого указания закона (ч. 3 ст. 28 Закона о защите конкуренции) не учитывались, поскольку в результате совершения сделки он утрачивал контроль над отчуждаемыми активами.

В то же время многими экспертами-экономистами высказываются обоснованные сомнения в эффективности введенного критерия. В частности, отмечается, что из 46 сделок, совершенных крупнейшими ИТ-компаниями («Яндекс», VK и МТС) с 2010 по 2022 год, в том числе направленных на приобретение стартапов, только 22 подлежали бы согласованию с антимонопольным органом по нему¹³.

Полагаем данные сомнения достаточно справедливыми. Тем не менее стоит отметить, что ФАС не преследует цели тотального контроля за всеми совершаемыми на товарном рынке сделками с участием цифровых компаний, а насколько указанное пороговое значение окажется эффективным для целей антимонопольного контроля — покажет время и правоприменительная практика.

2.2. Появляется институт заключения об обстоятельствах при рассмотрении ходатайства о даче согласия на совершение сделки или иного действия в рамках государственного антимонопольного контроля за экономической концентрацией. Ранее данный институт

использовался только при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Заключение об обстоятельствах дела выносится, если регулятор приходит к предварительному выводу, что notifying сделка приведет или может привести к ограничению конкуренции.

Заключение содержит фактические и иные обстоятельства, установленные антимонопольным органом по результатам рассмотрения ходатайства (в том числе по итогам анализа состояния конкуренции), описание доказательств, подтверждающих предварительные выводы о влиянии сделки на состояние конкуренции, а также предлагаемые ФАС условия, которые могут быть установлены в отношении заявителя и (или) иных лиц, участвующих в сделке, и направлены на обеспечение конкуренции.

Сопутствующим нововведением является возможность очного рассмотрения ходатайств о получении согласия на совершение сделки (иного действия). Ранее была лишь письменная (заочная) процедура, не предусматривающая очных слушаний, как это допускается в ряде других юрисдикций, в частности Европейской комиссией.

Очная процедура возможна по инициативе участников сделки или регулятора, если вынесено заключение об обстоятельствах дела. Иными словами, если регулятор приходит к выводу, что совершаемая сделка может негативно отразиться на конкуренции, то допускается очное рассмотрение ходатайства, чтобы участники сделки и регулятор могли в формате слушаний обсудить потенциальное негативное влияние сделки на конкуренцию.

До введения указанных изменений хозяйствующие субъекты, как правило с момента подачи заявления и до момента получения от антимонопольного органа официального решения, находились в информационной изоляции и зачастую не могли даже предположить, увидит ли антимонопольный орган в согласуемой сделке какую-либо опасность для конкуренции и какое решение будет вынесено. На практике заявители в период рассмотрения сделки в некоторых случаях направляли в антимонопольный орган дополнительные пояснения о безопасности сделки для конкуренции и даже о ее положительных эффектах для рынка,

¹³ Павлова Н., Маркова О. Сделки с участием цифровых компаний в контексте пятого антимонопольного пакета // Конкуренция и право. 2023. № 3. С. 60–66.



но такие действия никак не были регламентированы законодательством и не было никаких гарантий, что ФАС примет их во внимание при вынесении решения.

С учетом этого полагаем, что нововведения положительным образом повлияют на процедуру согласования сделок в ФАС, поскольку у заявителей появилась возможность еще до вынесения антимонопольным органом решения по сделке ознакомиться с предварительными выводами ФАС, сформировать свои возражения в случае несогласия с ними и представить дополнительные пояснения, т.е. заявителю и иным участникам сделки фактически предоставлена возможность повлиять на финальное решение антимонопольного органа по сделке.

2.3. К новым механизмам, позволяющим заявителю и иным участникам сделки влиять на решение антимонопольного органа по ходатайству, относится также институт *commitments*, появившийся в рамках процедуры контроля за экономической концентрацией. Теперь участники сделки до момента принятия антимонопольным органом решения по результатам рассмотрения ходатайства вправе представить письменные обязательства о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции. Указанные обязательства будут учитываться антимонопольным органом при принятии итогового решения.

Данный инструмент активно используется в конкурентном праве ЕС и Англии в рамках процедуры согласования сделок и процедуры рассмотрения дел о злоупотреблении доминирующим положением и заключении ограничивающих конкуренцию соглашений¹⁴.

3. Сфера применения института экспертизы

Теперь экспертиза может быть назначена как в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, так и в процессе согласования сделок экономической концентрации на товарных рынках, а равным образом при осуществлении контроля за вы-

данными предписаниями по уже одобренным сделкам. Экспертиза может быть назначена как по инициативе антимонопольного органа, так и по мотивированному ходатайству хозяйствующего субъекта, а также лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства.

Аналог данного института и ранее использовался хозяйствующими субъектами, которые весьма активно предоставляли в антимонопольный орган заключение специалистов по спорным правовым и неправовым аспектам. Также эксперт мог привлекаться антимонопольным органом в ходе проведения проверок.

Однако с принятием поправок предоставление экспертных заключений станет более формализованным с процессуальной точки зрения, что благоприятным образом отразится на развитии данного института при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства и нотификации сделок и иных действий в рамках контроля за экономической концентрацией. Содержательно данный институт максимально приближен к институту экспертизы в цивилистическом процессе (в рамках АПК РФ и ГПК РФ).

Важно также отметить, что нововведения устанавливают квалификационные требования к экспертам. Например, в соответствии с проектом приказа ФАС эксперт должен иметь теоретическую подготовку, практические навыки и опыт работы не менее пяти лет в сфере, относящейся к предмету рассмотрения антимонопольного органа¹⁵. Это, безусловно, сужает круг лиц, которые могут быть привлечены в качестве экспертов в ФАС, но, как ожидается, повысит доверие антимонопольного органа к экспертным заключениям и отразится на качестве экспертизы в целом.

Вместе с тем вызывает опасения предоставление эксперту доступа к материалам дела о нарушении антимонопольного законодательства, а также к материалам рассматриваемого ФАС ходатайства, которые могут содержать коммерческую тайну, исключительно с письменного разрешения антимонопольного органа.

¹⁴ См., напр.: решение Европейской комиссии от 20.12.2022 по делу AT.40462. URL: <https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/AT.40462> (дата обращения: 31.08.2023).

¹⁵ Проект приказа ФАС России «Об утверждении квалификационных требований к экспертам, привлекаемым антимонопольным органом или комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства». URL: <http://regulation.gov.ru/p/140061> (дата обращения: 21.09.2023).

Полагаем, что этот подход не защищает в полном объеме интересы лица, передавшего ФАС сведения, составляющие охраняемую законом тайну, даже несмотря на то, что в соответствии с законом такие сведения передаются эксперту только при условии дачи им письменного обязательства о неразглашении.

Представляется, что материалы, содержащие коммерческую тайну, должны предоставляться эксперту не только с согласия ФАС, но и с обязательного согласия лица — обладателя коммерческой тайны, поскольку именно оно несет существенные риски в случае разглашения.

Это в целом соответствовало бы логике ст. 45.2 Закона о защите конкуренции, согласно которой лица, участвующие в деле, получают доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, только под расписку и с согласия обладателя коммерческой тайны.

4. Иные поправки

4.1. Исключение из сферы действия иммунитета картеля на торгах

Изменения коснулись и так называемых картельных иммунитетов, установленных ч. 7 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Напомним, что ранее согласно данной норме запрет на антиконкурентные соглашения не распространялся на соглашения между хозяйствующими субъектами, которые входят в одну группу лиц, если один из них имеет контроль над другим либо если они оба находятся под контролем одного лица. При этом под контролем понимались исключительно две ситуации: наличие контрольного пакета акций (свыше 50%) либо осуществление функций единоличного исполнительного органа.

На практике данная норма вызывала множество проблем, в том числе связанных со злоупотреблениями хозяйствующих субъектов в виде заключения картельных соглашений на торгах под видом соглашений, формально подпадающих под иммунитет.

Вероятно, именно в связи с этим законодатель исключил из сферы действия картельного иммунитета картели на торгах, и теперь компании, заключившие картельное соглашение, будут нести ответственность

по п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции даже в тех случаях, когда они входят в одну группу лиц и соответствуют критерию подконтрольности.

Эти изменения, очевидно, должны способствовать более эффективной борьбе с картелями и нивелированию ситуаций с вынужденным прекращением дел из-за искусственно созданного картельного иммунитета. Кроме того, такое решение является логичным следствием принятия в 2023 году Конституционным Судом РФ ряда постановлений по вопросам применения норм об антиконкурентных картельных соглашениях¹⁶.

Например, УФАС по Самарской области признало ряд компаний нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции посредством заключения картельного соглашения, которое могло привести к ограничению конкуренции путем поддержания цен на торгах. Антимонопольный орган посчитал, что компании реализовывали единую стратегию, направленную на обеспечение друг другу победы на торгах с минимальным снижением начальной максимальной цены контракта.

Заявители, не согласившись с решением антимонопольного органа, апеллировали к тому, что для применения исключения из запрета на картели следует толковать понятие «контроль» более широко, не ограничиваясь двумя признаками, предусмотренными ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Так, заявители указывали, что у участников картеля есть бенефициарный владелец (гражданин Кошелев), который через цепочку юридических лиц косвенно владел компаниями — участниками картеля и давал им обязательные для исполнения указания на основании соглашения между акционерами компаний, определяя основные направления экономической деятельности. Следовательно, по мнению заявителей, участники картеля находились под фактическим контролем одного лица, что позволяет применить к ним исключение из запрета на картели, установленное ч. 7 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Однако данный довод не нашел поддержки у арбитражных судов, которые рассматривали дело № А55-16982/2020 об оспаривании решения и предписания УФАС по факту нарушения антимонопольного законодательства. Суды подчеркнули, что закрепленный

¹⁶ См.: Постановления КС РФ от 30.03.2023 № 12-П, от 19.04.2023 № 19-П // СПС «КонсультантПлюс».



в ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции перечень признаков подконтрольности является исчерпывающим и никакие иные взаимосвязи между компаниями внутри группы лиц не могут служить основанием для применения исключения из запрета на антиконкурентные соглашения.

В Постановлении от 30 марта 2023 года № 12-П Конституционный Суд РФ указал, что из конституционных требований защиты свободы экономической деятельности не вытекает обязанность государства легитимировать формы фактического контроля посредством предоставления группе лиц, в которой указанный контроль осуществляется, иммунитета от ответственности за заключение картельных соглашений. Кроме того, для хозяйствующих субъектов, образующих группу лиц, но не отвечающих признакам, обозначенным в ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции, их совместное неконкурентное участие в торгах не является вынужденной и единственно возможной стратегией реализации свободы экономической деятельности, и, соответственно, нераспространение на них исключения из запрета картеля на торгах не может рассматриваться как несоизмеримое ограничение их конституционных прав.

Именно после вынесения этого постановления Конституционного Суда в 2023 году в ч. 7 ст. 11 Закона о защите конкуренции были внесены изменения, в соответствии с которыми исключение из запрета на картели больше не распространяется на картели на торгах.

Тем не менее сомнительно решение законодателя вывести из сферы действия иммунитета одну конкретную разновидность картельного соглашения. Такой подход противоречит общей концепции антимонопольного законодательства о группе лиц как едином хозяйствующем субъекте.

4.2. Введение возможности признания незаконной координации экономической деятельности допустимой

Были уточнены положения о допустимости экономической координации деятельности, установленные Законом о защите конкуренции.

Так, действие ст. 13 Закона (признание антиконкурентных действий и соглашений допустимыми) распро-

странилось на институт координации экономической деятельности, в рамках которого ответственность несет лицо, осуществлявшее координацию.

Конечно, данный институт применяется на практике не так часто, в том числе в силу сложности доказывания определенных ст. 13 условий, наличие которых в совокупности необходимо для признания действий/соглашений допустимыми. Тем не менее полагаем, что саму возможность признания координации экономической деятельности допустимой можно оценить вполне позитивно, тем более что законодатель в принципе не относит данное нарушение к нарушениям повышенной общественной опасности, что, в частности, проявляется в фиксированном, а не оборотном штрафе (как, например, за картели и злоупотребление доминирующим положением, ограничивающее конкуренцию).

4.3. Изменения в КоАП РФ

Важно также отметить несколько изменений, внесенных в Кодекс об административных нарушениях, которые являются составной частью пятого антимонопольного пакета.

Так, примечание 4 к ст. 14.32 КоАП РФ было дополнено п. 3, который в качествеотягчающего административную ответственность обстоятельства за заключение и реализацию картельных соглашений устанавливает использование программы для ЭВМ, позволяющей осуществлять принятие решений (совершение действий), направленных на исполнение такого соглашения, в автоматическом режиме (без участия человека).

Кроме того, введена ч. 2.8 ст. 19.5 КоАП РФ, предусматривающая, что повторное неисполнение предписания антимонопольного органа (если ранее лицо уже было привлечено к административной ответственности за невыполнение этого предписания) влечет наложение штрафа в двукратном размере суммы ранее наложенного штрафа.

Эти изменения, очевидно, направлены на усиление борьбы с антиконкурентными картельными соглашениями и являются продолжением реализуемой в последние годы политики ФАС по ужесточению санкций за антимонопольные правонарушения.

Заключение

Ни для кого не секрет, что представители ИТ-гигантов и маркетплейсов долгое время чинили максимальные препятствия для принятия рассмотренных изменений. Безусловно, итоговый текст закона существенно отличается от первоначального проекта, что является логичным следствием многолетних споров и обсуждений. В целом принятые поправки можно оценить позитивно: они являются откликом на давно сформировавшуюся потребность в реформировании отдельных институтов антимонопольного законодательства, а также отвечают общемировому тренду на цифровизацию практически всех сфер общества. Полагаем, что реальную эффективность пятого антимонопольного пакета покажет правоприменительная практика. Что касается возможных недоработок и пробелов, которых пятый антимонопольный пакет не лишен, то, полагаем, они по традиции будут устраняться посредством «мягкого» права в виде разъяснений антимонопольного органа, а также судебной практики. ■

The Fifth Antimonopoly Package: Scientific and Practical Commentary of Novelties

On September 1, 2023, amendments to the Federal Law “On Protection of Competition”, named by antimonopoly community the fifth antimonopoly package, came into force. Amendments are long-awaited. The legislative process caused discussions and took almost six years, while the draft bill was repeatedly subjected to numerous adjustments and amendments. As a result, the adopted version of the fifth antimonopoly package has become a compromise between the regulator and the business community. The article contains detail analysis of the main newly introduced legal rules of that law, analysing new categories and institutions that have been legally enshrined: digital platform, network effect, new criteria for dominance of digital platform owners, new thresholds for antimonopoly control over merger and acquisitions and many others. The newly introduced legal rules are compared with available analogues in the legislation of foreign jurisdictions. The authors separately analyse the strengths and weaknesses of the amendments, offer options for interpreting legal norms that lend themselves to dual interpretation, and assess the risks that business entities may face.

Keywords: the fifth antimonopoly package, antitrust regulation, competition law, digital platforms, aggregator websites, marketplaces, digital companies, the value of a transaction, dominant position, digital markets

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Stephaniya B. Segal (Reshetnikova)

Senior Associate of Antitrust Practice at Pepeliaev Group, Lecturer of the Department of Business, Labour and Corporate Law at Speransky Law Faculty of the Russian Academy of National Economy and Public Administration (e-mail: s.segal@pgplaw.ru)

Anton O. Maslov

Expert of BRICS Competition Law and Policy Centre at HSE University, Senior Lecturer of the Department of Competition Law at Kutafin Moscow State Law University (Moscow State Law Academy), Candidate of Juridical Sciences (e-mail: ao.maslov@hse.ru)

REFERENCES

- Dyumina, V.E. “Complementarity of Competition Law and Intellectual Property Law in the Digital Economy” [*Komplementarnost' konkurentnogo zakonodatel'stva i prava intellektual'noy sobstvennosti v usloviyakh tsifrovoy ekonomiki*]. Competition law [*Konkurentnoe pravo*]. 2023. No. 2. P. 30–33.
- Ivanov, A.Yu. “Monopolization control in the digital economy: the first part of the discussion on the fifth antimonopoly package” [*Kontrol' monopolizatsii v usloviyakh tsifrovoy ekonomiki: pervaya chast' diskussii o pyatom antimonopol'nom pakete*]. Statute [*Zakon*]. 2018. No 2. P. 106–119.
- Nekrashevich, K.M. (ed.). Social civil law in its fundamental institutions: A collective monograph [*Sotsial'noe grazhdanskoe pravo v ego osnovopolagayushchikh institutakh: kollektivnaya monografiya*]. Moscow, 2022. 190 p.
- Pavlova, N. and Markova, O. “Transactions involving digital companies in the context of the Fifth Antimonopoly Package” [*Sdelki s uchastiem tsifrovyykh kompaniy v kontekste pyatogo antimonopol'nogo paketa*]. Competition and law [*Konkurentsiya i pravo*]. 2023. No. 3. P. 60–66.
- Pozdnyakova, A.E., Kotova, D.A. and Semenova, E.V. “Competition issues in the market of social networks” [*Voprosy konkurentsii na rynke sotsial'nykh setey*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 2. P. 74–85.
- Samolysov, P.V. “Digital transformation of antitrust regulation” [*Tsifrovaya transformatsiya antimonopol'nogo regulirovaniya*]. Lawyer [*Yurist*]. 2022. No. 1. P. 62–66.
- Vorozhevich, A.S”. Exclusive Rights in the Digital Sphere: Objects, Boundaries, Limits of Exercise (Legislative Commentary) [*Isklyuchitel'nye prava v tsifrovoy sfere: ob'ekty, granitsy, predely osushchestvleniya (kommentariy zakonodatel'stva)*], in: Lauts, E.B. (ed.). Modern information technologies and law: A monograph [*Sovremennyye informatsionnye tekhnologii i pravo: monografiya*]. Moscow, 2019. P. 208–233.



**ВАДИМ АНАТОЛЬЕВИЧ
БЕЛОВ**

профессор кафедры
коммерческого права
и основ правоведения
юридического
факультета МГУ имени
М.В. Ломоносова,
доктор юридических
наук, доцент

«ДЕЙСТВИЯ» ИЛИ «ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ»? К ПРОБЛЕМЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ФАКТОВ КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА

Автор доказывает, что конкурентное право придает юридическое значение не только традиционным фактам-действиям («точкам»), но и фактам-процессам, состояниям и обстоятельствам («отрезкам»), в частности — обычной хозяйственной (законной) и, наоборот, антиконкурентной (незаконной) деятельности. В последнем случае факты-действия имеют конкурентно-правовое значение не сами по себе, а только в контексте той деятельности, неразрывно связанными между собой компонентами которой они являются. При этом факторами, связывающими отдельные действия в деятельность, являются единое намерение хозяйствующего субъекта — конкурента и направленность действий на достижение одной единой антиконкурентной цели. Предметом предупреждения, установления, доказывания, пресечения и наказания должна быть именно такого рода деятельность, а не отдельные составляющие ее факты-действия.

Ключевые слова: конкуренция, конкурентное право, Закон о защите конкуренции, монополистическая деятельность, злоупотребление доминирующим положением, юридические факты, действия как юридические факты, деятельность, факты-процессы, факты-состояния, факты-обстоятельства

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-43-58

I

Конкурентное право — одно из самых необычных подразделений российского публичного права, притом со многих и многих точек зрения. В одной из наших предыдущих публикаций мы, помимо прочих, отметили следующую любопытную его особенность: «...в то время как основаниями динамики гражданских правоотношений и вообще наступления, изменения и прекращения юридических последствий в иных областях права являются действия и события (единичные, то-

чечные факты), конкурентное право увязывает такие последствия главным образом со всей деятельностью хозяйствующего субъекта в целом в течение известного периода времени (обычно год и более). Что это за юридический факт такой — деятельность в течение определенного срока или самое существование лица как хозяйствующего субъекта? Подобные „факты“ знакомы и некоторым другим отраслям права, в том числе коммерческому, экологическому, административному, уголовному, но их научными исследованиями никто никогда не занимался»¹.

С тех пор прошло уже более четырех лет, но воз, как говорится, и ныне там. Несмотря на то, что явной, четко очерченной сердцевинной нашего Закона о защите конкуренции² является глава (вторая), названная «Монополистическая деятельность (здесь и далее в цитатах выделено нами. — В.Б.)», ни один из российских юристов пока так и не задался вопросом: а что же такое деятельность с юридической точки зрения? Об отдельных действиях — центральном, во всех смыслах главном, типе юридических фактов — пишут много: и о действиях как таковых, и о разных видах действий, правомерных (сделках, договорах, извещениях и пр.) и неправомерных; а вот о деятельности — о том, когда простая последовательность, совокупность отдельных действий, перерастая саму себя, становится чем-то большим не только в философском и житейском, но и в юридическом плане, — не пишет совсем никто³. Да и не только о деятельности — у нас не занимаются вообще фактами иными, чем одномоментные, т.е. фактами длительного (продолжающегося в течение известного времени) существования, фактами-процессами, явлениями, состояниями и обстоятельствами — не фактами-«точками», из которых произрастают те или другие правоотношения, а фактами-«отрезками», выступающими той средой, в которой только соответственные

правоотношения и живут, тем фоном, иначе чем на котором эти правоотношения заметить невозможно, теми условиями, без которых они не способны существовать и (или) не могут появиться⁴.

Едва ли не единственными исключениями из этого печального общего правила являются понятия *длящегося и продолжающегося правонарушения* (в частности, преступления), слишком резкие публично-правовые черты которых мешают ученым распространить их действие за строгие им отведенные (административные и уголовные) рамки⁵; вопроса же о придании им общенаучного (теоретико-правового) значения, равно как и о переносе их в частное право (хотя бы и по аналогии) не обсуждал, кажется, никто. Очевидно также, что именно деятельность — юридический факт-процесс, продолжающийся в течение известного времени, — имеют в виду криминалисты еще и тогда, когда они рассуждают о *неоконченном преступлении* (см. нормы главы 6 УК РФ) — понятию, сходного которому нет более ни в одной другой отрасли права, не исключая даже ответственности за административные правонарушения. Не претендуя на создание сколько-нибудь глобальной концепции, исчерпывающим образом латающей все обозначенные дыры в нашей науке, мы остановимся буквально только на одном виде фактов-процессов — *монополистической деятельности*: постараемся установить его понятие и определить юридическое значение, т.е. позиционировать в системе юридических фактов российского конкурентного права. Естественно, мы допускаем, что нам придется коснуться также и каких-то других подобных — продолжающихся или длящихся — фактов, если вдруг выяснится, что без них решение поставленных задач будет невозможно.

Отчего же не просто юридическая наука, но даже наука частного права, уж, кажется, чем только не

¹ Белов В.А. Так что же такое конкурентное право? // Закон. 2020. № 2. С. 63.

² Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее также — Закон) // СПС «Консультант-Плюс».

³ В новейшей — без малого 800-страничной — монографии по юридическим фактам о **деятельности** в системе юридических фактов даже не упоминается — только об **отдельных действиях**; см.: Филиппова С.Ю. Юридические факты в гражданском праве: в 3 ч. Ч. I. Правомерные юридические действия: гражданско-правовые проблемы квалификации. М., 2020; Ч. II. Противоправные юридические действия: гражданско-правовые проблемы квалификации. М., 2021.

⁴ Мы уже обращали на это внимание в другой нашей публикации, подразумевая, что, быть может, найдутся коллеги, которых сей феномен заинтересует, — но нет, как выясняется, напрасно: никому он оказался неинтересен. См.: Белов В.А. Классификация юридических фактов: проблема верхнего уровня // Вестник экономического правосудия РФ. 2022. № 8. С. 81–83.

⁵ См.: Постановление Пленума ВС РФ от 12.12.2023 № 43 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о длящихся и продолжаемых преступлениях»; см. также ч. 1 и 2 ст. 3.3 проекта федерального закона № 703192-6 (проекта нового КоАП РФ).



занимающаяся и, среди прочего, скрупулезно работающая с фактами-«точками», совсем не желает замечать фактов-«отрезков»? Отчего о фактах — действиях частных лиц цивилистами написано, пожалуй, даже больше, чем нужно, а вот о гражданско-правовом значении той деятельности, которой занимаются те же частные лица, — ровным счетом ничего? Отчего вот это — назовем его нигилистическим (!) — отношение к понятию деятельности не осталось достоянием одной науки, но проникло аж в самое гражданское законодательство? Действительно, из, в частности, ст. 8, 9, 10 ГК РФ отлично видно, что основания возникновения гражданских прав и обязанностей — это всегда факты в строгом (собственном) смысле слова — факты-«точки». Что же касается фактов-«отрезков», и в том числе некоторое время длящихся (продолжающихся) действий, т.е. деятельности, то они обыкновенно рассматриваются уже не как сами основания возникновения, а как акты осуществления прав и исполнения обязанностей. То есть нельзя сказать, что ГК РФ совсем не видит фактов-процессов, включая деятельность, — видит, но дает им весьма своеобразную квалификацию: они — тоже факты, только не основания возникновения прав и обязанностей, а его результаты, или (для юридических целей) все равно факты-«точки»⁶. Сначала — с помощью факта-«точки» — нужно создать право или обязанность, а уж после можно будет осуществлять и деятельность по реализации созданного права или исполнению возникшей обязанности, т.е. будет иметь место факт-«процесс». Придается ли какое-нибудь юридическое значение последнему? Если да — какое? А если нет, то почему? И случайно ли, что такое отношение к деятельности выработалось именно в цивилистике — науке права частного?

В выяснении значения частноправовой деятельности в области частного же (гражданского) права нам могут помочь, во-первых, общие принципы организа-

ции и правового регулирования частных отношений, открывающие все курсы и учебники по дисциплине, а также закрепленные в ст. 1 и 2 ГК РФ, а во-вторых, его же нормы, массово упоминающие о самых разных и весьма многочисленных видах деятельности — от «интеллектуальной»⁷ (абз. 1 п. 1 ст. 1) и «предпринимательской» (абз. 3 п. 1 ст. 1) до деятельности «по производству товара» (подп. 10 п. 2 ст. 1522, подп. 2 п. 2 ст. 1536) и даже до не запрещенной законом деятельности вообще, деятельности как таковой (абз. 1 п. 1 ст. 1510, абз. 2 п. 1 ст. 1518)⁸. Вторые дополняют прежде сказанное в том смысле, что считают деятельность актом реализации не только конкретных (субъективных) прав, но и частной гражданской правоспособности; первые же — общие начала частного (гражданского) права — определяют, что частное (физическое или юридическое) лицо занимается той или другой деятельностью свободно и самостоятельно; что любую свою деятельность (как ту, заниматься которой оно имеет право, так и ту, на которую оно права не имеет) частное лицо осуществляет в своем интересе, на свой счет, страх, риск и под свою ответственность; что при этом оно вправе рассчитывать на покровительство и защиту закона (государства) в смысле недопустимости произвольного стороннего вмешательства в его деятельность.

Вот именно в этой формуле и заключен ответ на интересующий нас вопрос о том, когда и как с подобной деятельностью начинают связываться юридические последствия: происходит это ровно с тех пор, как она касается чужих частных интересов, т.е. из *правомерной частной деятельности (частной жизни)* превращается в *произвольное вмешательство в чужие частные дела (частную жизнь)*. Едва только это происходит, как тот конкретный фрагмент деятельности, который этих интересов коснулся и в них вмешался, искусственно вычленяется гражданским правом из общего процесса, вырезается из единой частной деятельности, квалифицируется как юридический факт-«точка», т.е. как *отдельное действие* (сделка, договор, иной акт, поступок), *к которому, в зависимости от его оценки (правомерное или не-*

⁶ Так, например, заключение договора — это почти всегда *процесс*, который может занять от нескольких дней до нескольких месяцев и даже лет, но это не мешает гражданскому праву замечать только финальную точку этого процесса — *сам договор*; то же касается и передачи вещей, и исполнения обязательств, и предъявления исков, и государственной регистрации, и событий, и всех вообще юридических фактов в традиционном смысле; чуть ли не единственным исключением (и то неуместным) считаются факты-сроки.

⁷ В устойчивом словосочетании «результаты интеллектуальной деятельности».

⁸ Собрать, систематизировать и осмыслить все другие подобные нормы ГК РФ смогут сами читатели, располагающие желанием и временем.

правомерное) и прикрепляются известные частно-правовые последствия.

Но почему нужно пресловутое вырезывание? Потому, что частное право, как только что было сказано, есть право, закрывающее частную сферу от произвольного постороннего вмешательства; следовательно, в частном праве иначе быть просто не может: если одно частное лицо когда-то и может в чем-то упрекнуть другое себе подобное частное лицо, то, очевидно, только в том, тогда и постольку, в чем, когда и поскольку это последнее произвольно «влезло» в его частную сферу. **Только тому фрагменту деятельности частного лица, который представляет собой произвольное вмешательство в частные дела другого, и может быть придано частноправовое значение.** Имя такому фрагменту — *действие*; соответственно, если не единственный, то центральный тип юридических фактов частного права — тоже действие. Никакая другая сторона частной жизни частного лица (хотя бы и правонарушителя), тем более вся его деятельность, образующая всю его частную жизнь или даже какую-то одну ее известную сторону, никого (хотя бы и потерпевшего от его нарушения или государства, приходящего на помощь этому потерпевшему) не касается и касаться не может⁹.

II

Так ли обстоит дело в праве публичном, отраслью которого, между прочим, является — как мы уже имели честь рассказывать нашим читателям¹⁰ — и российское конкурентное право? Не нужно даже особо обра-

⁹ Исключая разве немногочисленные случаи **самого тесного взаимодействия** частных лиц, таких как супруги, родители и дети, участники широко задуманных простых и полных товариществ, общин, коммун, некоторых преступных сообществ. Бывает, что частная жизнь отдельных частных лиц становится **всеобщим достоянием**, например при *противоправном оглашении* личной, семейной, медицинской, налоговой и тому подобной тайны; при *выставлении ее напоказ самим таким лицом* (так любят делать многие исполнители, артисты, спортсмены, политики); или, наконец, при занятии ими того или другого *должностного (служебного) положения*: «Но что ни говори, жениться по любви не может ни один, ни один король».

¹⁰ См.: Белов В.А. Так что же такое конкурентное право?

щаться к законодательству с тем, чтобы ответить: нет, не так — совершенно иначе!

Национальные государства — этих главных творцов современного положительного права — деятельность волнует именно как деятельность, т.е. как не только текущий, но и будущий, заранее неопределимо длительный процесс, составленный из заранее неизвестного числа отдельных поведенческих актов (действий), объединенных между собой планом (замыслом), организацией, содержанием, направленностью (целью), мотивом совершения или каким-либо иным общим признаком.

Есть такие виды деятельности, которые государство хочет *регулировать*, за которыми оно стремится *надзирать* и которые оно считает целесообразным *контролировать во всей их*, что называется, *полноте и протяженности*, начиная с определения того, кто и при каких условиях мог бы ими заниматься, и заканчивая возможностью по своей инициативе прекратить их. Возьмем самый простой пример: ГК РФ устанавливает, что заниматься пресловутой предпринимательской деятельностью как граждане (ст. 23), так и юридические лица (п. 3 ст. 49, ст. 51) вправе лишь после государственной регистрации в соответствующем качестве. Не бог весть какое требование, но (1) именно что публично-правовое, поскольку его несоблюдение влечет невыгодные публично-правовые последствия (наступающие в сфере отношений частного лица — нарушителя с публично-правовым образованием, предъявившим нарушенное требование) и, главное, (2) связанное со всей деятельностью в целом, деятельностью как таковой, в том числе даже и той, которая еще не ведется (будущей деятельностью).

Среди многочисленных видов деятельности, обставленных своими собственными оригинальными публично-правовыми запретами, требованиями и ограничениями, совершенно особенное, своеобразное место занимает **монополистическая деятельность**. В п. 1 ч. 1 ст. 1, в ч. 1 ст. 3, а также в п. 3 ст. 22¹¹ Закона о защите конкуренции она противопоставляется (!) **недобросовестной конкуренции** — дескать, монополи-

¹¹ В этом последнем случае выделяются еще и **другие нарушения антимонопольного законодательства**.



стическая деятельность — это одно, а недобросовестная конкуренция совсем другое! После чего (в п. 10 ст. 4) вроде бы как определяется: монополистическая деятельность —

злоупотребление доминирующим положением,

соглашения или

согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством;

иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами (т.е. не одним только Законом о защите конкуренции, но и другими) монополистической деятельностью.

Видно, что это, конечно, не определение, а просто перечисление известных Закону видов или форм монополистической деятельности, притом перечисление незакрытое. Собственно, такого перечисления можно было бы и не давать, ибо каждый мог бы его составить самостоятельно, ориентируясь на структуру главы 2 Закона о защите конкуренции — «Монополистическая деятельность» — с как раз теми тремя ее формами, которые и составили $\frac{3}{4}$ перечня п. 10 ст. 4. Отставив на время в сторону последнюю четверть — ту самую, которая лишает наш перечень исчерпывающего характера («иные действия (бездействие)»), посмотрим, что же представляют собой **три** четко названных **вида** (или **три формы**) **монополистической деятельности**: (1) *злоупотребление доминирующим положением*; *антиконкурентные* (2) *соглашения* и (3) *согласованные действия*. Как это нередко бывает, разматывать поставленный вопрос удобнее с конца, в данном случае — с согласованных действий.

|| *Согласованные действия* — это (как видно даже из самого термина) старые добрые отдельные действия, т.е. факты-«точки», которые составляют *communis opinio doctorum* в любой теории юридических фактов.

Обратившись к специальным по сему вопросу нормам Закона о защите конкуренции, мы получим полное и безоговорочное подтверждение нашему предварительному подозрению: ст. 8 безо всяких экивоков определяет согласованные действия именно как «действия», уделяя, впрочем, основное внимание

не им, а тем *внешним условиям*, которые должны быть налицо в момент их совершения¹², а ст. 11.1 — тем *результатам* таких действий, из-за антиконкурентного значения которых они и запрещаются. Ни о том, как-то могут быть сами эти действия, ни о том, сколько их должно быть или что в них должно быть такого, чтобы из несвязанных между собой фактов-«точек» они превратились в единый факт-«отрезок» — монополистическую деятельность, — ни в одной, ни в другой статье ничего не говорится (а больше по этому поводу в Законе ничего и нет). Стало быть, мораль: какими бы действия ни были и сколько бы их ни было — не имеет значения: наказываются именно эти (1) действия, (2) совершенные в условиях, описанных в ст. 8, и (3) приводящие к любому из результатов, описанных в ч. 1 или 3 ст. 11.1 Закона о защите конкуренции. Даже если каждый из участников совершит всего лишь по одному действию, но, взятые вместе в совокупности, они будут соответствовать описанным признакам, перед нами все равно будут согласованные действия (во множественном числе), для удобства взятые во что-то вроде «терминологических скобок», — форма монополистической *деятельности*.

Идем дальше. Всякое **ограничивающее конкуренцию соглашение хозяйствующих субъектов** — это (как видно из дефиниции п. 18 ст. 4 Закона) «договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме», т.е. застывший во времени правовой результат действия хозяйствующих субъектов — правила поведения на рынке, о которых они договорились. Часть 2 ст. 8 добавляет к этой дефиниции еще один компонент — действия, совершенные хозяйствующими субъектами — участниками соглашения во исполнение этого соглашения: они (оказывается) тоже являются... соглашением. Итак, *правовой результат действий* плюс, может быть и множественные, но опять-таки *отдельные действия* во исполнение соглашения — снова факты-«точки». Где же опять пресловутая монополистическая *деятельность* — факт-«отрезок», факт-«процесс»? Может быть, в ст. 11 или 12 Закона, специально посвященных антиконкурентным соглашениям? Нет — и в них про

¹² Условий этих *три*: (1) полезность, (2) предварительная известность и (3) закольцованная причинность: действия одного вызываются действиями других и в то же время сами вызывают эти последние.

деятельность не сказано ни слова — сперва в них говорится про те (реально наступившие или только возможные, потенциальные) антиконкурентные результаты достижения и (или) исполнения соглашений, которые служат причинами их запрещения, а затем определяются некоторые исключения из этих общих правил. Запрещаются же и наказываются сами соглашения и акты их исполнения, т.е. *отдельные*, может быть и многочисленные, но разрозненные *действия*, зачем-то, впрочем, объединенные «терминологической скобкой» — *деятельностью*.

Злоупотребление доминирующим положением — вот тут, кажется, мы натываемся, наконец, на что-то, нас интересующее, прежде всего — на само доминирующее положение в нескольких его разновидностях — единоличное (ч. 1 ст. 5 Закона), коллективное (ч. 3), естественно-монопольное (ч. 5), «специально-законное» (ч. 6) и, наконец, с недавних пор, сетевое или «цифро-платформенное» (ч. 8.1)¹³; по специальным правилам ч. 7 указанной статьи определяется доминирующее положение финансовых организаций.

Доминирующее положение, конечно, не является *деятельностью* — только ее результатом, но, что для нас самое важное, *результатом длительного существования*, т.е. тем самым фактом-«отрезком», фактом-«процессом», который мы так долго искали и вот теперь нашли.

Насколько же длительным должно быть это существование? Судя по п. 2 ч. 3 ст. 5, а также исходя из предпосылки, в соответствии с которой установление по какому бы то ни было основанию доминирования единоличного исключает констатацию на том же рынке доминирования коллективного¹⁴, доминирующее

положение должно существовать в продолжение всего срока существования соответствующего рынка или (если он существует более года) в течение как минимум одного года; систематическое же осуществление монополистической деятельности (см. дефиницию в п. 11 ст. 4) может быть вменено только такому хозяйствующему субъекту, который является монополистом на известном рынке в течение минимум трех лет¹⁵. Отлично: пусть не *деятельность*, но нечто вроде юридически значимого *состояния*, характеризующего, во-первых, одного или нескольких хозяйствующих субъектов, и, во-вторых, рынок, на котором они работают, — юридический факт *длительного существования*, — мы нашли.

Очевидно, однако, что *занимать* доминирующее положение и *злоупотреблять* им — это не одно и то же¹⁶. Что же в таком случае представляют собой пресловутые **злоупотребления** — единый длящийся процесс, *деятельность* (факт-«отрезок») или опять-таки отдельные *действия* (факты-«точки»? Читаем «запев» ч. 1 ст. 10 Закона: «Запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, в том числе следующие действия (бездействие)» — пока, как видим, и тут речь о традиционных *действиях*, — но вот мы переходим к конкретным действиям и (наконец!) впервые все меняется, ибо запрещаются (п. 1–11 ч. 1) «установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара» (подробнее об этих понятиях см. ст. 6 и 7 Закона); «изъятие товара из обращения, если

¹³ До октября 2015 года в ст. 5 существовали еще ч. 6.1 и 6.2 о так называемом **случайном доминировании**.

¹⁴ Этот принцип в Законе прямо не выражен, но он следует из самого характера коллективного доминирования: в силу *специального* характера его установление может иметь место только там, где *применение общей нормы* (т.е. нормы о доминировании единоличном) *исключено, невозможно*; следовательно (обратно), применение специальной нормы в ситуации, когда *может быть применена общая*, приведет, с одной стороны, к *искаженному представлению* о состоянии рынка, а с другой — к *искусственному расширению круга лиц*, занимающих доминирующее положение; поступая так *всякий раз*, мы **не оставим норме о единоличном доминировании** (так-то призванной служить **общим пра-**

вилон) почти никаких шансов на применение — разве только к тем рынкам, на которых ярко выраженной (75 и более % рынка) единоличной монополии противостоят 4–5 конкурентов, доли которых не превышают 8%.

¹⁵ См. еще нормы ч. 2 и 3 ст. 25.1 Закона о периоде плановых проверок — тоже *трехлетнем*. Можно, конечно, порассуждать о мысли законодателя, но простым совпадением это явно не может быть.

¹⁶ По-житейски понятно, что удержаться от соблазна злоупотребить такими имеющимися у тебя ресурсами, которых нет у других, чрезвычайно трудно, почти невозможно. Но это как раз тот момент, в котором взгляд *юридический* не совпадает и не должен совпадать с *житейским*: **предполагать** (хотя бы и с чрезвычайно вескими основаниями) **и даже твердо знать** — не равнозначно **доказать**.



результатом такого изъятия явилось повышение цены товара»; «*навязывание* контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора»; «*сокращение* или *прекращение* производства товара»; «*отказ* либо *уклонение* от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками)»; «*установление* различных цен (тарифов) на один и тот же товар»; «*установление* финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги»; «*создание* дискриминационных условий»; «*создание* препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам»; «*нарушение* установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования»; «*манипулирование* ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности)». Какие из перечисленных «действий» могут быть совершены **одномоментно** — представлять собой факты-«точки»? Безусловно — отказ от заключения договора; наверное, могут быть разложены на единичные действия некоторые (не шибко грамотные, прямолинейные) практики навязывания невыгодных договорных условий; но все остальное — это всегда **деятельность**, зачастую длительная, всегда дорогостоящая и, разумеется, рискованная (с непонятным заранее ни производственно-сбытовым, ни торгово-рыночным результатом).

III

Как же так? Ведь ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции так похожа на только что рассмотренные ч. 1, 2 и 4 ст. 11, а также ч. 1 и 3 ст. 11.1! Да, похожа. И тем не менее все они — о разном: ч. 1 ст. 10 запрещает перечисленную в ней *антиконкурентную деятельность*, а ст. 11 и 11.1 — всякие (в них даже не расписываемые) *соглашения и иные действия*, реально приводящие или способные привести к перечисленным в них антиконкурентным результатам. Сравним три утверждения:

«запрещается *установление и поддержание* монопольно высоких цен» (ст. 10) — речь, несомненно, о *деятельности* (процессе, «отрезке»);

«запрещаются *соглашения, которые приводят или могут привести* к установлению или поддержанию цен» (ст. 11) — речь о *результатах действий* («точках»);

«запрещаются *согласованные действия, если они приводят* к установлению или поддержанию цен» (ст. 11.1) — речь снова о *действиях* («точках»).

Несмотря на очевидную разницу, все три типа активности хозяйствующих субъектов, частью запрещенных, частью ограниченных, обозначены (как мы уже говорили) общим термином: «**монополистическая деятельность**». Но верно ли это? Может ли одно быть одновременно и другим? Может ли *отдельное действие* или тем паче его *правовой результат* (соглашение) в то же время быть еще и *деятельностью*?

Чтобы понять, в чем тут дело, пробежимся по всем остальным нормам Закона: а что еще они запрещают или ограничивают — *действия*? их *результаты*? или *деятельность*? Вернемся, например, ко временно отставленной в сторону **недобросовестной конкуренции** — что это такое? Читаем сперва п. 9 ст. 4 Закона: «...недобросовестная конкуренция — любые *действия* хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности» и т.д. «*Действия*», притом прямо подчеркнуто, «любые» — суть, стало быть, опять не в том, какие именно действия, а в том, на что они направлены и к каким последствиям привели. Впрочем, четырнадцатые статьи Закона уточняют, что во всяком случае запрещаются «*распространение* ложных, неточных или искаженных сведений» (ст. 14.1); «*введение* в заблуждение» (14.2); «*некорректное сравнение*» (14.3); незаконное *приобретение* и (или) *использование* исключительного права (14.4, 14.5); «*действия, способные вызвать смещение*» с чужой деятельностью, или чужими товарами (14.6); «*незаконное получение, использование или разглашение* информации», составляющей охраняемую законом тайну (14.7); «*иные формы* недобросовестной конкуренции» (14.8). Что же из перечисленного — **действия**, а что — **деятельность**? Первые три варианта поведения могут быть *и действиями, и деятельностью* (в зависимости от ситуации); «*приобретение*» — скорее всегда *действие*, а вот «*использование*» — несомненно, процесс (*деятельность*); «*действия, способные вызвать смещение*» — понятно, *действия*, так же как и получение и разглашение информации, а вот ее использование — снова *деятельность*. Примером последнего рода — «*иных форм* недобросовестной конкуренции» — может служить, скажем, конкуренция паразитическая, т.е. планомерное, длительное, систематическое полоска-

ние имени конкурента, пользующегося высокой репутацией на рынке, с тем чтобы постепенно упоминание его имени стало вызывать ассоциацию с первым субъектом. Что это? Бесспорно, *деятельность*. Очень похоже на ст. 10: начиная с запрещения вроде бы как *только действий*, законодатель в конечном итоге говорит *и о действиях, и о деятельности*.

Итак, три формы монополистической деятельности (злоупотребление — соглашения — согласованные действия) + недобросовестная конкуренция. Есть ли что-то еще? Да. У нас остались нерассмотренными две «полуоткрытые», если можно так выразиться, позиции: иные — помимо трех рассмотренных — **формы монополистической деятельности, которые, согласно п. 10 ст. 4, могут предусматриваться не только самим Законом о защите конкуренции, но и иными федеральными законами**, а также некие упомянутые в п. 3 ст. 22 того же Закона «**другие нарушения антимонопольного законодательства**», которые ни монополистической деятельностью назвать нельзя, ни под недобросовестную конкуренцию не подвести; следовательно, они суть понятия, между собой не пересекающиеся. О чем конкретно речь? Следуя порядку, установленному Законом, находим следующие виды «форм монополизма» и «других нарушений»:

злоупотребление сетевым или «цифро-платформенным» доминирующим положением — новая форма монополистической деятельности, определенная п. 4.1 ст. 4 и урегулированная ст. 10.1 Закона. Последняя, в полном соответствии со своим прототипом и предметом отсылки (ст. 10), запрещает предусмотренные ее ч. 1 «действия (бездействие)» владельца цифровой платформы, особо определяя те условия, в которых эти запрещения работают. Как мы уже знаем из анализа ч. 1 ст. 10, на самом деле ею запрещаются не только единичные действия, но и многие виды антиконкурентной деятельности;

координация — топографически «зашита» в ч. 5 ст. 11 Закона, посвященной антиконкурентным соглашениям, но определяется (п. 14 ст. 4) как «согласование действий хозяйствующих субъектов», осуществляемое «третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельности на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов».

Такое — внешнее — согласование, осуществляемое лицом, которое само остается в стороне от достигнутого им результата, ни к соглашению не приводит, ни тем согласованием, которое требуется для совершения согласованных действий, не является. Что это значит? Только то, что перед нами вполне самостоятельное нарушение — особая (четвертая) форма монополистической деятельности.

Слово «согласование», которым описывается ее существо, может обозначать как *отдельные* разрозненные «одноактные» *действия*, так и длительную, систематическую, имеющую единую направленность *деятельность* (последнее особенно хорошо видно по ч. 1 ст. 25.1 Закона, где координация рассматривается как понятие одного порядка с предпринимательством, которое уж несомненно — именно деятельность и ничто другое);

приобретение акций (долей) хозяйственных обществ, или, говоря наиболее общим образом, экономическая концентрация (п. 16, 21 ст. 4 Закона) — как таковое нарушение не составляет и потому категорически не запрещается, но возможность его осуществления в ряде случаев ставится в зависимость от соблюдения некоторых специальных требований, сосредоточенных в основном в нормах п. 1–7 ч. 1 ст. 27, п. 1–9 ч. 1 ст. 28, п. 1–8 ч. 1 ст. 29, ст. 31, 32 Закона о защите конкуренции; ст. 26.1 Закона обобщенно именуется все средства (формы, способы) осуществления экономической концентрации «*сделками и иными действиями, подлежащими антимонопольному контролю*», т.е. пользуется классической гражданско-правовой терминологией, обозначающей самые что ни на есть тривиальные юридические факты. Нарушение установленных Законом требований к порядку осуществления экономической концентрации не будет, очевидно, особой формой монополистической деятельности, но должно быть квалифицировано как одно из «других нарушений антимонопольного законодательства» (из числа тех, что упомянуты в п. 3 ст. 22). Исполняются же пресловутые требования путем подачи ходатайств и уведомлений — актов, также единогласно считающихся точечными, т.е. единичными, действиями¹⁷.

¹⁷ Практикующие юристы, конечно, знают, как долго порой приходится ожидать реакции ФАС России даже на самые элементарные и безопасные во всех отношениях бумаги.



Итого, экономическая концентрация — это совершение *действий*, но не осуществление *деятельности*¹⁸;

договор о совместной деятельности конкурентов — может быть нарушением, если служит сделкой — средством осуществления экономической концентрации (см. п. 16 ст. 4, п. 8 ч. 1 ст. 27, п. 8 ч. 1 ст. 28 и п. 8 ч. 1 ст. 29 Закона) или прикрывает горизонтальное антиконкурентное соглашение — во втором случае может быть признано допустимым либо по общим, установленным ст. 13, основаниям допустимости антиконкурентных «действий (бездействия), соглашений, согласованных действий, сделок, иных действий», либо будучи заключенным с предварительного согласия антимонопольного органа (ч. 10 ст. 11), полученного в порядке, установленном для контроля за... экономической концентрацией¹⁹. В обеих ситуациях договор о совместной деятельности понимается как стандартный гражданско-правовой договор и, значит, как факт-«точка» — достигнутое частными лицами — сторонами *соглашение* о правах и обязанностях;

антиконкурентные акты власти (см. ст. 15, 16, образующие главу 3 Закона) — определяются как включающие в себя и сами юридические акты в строгом смысле этого слова (как нормативные, так и индивидуальные), и уже известные нам «действия (бездействия), соглашения, согласованные действия», т.е. не как особая деятельность, а как обыкновенные точечные факты. Без сомнения, к формам монополистической *деятельности* не относятся, будучи нарушениями иного вида (п. 3 ст. 22);

Но теория юридических фактов такого ожидания не замечает, сколько бы оно ни длилось; соответственно, и каким-то особым *процессом*, особым *состоянием*, тем более особой *деятельностью* его не считает.

¹⁸ Спорным кажется вопрос о **неподаче ходатайства или уведомления**: не есть ли оно *нарушение*, тем *дольше* длящееся, чем *больше* времени проходит со времени *совершения сделки*, которая должна была быть предметом ходатайства или уведомления? За отсутствием в Законе норм, подобных ч. 2–4 ст. 51 относительно неисполнения предписаний антимонопольных органов (рассматриваются далее), ответ на этот вопрос должен быть *отрицательным*. Нарушением здесь будет не отсутствие ходатайства или уведомления (**бездействие**), а *само совершение сделки* — **активное действие**.

¹⁹ Видно, что определить место договоров о совместной деятельности, нарушающих антимонопольное законодательство, в общей системе нарушений весьма затруднительно: одним боком такие договоры входят в *антиконкурентные соглашения* (а это — **форма монополистической деятельности**), другим — в *сделки* — *средства экономической концентрации* (а это — **иное нарушение**).

нарушения на торгах (см. ст. 17–18.1 или главу 4) Закона — описываются как сами торги, запросы котировок и предложений, а также действия по заключению договоров, осуществляемые с нарушением антимонопольных требований. Очевидно, речь опять не о деятельности, а исключительно о *действиях*. Также относятся к иным нарушениям (п. 3 ст. 22);

государственные и муниципальные преференции (см. ст. 19–21 или главу 5 Закона + общее их определение из п. 20 ст. 4) — преимущества, предоставление которых по общему правилу не допускается и потому является иным правонарушением (п. 3 ст. 22); чтобы оно таковым не было, его нужно осуществлять с согласия антимонопольного органа. В зависимости от того, в чем состоят преференции, их предоставление может быть как *одномоментным действием* (например, передачей имущества, уплатой денег, выдаче гарантии), так и *протяженной деятельностью* (например, применением льготного налогового режима, предоставлением рассрочек, отсрочек и разного рода каникул, освобождением от текущих проверок и т.п.);

создание и деятельность унитарных предприятий на конкурентных рынках (ст. 35.1–35.4 или глава 7.1 Закона) — еще один специфический тип «иного нарушения» (п. 3 ст. 22), если осуществляется без предварительного согласия антимонопольного органа. Суть нарушений, описанная в самом их названии, очевидно двойственна: создание унитарного предприятия — акт *одномоментный (действие)*, а его работа на конкурентном рынке — акт *протяженный*, т.е. *деятельность* — точно такая же, как деятельность всякого другого хозяйствующего субъекта;

неисполнение в срок предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства — составляет, по указанию ч. 2–4 ст. 51 Закона, отдельное его нарушение; монополизм тут, естественно, ни при чем, стало быть, перед нами — очередной вид «иного нарушения».

Ясно, что по самой своей сути речь идет о таком нарушении, которое уже длится (продолжается) в течение того срока, что был установлен для исполнения предписания, и в течение какого-то времени (пока исполнение предписания не перестанет быть возможным, не потеряет смысла и само предписание не утратит силы) еще будет продолжаться, т.е. не о единичном действии, а о процессе — *деятельности* или, вернее, *бездеятельности*.

Девять разных типов нарушений — всё? Нет ли других? Есть или, во всяком случае, должны быть — вспомним в который раз про п. 3 ст. 22 об «иных правонарушениях», которые могут предусматриваться не только Законом о защите конкуренции, но и иными федеральными законами. Существуют ли таковые? Да, конечно; чтобы не превращать статью в конспект и пересказ законодательных текстов, ограничимся буквально одним примером «иного» типа нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренного «иным» федеральным законом:

нарушение антимонопольных правил для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность, и хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров, установленных ст. 13 Федерального закона от 28 декабря 2009 года № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации».

Пробежавшись глазами по этой статье, мы увидим в ней нарушения, которые могут выражаться как в единичных *действиях* (фактах-«точках»), так и в *деятельности* (фактах-«процессах»): заключение договоров — это, конечно, всегда действие; создание же дискриминационных условий и препятствий доступу на рынок, равно как и нарушение порядка ценообразования, — наоборот, всегда деятельность; что же касается навязывания договорных условий, то оно может принимать формы как кратковременных конечных действий, так и тянущихся процессов.

IV

Сами того не заметив, мы выстроили, кажется, неплохую (если не исчерпывающую, то, во всяком случае, логичную) классификацию нарушений антимонопольного законодательства, а вместе с ней — и систематику, делающую весьма удобной изучение примерно $\frac{3}{4}$ материально-правовой или особенной (!) части²⁰ конкурентного права. Рекомендуем читателям, инте-

ресующимся антимонопольной тематикой, самостоятельно отрисовать или схематизировать ее (облечь в форму кружочков, квадратиков и стрелочек) — порядок в голове это упражнение наведет; во всяком случае Закон о защите конкуренции перестанет казаться гигантской кучей, в которую на протяжении полутора десятков лет существования кто только и чего только не нанес и не навалил. Нас же сейчас интересует другое: как получилось, что наше законодательство о защите конкуренции в пику всем теориям и практикам придает юридическое значение не только таким классическим фактам, как *отдельные действия*, но еще и какой-то (не особенно вписывающейся в общие правовые учения) *деятельности*? Что это за зверь такой, или, точнее, юридический факт конкурентного права, — *деятельность*? Что она представляет собой? Явно *нечто большее*, чем отдельные действия, но что? Где *грань*, за которой простая совокупность некоторого количества действий (№ 1, 2, 3, 5 и т.д.) вдруг перерастает (превращается) в одну единую деятельность? Почему *в одних случаях* (каких?) законодатель считает нарушениями *действия*, а *в других* требует *деятельности*? И если требуется *деятельность*, то можно ли наказать за *действия*? Нужно ли вообще их искать (и доказывать!), если закон позволяет наказать за *деятельность как таковую*? А может быть, «деятельность» — это просто слово, за которым на самом деле ничего и не скрывается?

Вопросы эти кажутся праздными только на первый взгляд и только тем, кто совсем не работал по антимонопольным делам. Коллеги же, которым посчастливилось соприкоснуться с этой областью деятельности, без труда переведут эти вопросы на язык практики. Приведем несколько примеров подобных «переводов»:

ситуация: в течение года доминирующий на рынке хозяйствующий субъект совершил несколько тысяч сделок, — *действий* — 20 из которых (на примерно 5% годового оборота) — по цене, превышающей «сумму необходимых расходов и прибыли». Вопрос: можно ли наказать его за «установление и поддержание монопольно высоких цен» — особый вид антиконкурентной (монополистической) *деятельности* по п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции?

лучше сказать, **процедурные антимонопольные нормы**, — их настоящая статья не касается.

²⁰ Оставшаяся $\frac{1}{4}$ приходится на *рамки* — понятия конкуренции и ее ограничений, рынков, товаров, работ, услуг, хозяйствующих субъектов, групп лиц и конкурентного комплаенса — **общую часть**; к некоторым ее нормам нам сейчас придется обратиться. Остаются еще правила деятельности антимонопольного органа — **квазипроцессуальные** или,



ситуация: та же, но антимонопольный орган (не желая ковыряться в бумагах о тысячах сделок), определив расчетным путем средневзвешенную помесичную цену, нашел, что в некоторые месяцы она превышала «сумму необходимых расходов и прибыли». Вопрос: можно ли считать доказанным факт осуществления *деятельности*, нарушающей п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции?²¹

ситуация: та же, и антимонопольный орган, руководствуясь описанными побуждениями, строит обвинение в установлении и поддержании монопольно высоких цен на сопоставлении объемов продаж (которые падают) с размером денежной выручки (которая, несмотря на это, растет). Вопрос: доказан ли факт *осуществления деятельности* по установлению и поддержанию монопольно высоких цен, если при этом не то что не доказано, но даже не выявлено и не исследовано *ни одного конкретного действия* — ни одной продажи, ни по одному конкретному договору?

ситуация: пользуясь макроэкономической статистикой, ФАС России заметила, что цены трех крупнейших производителей известного товара в течение определенного периода времени изменялись синхронно; Служба так и не смогла понять, *почему* это происходило, но, не выявив никаких внешних факторов, позволяющих этот феномен объяснить, обвинила производителей в такой антиконкурентной деятельности, как совершение *согласованных действий*. Вопрос: основательно ли, учитывая, что ФАС ни одного факта совершения, ни одного *конкретного действия* не выявила и *обстоятельств их совершения* (кто, где, когда, как, с кем, что согласовал) тоже не установила?

ситуация: хозяйствующие субъекты заключили картельное соглашение, направленное на поддержание известного уровня цен, и в течение некоторого времени (пока на это не обратила внимание ФАС России) его придерживались. Вопрос: за что тут следует на-

казать — за сам факт соглашения (*действие*) или же за продолжавшееся некоторое время его исполнение (*деятельность*)?²²

ситуация: орган местного самоуправления издал ограничивающий конкуренцию акт и несмотря на неоднократные указания ему на это со стороны антимонопольного органа, долгое время отказывался его изменять и отменять; суд, куда антимонопольный орган в конце концов обратился, подтвердил его правоту и своим решением признал акт недействительным. Вопрос: за что тут следовало бы наказать — за факт издания такого акта (*действие*) или за длительное бездействие в вопросе его изменения (отмены) — *деятельность*?²³

Понятие деятельности чрезвычайно многогранно и изучается разными науками. Как ни странно, но одно из немногих исключений в этом отношении представляет собой наука юридическая, которая — как уже отмечалось — обычно не склонна видеть в деятельности что-то большее, чем простую совокупность тех отдельных действий, которые ее слагают. Именно эта (априорная, надо сказать, ни на чем не основанная) недооценка мешает юристам дать правильную трактовку данного понятия.

В нашей классической литературе по этому вопросу имеется едва ли не единственное исключение — взгляды профессора кафедры торгового права и судопроизводства юридического факультета Императорского Московского университета Е.А. Нефедьева (1851–1910). Он учил своих студентов:

«Многие вопросы торгового права... получают правильное освещение, если мы будем исходить из представления о том, что **торговая деятельность по ведению отдельного предприятия представляется цельным, единым явлением**, подобно тому, как сложная вещь,

²¹ Очевидно, что в первой ситуации (где мы станем ориентироваться на конкретные сделки) превышение будет *существенным*, а во второй (где высокая цена отдельных сделок как бы «размажется» по всем, растворится в их общей массе) — наоборот, *несущественным*; значит, в них по-разному будет определена монопольная составляющая в ценах и размер дохода, полученного от нарушения антимонопольного законодательства. Как делать правильно?

²² Вопрос этот имеет значение, например, для квалификации нарушения как *длящегося* (см. ст. 41.1 Закона о защите конкуренции и реальный случай, описанный в Определении Верховного Суда РФ от 2 июля 2021 года № 305-ЭС21-12088 по делу № А40-34943/2020).

²³ Аналогичные вопросы на практике возникают применительно к незаконно заключенным договорам, действиям на торгах и актам предоставления государственных преференций: что они такое — *единичные действия* или *длительные бездействия*?

хотя и состоит из отдельных предметов, тем не менее рассматривается как одна цельная вещь»²⁴.

«Если мы обратимся к торговле, то увидим, что и здесь на каждом шагу мы встречаемся с тем, что **торговая деятельность имеет свойства целого единого явления**. Так, мы встречаемся с тем, что торговля возникает, ведется, наконец, прекращается. Она может быть передана другому лицу, перейти по наследству и т.д. Все это указывает на то, что каждая отдельная торговля или, как выражаются иначе, **каждое отдельное торговое предприятие, торговое дело**, хотя и состоит из массы отдельных действий, но **представляется единым цельным явлением**, которое можно отличить от других однородных явлений, подобно тому, как сложная вещь представляется единой цельной вещью несмотря на то, что состоит из массы отдельных вещей»²⁵.

«**Чтобы деятельность получила единство, нужно, прежде всего, чтобы ряд действий, из которых состоит деятельность, был проникнут одним намерением, чтобы этими действиями преследовалась одна и та же цель**. Нужно... чтобы торговые действия были направлены на достижение одной и той же цели»²⁶.

«Вследствие свойств деятельности вообще единство ее не представляется наглядным, как единство сложной вещи. Вследствие этого **о единстве деятельности приходится заключать по каким-либо признакам**, напр., по повторяемости отдельных действий, которая обнаруживает намерение лица, ведущего торговлю, заниматься этим как промыслом»²⁷.

Итак, совокупность действий, которая, будучи проникнутой единым намерением того, кто их совершает, ведет к одной единой цели — вот то, что должен видеть в деятельности юрист. Моменты намерения и цели производят в действиях перемену качества, объединяя их друг с другом и превращая из простой совокупности в явление, качественно иное, новое, системное, имя которому — *деятельность*.

²⁴ Нефедьев Е.А. Торговое право: лекции, читанные в 1896/7 академическом году. С. I., S. a. С. 54.

²⁵ Там же. С. 56.

²⁶ Там же. С. 57.

²⁷ Там же. С. 57–58.

Естественно, *о намерении и цели юристу приходится судить по чисто внешним признакам*, в частности по *повторяемости* (регулярности совершения) действий, их *однотипности* (однородности), совершению одними и теми же лицами, в одном и том же месте, одной и той же обстановке, от имени и в интересе одного и того же хозяйствующего субъекта, за его счет, под его ответственность и т.д.

Как в связи с этим не вспомнить понятие об **обычной хозяйственной деятельности** — понятие нашего положительного корпоративного и конкурсного права! Не «примерить» ли его и к праву *конкурентному*? Стоит лишь поставить вопрос подобным образом, как все выстраивается в на редкость удивительно изящную систему.

V

Все конкурентное право имеет своим непосредственным предметом регулирования не столько конкретные действия как таковые, сколько именно деятельность хозяйствующих субъектов на рынках товаров, работ и услуг, деятельность в целом, т.е. их торговую (коммерческую) деятельность. Указания на это разбросаны по всему тексту Закона, начиная с п. 5 ст. 4, определяющего самого *хозяйствующего субъекта* — этого главного, как сейчас говорят, фигуранта конкурентного права — через *«профессиональную деятельность, приносящую доход»*, в первую очередь (см. п. 9 ст. 4, абз. 1 ч. 1 ст. 10) через *предпринимательскую деятельность*²⁸. Довольно часто Закон обращает внимание на *отдельные виды деятельности*, по различным критериям, например на деятельность индивидуальных предпринимателей, субъектов малого и среднего предпринимательства, естественно-монопольную, лицензируемую, инновационную, интеллектуальную, финансовую, градостроительную,

²⁸ Еще шире — о *любой* деятельности хозяйствующего субъекта, деятельности как таковой (не только приносящей доход и предпринимательской) — поминают п. 20 ст. 4, п. 2 ст. 9.1, п. 3 ст. 14.3, абз. 1 ст. 14.6, п. 1 и 2 ч. 1 ст. 15 и еще несколько десятков (!) норм Закона. Впрочем, они подлежат *ограничительному толкованию*: все они касаются **деятельности** не абы кого, а **хозяйствующих субъектов**; последняя же может быть только либо *предпринимательской*, либо *иной*, но непременно *профессиональной и приносящей доход*.



медицинскую, образовательную, оценочную и некоторые другие деятельности²⁹; судя по ч. 8 ст. 11 Закона, даже корпоративный контроль понимается как *деятельность*; следуя ст. 25.1–25.5, активность самой ФАС России и ее органов — контроль за соблюдением законодательства о защите конкуренции — также есть не что иное, как особого рода государственно-властная управленческая *деятельность*. Да, *сложенная из отдельных мероприятий* — запросов, проверок, доступа, получения объяснений, рассмотрения заявлений и ходатайств, а также из дел о нарушении антимонопольного законодательства, принятия разного рода актов, участия в судебных разбирательствах и пр. — *т.е. из фактов-действий, но действий не случайных, разрозненных, а системных, объединенных общей целью и общими установленными Законом требованиями, — в факт-деятельность*.

Самое главное для нас состоит в том, что даже *конкуренция* определяется (п. 7 ст. 4, абз. 1 п. 1 ст. 11 Закона) как соперничество хозяйствующих субъектов — конкурентов, т.е. «хозяйствующих субъектов, осуществляющих продажу товаров на одном товарном рынке [конкурирующих за внимание и благосклонность покупателей]», или «хозяйствующих субъектов, осуществляющих приобретение товаров на одном товарном рынке [конкурирующих за внимание и благосклонность продавцов]». Снова речь идет о *деятельности*, которая, взятая как в целом, так и в части каждой ее составляющей (отдельного действия), должна соответствовать требованиям, предъявленным законом. Так, каждое отдельное действие должно быть:

самостоятельным, т.е. совершаться его субъектом как частным лицом (от своего имени, в своем интересе, на свой счет, страх, риск и т. д.); далее,

таким, чтобы им «исключалась или ограничивалась» возможность каждого хозяйствующего на товарном рынке субъекта «в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке» (п. 7 ст. 4); в то же время такие действия не должны

подпадать под категорию актов недобросовестной конкуренции (п. 9 ст. 4 Закона) и

как бы то ни было негативно влиять на конкуренцию, в частности не должны ее ограничивать и тем более устранять³⁰ (ч. 2 ст. 3, п. 7, 10, 11, 14, 21 ст. 4 и практически все нормы Закона о различных типах антиконкурентных действий) — словом, они не должны нести в себе признаков ограничения конкуренции, перечисленных, например, в п. 17 ст. 4 Закона.

Ну а что касается конкуренции как *деятельности в целом*, то ее суть и требования к ней передают как писанный специально под нее весь Закон о защите конкуренции, так и ряд других федеральных законов (о торговле, об организованных торгах, о естественных монополиях, о видах деятельности, подверженных государственному ценовому и тарифному регулированию, КоАП РФ и др.), в рамках своего собственного предмета уделяющих внимание также аспектам борьбы с монополиями и защиты конкуренции. Среди этих требований Закон, к сожалению, прямо не называет *факторов*, превращающих отдельные действия в деятельность — объединяющего эти действия намерения хозяйствующего субъекта, осуществляющего деятельность, и той единой цели, к которой они ведут, — но называть их, вероятно, и не нужно, ибо в этом отношении «большая, долгая, единая деятельность» ничем не отличается от юридического факта-действия: если уж никакое, даже самое «единичное, краткое, отдельное» действие немисливо без *намерения и цели*, то уж деятельность — тем более. В самом общем виде можно сказать, что и к отдельным действиям, и к единой деятельности действующего субъекта побуждают известные потребности (чаще всего имущественные,

²⁹ «Гарант», «Консультант», сетевые ресурсы и контекстный поиск — вам в помощь, уважаемые читатели: каждый без труда найдет то, что интересует именно его! Закон о защите конкуренции в этом отношении неисчерпаем — удовлетворит самые изысканные вкусы.

³⁰ В случаях, предусмотренных ч. 1 ст. 10, ч. 1–4 ст. 11, ч. 1, 2 ст. 15, ст. 16, ч. 1 ст. 17, ч. 3 ст. 20, подп. «д» п. 2, п. 4.1 ч. 1 ст. 23, ч. 1–2.1 ст. 25.7, п. 2, 5 ч. 2, ч. 4 и 6.1, п. 1 ч. 6.2, ч. 7, 10 ст. 33, ч. 1, 2, 4 ст. 34, ч. 1 ст. 39.1 Закона, во внимание должно приниматься *не только реально состоявшееся, но и потенциальное (возможное, вероятное в будущем) ограничение конкуренции*; также для целей ч. 1 ст. 10 имеют значение и *реальные, и возможные* негативные последствия не только *для конкуренции* (соперничества хозяйствующих субъектов — конкурентов на одном и том же рынке), но и *для интересов других лиц в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей*. Тот же подход — т.е. учет не только *реально наступивших, но и возможных к наступлению в будущем* — работает и в отношении последствий, *благоприятных* для конкуренции (см. ч. 1 ст. 13 Закона).

но не только они); целью же как действия, так и деятельности является их удовлетворение, настолько эффективное (качественное, скорое, дешевое), насколько это вообще возможно в каждом данном конкретном случае. Тот, кто регулярно оказывается в однотипных обстоятельствах, испытывает одни и те же потребности и располагает примерно одним и тем же арсеналом средств для их удовлетворения, будет вести себя всякий раз одним и тем же или, по крайней мере, сходным образом, т.е. совершать из раза в раз (изо дня в день, из месяца в месяц, из года в год) **одни и те же действия**; *проникнутые одним намерением и служащие одной цели, они и составят деятельность — обычную хозяйственную деятельность хозяйствующих субъектов данного типа*³¹. Именно эта — **обычная — хозяйственная деятельность, осуществляемая на рынке**, т.е. деятельность, состоящая из актов (действий) по продвижению (реже — приобретению) товаров (работ, услуг), проникнутых единым намерением (намерением обогащения, извлечения прибыли) и служащих единой цели (цели занятия и поддержания комфортного для себя положения на соответствующем рынке), **называется конкуренцией**; в силу общепризнанной за ней социальной ценности она практически во всех странах (исключая совсем уж слабо развитые) становится предметом специальной публично-правовой защиты и регламентации — законодательства о защите конкуренции или (по установившейся терминологии) антимонопольного законодательства. Ну а **если обычная хозяйственная деятельность, которая проникнута каким-то иным намерением, служит достижению какой-то другой цели или каким-то иным образом (например, в части средств) выходит за рамки-результаты специальной публично-правовой регламентации, то она, очевидно, будет деятельностью**

³¹ Для конкурентных целей самым важным является различение хозяйствующих субъектов — **производителей товаров** с хозяйствующими субъектами — **посредниками (торговцами, перепродавцами)**: задача первых — продвинуть товары, *предельно единообразные (стандартизированные)*, в идеале вообще *идентичные*, поскольку их производство является наиболее массовым и дешевым; задача вторых — наоборот, «продвинуть» товары *максимально разнообразные*, удовлетворяющие самому взыскательному спросу. Отсюда, между прочим, видно, что деятельность **производителей и торговцев** — деятельность *принципиально разная*, а значит, **производители и торговцы по самой своей сути никогда не могут быть конкурентами** — лицами, работающими на одном и том же рынке в одном и том же качестве. Они всегда — деятели *разных* рынков.

антиконкурентной, т.е. (в зависимости от случая) тем или иным видом монополистической деятельности, недобросовестной конкуренции и др.

Кажется, невозможно найти в законодательстве какую-либо норму, с которой сделанные выводы входили бы в противоречие. Скорее, наоборот: какую норму ни возьми — сплошные подтверждения, как минимум косвенные, а то и прямые. Самые яркие:

всякий **рынок** — область работы центральных понятий Закона (о конкуренции и доминирующем положении) — обязательно имеет определенные границы: продуктовые (товарные), географические (территориальные), временные и субъектные. Возможно ли их приложение к отдельным действиям? Только к *деятельности*³²;

печально знаменитые **оборотные штрафы** по антимонопольным статьям КоАП — чем иным они могли бы быть обоснованы, кроме как тем, что взыскиваются за оборот, т.е. за *деятельность*, осуществлявшуюся с нарушением Закона?

направленность множества статей Закона (и даже целого института — экономической концентрации) на предупреждение, ограничение и запрещение **будущей активности** — может ли она иметь своим предметом какие бы то ни было единичные действия? Очевидно, нет: рассуждать о том, чего не было (действиях, которых не совершали), некорректно. Но отрегулировать будущую *деятельность* — устремление, для Закона вполне нормальное и даже естественное;

контрольно-надзорные мероприятия ФАС России, выдаваемые ею на будущее **предписания**, а также система **антимонопольного комплаенса** — чему они

³² Это означает, что в злоупотреблении доминирующим положением на известном рынке может быть обвинен только такой хозяйствующий субъект, в отношении которого антимонопольным органом будет доказано его **актуальное и точное знание**, во-первых, о *границах этого рынка*, а во-вторых, о занимаемом на нем *доминирующем положении*, будь оно *единоличным* (и, значит, более или менее очевидным) или (тем более) *коллективным* (где роль могут сыграть 1–2% рынка). Без такого знания осуществление антиконкурентной деятельности — активности, *направленной* на достижение запрещенных законом целей, — попросту невозможно: никто не может злоупотребить возможностью, о наличии которой он даже не знает.



служат? Неужто предупреждению отдельных антиконкурентных действий? Если и да, то только таких, которые станут проявлениями единой антиконкурентной деятельности;

те **отдельные активные действия**, которые хозяйствующий субъект мог и должен был бы, согласно Закону³³, совершить, но не совершил, тем самым расписавшись в своей виновности с точки зрения ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ, — о виновности в чем же они свидетельствуют? Только в осуществлении *антиконкурентной деятельности* — иначе следовало бы говорить не о невиновности, а об отсутствии самого деяния — факта административного правонарушения.

И так далее.

VI

Резюмируем сказанное.

Конкурентное право, придавая известное значение традиционным фактам-«точкам» (действиям), в то же время склонно видеть за действиями нечто большее в тех случаях, когда они (проникаясь единым намерением и служа одной цели) перерастают в факт-«отрезок» (деятельность); тогда **действия имеют конкурентно-правовое значение уже не сами по себе, а только в контексте той деятельности, неразрывно связанными между собой компонентами которой** — средствами реализации единого намере-

³³ Тут, правда, возникает вопрос: совершения *каких конкретно активных действий* Закон требует от хозяйствующих субъектов, дабы соблюсти установленные им требования и ограничения? К сожалению, пока он повисает в воздухе: ограничивая и запрещая много всего, Закон **ни словом не упоминает о том, что хозяйствующий субъект должен сделать, какие меры предосторожности принять, дабы не свалиться в тот или иной вариант антиконкурентной деятельности**. Оттого и формулу ч. 2 ст. 2.1 КоАП судебная практика по антимонопольным делам никак не может наполнить конкретным содержанием — только повторять ее, словно *заклинание*, не предпринимая ни малейших попыток выяснить, **что конкретно хозяйствующий субъект должен был бы** (и в силу какой нормы Закона) **сделать**, дабы угадать границы рынка, узнать о состоянии конкуренции на нем, о своем доминирующем на нем положении (в особенности коллективном), о том уровне цен, которого ему следует придерживаться, о барьерах входа на рынок, о наличии сопоставимых рынков и их состоянии, о величине «необходимых расходов и прибыли» и т.д.

ния совершающего их хозяйствующего субъекта и достижения преследуемой им цели — **они являются**.

А это значит, что:

с одной стороны, *подловить хозяйствующий субъект на каких-то единичных конкретных действиях, не соответствующих Закону о защите конкуренции, как правило, еще недостаточно для того, чтобы упрекнуть его в осуществлении антиконкурентной деятельности*³⁴, — необходимо еще выявить и доказать *саму деятельность*, т.е. объединение разрозненных действий единым намерением и единой целью, выходящими за рамки намерения и цели обычной хозяйственной деятельности — конкуренции;

с другой стороны, *столь же недостаточно (и невозможно) делать выводы об антиконкурентной (или, наоборот, конкурентной) деятельности по одним только микроэкономическим показателям и (тем более) данным макроэкономической статистики* — необходимо выявить и доказать те *конкретные действия*, из которых данная деятельность составила и которые послужили ее внешними проявлениями (признаками).

Приложим наши правила к приведенным выше примерам спорных ситуаций:

ситуация с 20 сделками (5% оборота доминирующего продавца) по завышенным ценам может стать основанием для обвинения в злоупотреблении доминирующим положением, но только при условии, что 20 спорных сделок составят тот самостоятельный рынок, на котором хозяйствующий субъект действовал, движимый антиконкурентным намерением и преследуя антиконкурентную цель;

та же ситуация, высчитанная через средневзвешенную цену, злоупотребления доминирующим положением означать не будет — высчитывания мало, нужно доказывание через антиконкурентные действия, намерение и цель;

³⁴ Практически единственные исключения — это **картельные соглашения** (нарушения *per se*), где поводом к наказанию может стать уже *сам факт* (или даже *попытка!*) *их заключения*, независимо от того, были ли они исполняемы в дальнейшем и привели ли к каким-то вредным для конкуренции последствиям, и (видимо) **антиконкурентные акты власти и местного самоуправления**.

та же ситуация, высчитанная через сопоставление объемов продаж (падающих) с денежной выручкой (растущей), сама по себе, т.е. вне связи с конкретными антиконкурентными действиями, намерением и целью, также не будет ни злоупотреблением, ни каким бы то ни было нарушением Закона;

согласованные действия, только предполагаемые как один из вариантов объяснения определенного состояния макроэкономических показателей рынка, — снова не нарушение (должны быть сами действия и т.д.);

доказанный факт заключения картельного соглашения — бесспорное основание для наказания, независимое ни от чего иного, и его исполнение — как деятельность, проникнутая единым намерением и служащая единой цели — тоже;

точно так же следует подходить и к вопросу об издании ограничивающего конкуренцию акта местного самоуправления — наказывать и за сам факт издания, и за уклонение от его изменения или отмены (но, правда, только в том случае, если оно всякий раз было вызвано единым антиконкурентным намерением и служило достижению единой же антиконкурентной цели).■

'Actions' or 'Activities'? To the Problem of Legal Facts of Competition Law

The author proves that the competition law gives legal significance not only to traditional facts-actions ('points'), but also to facts-processes, states and circumstances ('segments'), in particular — ordinary economic (legal) and, on the contrary, anti-competitive (illegal) activities. In this latter case, the facts-actions have competitive legal significance not by themselves, but only in

the context of that activity, the components of which they are inextricably linked. In this case, the factors linking separate actions in the activity, is a single intention of the business entity-competitor, and their orientation to achieve one single anti-competitive goal. The subject of prevention, establishment, proof, suppression and punishment should be exactly this kind of activity, and not separate facts-actions which constitute it.

Keywords: *competition, competition law, Law on Competition Protection, monopolistic activity, abuse of dominant position, legal facts, actions as legal facts, activity, facts-processes, facts-states, facts-circumstances*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vadim A. Belov

Professor at the Commercial Law Department of the Law Faculty of Lomonosov Moscow State University, Doctor of Juridical Sciences, Associate Professor (e-mail: vadim.belov@severstal.com)

REFERENCES

Belov, V.A. "Classifications of legal facts: A high-level problem" [*Klassifikatsiya yuridicheskikh faktov: problema verkhnego urovnya*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF*]. 2022. No. 8.

Belov, V.A. "So What Is Competition Law?" [*Tak chto zhe takoye konkurentnoye pravo?*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 2.

Filippova, S.Yu. Legal facts in civil law: in 3 parts. Part I. Lawful legal actions: Civil-law problems of qualification [*Yuridicheskiye fakty v grazhdanskom prave: v 3 ch. Ch. I. Pravomernyye yuridicheskiye deystviya: grazhdansko-pravovyye problemy kvalifikatsii*]. Moscow, 2020.

Filippova, S.Yu. Legal facts in civil law: in 3 parts. Part. II. Illegal legal actions: Civil-law problems of qualification [*Yuridicheskiye fakty v grazhdanskom prave: v 3 ch. Ch. II. Protivopravnyye yuridicheskiye deystviya: grazhdansko-pravovyye problemy kvalifikatsii*]. Moscow, 2021.

Nefedyev, E.A. Commercial law: Lectures delivered in the academic year 1896/7 [*Torgovoye pravo: lektsii, chitannyye v 1896/7 akademicheskoy godu*].



**МАКСИМ
ВЛАДИМИРОВИЧ
МУЗЫКА**

адвокат, руководитель
антимонопольной
практики Коллегии
адвокатов
«Монастырский, Зюба,
Степанов и Партнеры»

МЕТОД СОПОСТАВИМЫХ РЫНКОВ: ТЕКУЩИЕ ПОДХОДЫ ПРАВОО ПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ*

Тяжелая внешнеполитическая обстановка, в которой приходится функционировать российской экономике, сопровождающаяся существенным сокращением количества участников рынков и удорожанием логистических цепочек, значительно повышает риски злоупотребления доминирующим положением на различных рынках — в первую очередь посредством применения несправедливых цен. Ключевой элемент процедуры рассмотрения дел об установлении монопольно высокой цены на рынке — исследование проверяемой цены методом сопоставимых рынков, который является наиболее объективным мерилom обоснованности и рыночного характера применяемых цен. В настоящей статье описываются наиболее значимые закономерности применения антимонопольными органами метода сопоставимых рынков и конкретных критериев сопоставимости, обобщаются текущие тенденции и проблемы регулирования, а также дается оценка актуальным подходам регулятора, воспринятым в конкретных делах, с точки зрения их законности, непротиворечивости и обоснованности. Среди прочего предлагаются возможные подходы к оценке законности использования количественных параметров сопоставимости (количество продавцов и покупателей, производимой продукции, производственных мощностей), географических особенностей проверяемого рынка, различий законодательного регулирования рынков в России и за рубежом, а также между регионами России.

Ключевые слова: конкуренция, монополистическая деятельность, монопольная цена, несправедливая цена, метод сопоставимых рынков, несопоставимость, количественные критерии сопоставимости, условия обращения товара, барьеры входа на рынок

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-59-73

* Статья подготовлена с использованием СПС «КонсультантПлюс».

Введение

Федеральный закон от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) действует уже почти 18 лет и показал за это время свою эффективность. При этом, что важно, законодатель, в том числе по инициативе ФАС России, продолжает его совершенствовать, приводя в соответствие с актуальными вызовами государственной политики по развитию конкуренции. Чего стоит одно принятие долгожданного и давно обсуждаемого пятого антимонопольного пакета¹, устанавливающего порядок применения антимонопольного законодательства к цифровым платформам и услугам, оказываемым с их использованием.

Вместе с тем с учетом изменившихся за последние два года экономических и внешнеполитических реалий не утрачивают актуальности и те надзорные механизмы, которые применяются с самого начала существования Закона о защите конкуренции. Речь, конечно же, идет о механизмах контроля за монополистической деятельностью, риски которой существенным образом возросли после ухода из России большого количества участников разнообразных рынков, а также существенного усложнения логистических цепочек, обусловленного беспрецедентными по своим масштабам санкциями.

Одним из центральных институтов антимонопольного законодательства в целом и механизмов противодействия монополистической деятельности в частности, наравне с такими понятиями, как «доминирующее положение», «группа лиц», «картели» и др.², является понятие «монопольно высокая цена»³. Борьба с применением таких цен как никогда актуальна в вышеописанных обстоятельствах. В свою очередь, одной из важнейших составляющих процедуры рассмотрения дел об установлении монопольно высоких цен является метод сопоставимых рынков.

Значимость данного метода всегда подчеркивалась в судебной практике⁴, поскольку он по сути своей явля-

ется маркером уровня развития конкуренции в России и наиболее объективным мерилom обоснованности и рыночного характера применяемых цен.

Данная публикация не имеет своей целью дать полное описание всех особенностей использования метода сопоставимых рынков, поскольку такая задача была бы слишком амбициозной в масштабах отдельной статьи.

Вместе с тем в ней предпринята попытка описать наиболее значимые закономерности применения антимонопольными органами критериев сопоставимости, чтобы показать текущие тенденции и проблемы регулирования, а также дать им оценку с точки зрения законности, непротиворечивости и обоснованности/необоснованности применения.

1. Общие замечания

Прежде чем приступать к анализу конкретных аспектов сопоставимости товарных рынков с точки зрения правоприменительной практики, следует дать общую характеристику норме, содержащейся в ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции и предполагающей, что товарные рынки являются сопоставимыми, если они сопоставимы:

- а) по составу покупателей или продавцов товара;
- б) условиям обращения товара;
- в) условиям доступа на товарный рынок;
- г) государственному регулированию.

Как видно, данная норма права представляет собой перечень из четырех критериев, которые подлежат анализу правоприменителем при решении вопроса о том, может ли тот или иной рынок рассматриваться в качестве эталонного для проверки обоснованности цены на проверяемом рынке.

Однако здесь сразу бросается в глаза большое количество каучуковых терминов⁵.

¹ Федеральный закон от 10.07.2023 № 301-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“».

² Белов В.А. Так что же такое конкурентное право? // Закон. 2020. № 2. С. 51.

³ Егорушкин А.В., Полякова Е.А., Хохлов Е.С. Антимонопольное законодательство: очередной этап реформы. М., 2010.

⁴ Постановление Президиума ВС РФ от 16.01.2019 по делу № 303-ПЭК18, А40-249075/2016.

⁵ Титов Е.Е. Антиконтурентные административные правонарушения: проблемы использования оценочных понятий



Стоит оговориться, что сам Президиум ФАС России дает интересную квалификацию «условиям обращения товара», «барьерам входа на рынок», «регуляторной среде» в Разъяснении № 11⁶, в частности называя их «принципами, которые лежат в основе критерия сопоставимости рынков».

В связи с этим нельзя не отметить характеристику принципов в праве, которую дал К.И. Скловский со ссылкой на А.Л. Маковского: «Принципы — это воздух: они дают возможность дышать. Их отличительная черта в том, что они требуют интеллектуальной работы суда, а сами по себе они не работают»⁷.

Можно ли назвать категории, содержащиеся в ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции, принципами (т.е. некими абстрактными обобщенными постулатами)⁸ или же все-таки речь идет о каучуковых нормах — вопрос спорный.

Но он показывает, что при анализе ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции работать придется с категориями, которые не имеют однозначного и заранее предопределенного содержания.

Нет смысла перечислять их все. Для понимания степени проблемы достаточно лишь указать, что уже сам термин «сопоставимость» оставляет значительный простор для различных подходов в части того, насколько рынки должны быть близки друг к другу по характеристикам, чтобы цены на них можно было сравнивать: должна ли речь идти о полной аналогичности параметров или возможны все же некоторые различия.

Наверное, содержащиеся в Разъяснении Президиума ФАС России № 1⁹ формулировки о допустимости су-

ществования «отдельных различий в регулировании деятельности хозяйствующих субъектов», которые приводятся применительно к последнему из четырех критериев сопоставимости, могут толковаться расширительно как допускающие неполную идентичность рынков и по иным критериям.

Такой подход в целом разделяется в литературе¹⁰. Тем не менее он не сильно упрощает задачу практикам, работающим с данной нормой, поскольку ставит вопрос: где та грань, которая разделяет предельный уровень допустимых различий, при котором рынки все еще могут быть признаны сопоставимыми, и тот уровень, при преодолении которого говорить о сопоставимости уже нельзя?

Ни законодательство, ни правоприменительная практика ответа на данный вопрос не дают¹¹.

Из каучукового характера использованных в ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции терминов со всей неизбежностью вытекает ключевая проблема данной нормы — отсутствие понятной и предсказуемой процедуры анализа сопоставимости, а также отсутствие алгоритма формулирования результата проведенного анализа, урегулированных, например, применительно к исследованию доминирующего положения¹².

Кто-то с ходу возразит: зачем вообще нужна четкая процедура анализа, если сама по себе концепция сопоставимости, сформулированная в Законе о защите конкуренции, требует гибкого подхода к анализу с учетом особенностей конкретного антимонопольного дела?

Это замечание было бы в полной мере справедливым, если бы только антимонопольные органы не сводили в значительном количестве случаев применение метода сопоставимых рынков к короткому указанию на

// Административное и муниципальное право. 2015. № 5. С. 469–472 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Разъяснение Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 20).

⁷ Скловский К.И. Институт суда явно отстает от требований общества // Закон. 2020. № 4. С. 17.

⁸ Кашанина Т.В. Структура права: монография. М., 2015. URL: <https://www.litres.ru/book/tatyana-kashanina-10104397/struktura-prava-21553188/chitat-onlayn/page-6> (дата обращения: 30.04.2024).

⁹ Разъяснение Президиума ФАС России № 1 «Определение монополю высоко и монополю низкой цены товара»

(утв. протоколом Президиума ФАС России от 10.02.2016 № 2).

¹⁰ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / отв. ред. И.Ю. Артемьев. М., 2015.

¹¹ Батрова Т.А., Артемьев Е.В. Комментарий к Федеральному закону от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СПС «КонсультантПлюс», 2018.

¹² Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».

то, что сопоставимых рынков по результатам анализа не выявлено, причем вне зависимости от того, идет ли речь о деле, где отсутствие сопоставимого рынка в состоянии конкуренции можно в целом предполагать (например, рынок теплоснабжения), или же о рынке, аналога которого довольно легко можно найти по стране, например о рынке доставки сжиженного углеводородного газа в баллонах для бытовых нужд населения¹³, услуг пляжной инфраструктуры¹⁴, услуг по установке и замене газового оборудования¹⁵, услуг по медицинскому освидетельствованию врачом — психиатром-наркологом¹⁶, продажи сжиженного углеводородного газа на автомобильных заправочных станциях¹⁷.

Примечательно, что проблема уклонения антимонопольных органов от проведения полноценного анализа критериев сопоставимости отмечалась специалистами еще в 2010 году¹⁸. К сожалению, с того момента ситуация не сильно изменилась.

О справедливости вышеуказанного возражения также можно было бы говорить, если бы регулятор не сводил в не меньшем количестве случаев анализ критериев сопоставимости к простому поиску и перечислению различий между двумя рынками без попытки углубиться в вопрос о том, в чем состоят такие различия и как они влияют на порядок функционирования рынка и ценообразования на нем.

В качестве иллюстрации можно привести цитату из Постановления Президиума Верховного Суда РФ по делу ПАО «Новороссийский морской торговый порт»: «При этом суды отметили, что оспариваемое решение не содержит конкретных примеров различий в объемах оказанных услуг и производственных мощностях, и антимонопольным органом не указано, почему данные различия, если они вообще существуют, являются неоднозначными, представляют собой различия в ус-

ловиях обращения товаров, не сопоставимых с портом Новороссийск»¹⁹.

Сегодня, несмотря на относительно недавние разъяснения Пленума Верховного Суда РФ о применении антимонопольного законодательства²⁰, а равно несмотря на довольно активную разъяснительную деятельность Президиума ФАС России, нет ни одного документа, который бы позволял однозначно очертить границы критериев, содержащихся в ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции. Все разъяснения носят весьма общий либо фрагментарный характер.

В связи с этим дальнейший анализ критериев сопоставимости необходимо строить на изучении выводов антимонопольных органов по конкретным делам в целях выявления в них каких-то закономерностей.

2. Сопоставимость по составу продавцов или покупателей

Сразу стоит констатировать, что термин «состав» вызывает затруднение как в правоприменительной практике, так и в правовой литературе. В частности, в контексте данного термина рассматривается и количественное соотношение продавцов и покупателей, и качественные характеристики участников, и доли участников рынка, и уровень концентрации²¹.

При анализе данного критерия сопоставимости как никогда важно обратиться к истории принятия Закона о защите конкуренции.

Этот Закон был внесен в Государственную Думу 15 июня 2005 года в виде законопроекта № 186242-4.

¹³ Решение Алтайского краевого УФАС России от 24.08.2021 № 022/01/10-350/2021.

¹⁴ Решение Оренбургского УФАС России от 08.02.2023 по делу № 056/01/10-994/2021.

¹⁵ Решение Коми УФАС России от 09.01.2020 № 02-01/51 по делу № 011/01/10-385/2019.

¹⁶ Постановление Тывинского УФАС России от 16.05.2019 по делу № А20-14.31/19.

¹⁷ Решение ФАС России от 21.11.2017 по делу № 04-05/09-2017.

¹⁸ Егорушкин А.В., Полякова Е.А., Хохлов Е.С. Указ. соч.

¹⁹ Постановление Президиума ВС РФ от 26.12.2018 по делу № 309-ПЭК18, А40-75556/2017.

²⁰ Постановление Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

²¹ Батрова Т.А., Артемьев Е.В. Указ. соч.; Павлова Н.С., Фатихова А.Ф. Дизайн и опыт применения концепции сопоставимых рынков в российском антитрасте // Современная конкуренция. 2017. № 2. URL: https://moderncompetition.ru/r/articles/article/index.php?article_id_4=2079 (дата обращения 30.04.2024); решения Пермского УФАС России от 19.11.2019 по делу № 059/01/10-294/2019, 059/01/11-294/2019; Липецкого УФАС России от 15.01.2021 по делу № 048/01/10-621/2020.



Изначально определение понятия «монопольно высокая цена» было изложено в п. 12 ст. 4 и звучало следующим образом: *монопольно высокая цена товара (за исключением финансовых услуг) — цена товара, установленная занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом и существенно превышающая цену, которую в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по количеству продаваемых товаров за год, количеству покупателей (продавцов) и их составу, а также условиям доступа... устанавливают хозяйствующие субъекты, не входящие с покупателями (продавцами) товара в одну группу лиц и не занимающие доминирующего положения на таком сопоставимом товарном рынке, либо превышающая сумму экономически обоснованных расходов и соответствующей им разумной прибыли при производстве и реализации такого товара.*

Однако уже к первому чтению было подготовлено заключение Комитета Государственной Думы по промышленности, строительству и наукоемким технологиям, который раскритиковал данное определение, указав: *...из текста пункта 12 статьи 4 законопроекта следует, что определение монопольно высокой цены может осуществляться либо затратным методом (цена товара, превышающая сумму экономически обоснованных расходов и соответствующей им разумной прибыли), либо сопоставительным (цена товара, существенно превышающая цену[.] установленную в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке). Однако... применение сопоставительного метода на практике будет невозможным в силу некорректности определения в законопроекте критериев сопоставимости товарных рынков (рынки должны быть сопоставимы по количеству продаваемых товаров, количеству продавцов и покупателей и их составу, а также условиям доступа). Количество продаваемых товаров и количество продавцов и покупателей на различных товарных рынках всегда будет различным, что не позволит предприятиям на практике воспользоваться сопоставительным методом определения монопольно высокой цены²².*

²² Пункт 3 Заключения Комитета Государственной Думы по промышленности, строительству и наукоемким технологиям по проекту Федерального закона № 186242-4 «О защите конкуренции». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/186242-4> (дата обращения: 01.05.2024).

Ко второму чтению текст законопроекта был переработан. В частности, в него была включена ст. 6, которая предусматривала:

Монопольно высокой ценой товара (за исключением финансовых услуг) является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если:

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

Именно в таких формулировках норма законопроекта и была принята во втором и третьем чтении и стала ст. 6 Закона о защите конкуренции в первоначальной редакции.

Таким образом, законодатель рассматривал критерий сопоставимости «по количеству продавцов и покупателей», но в итоге отказался от него. Следовательно, несмотря на простоту применения соответствующей характеристики рынка и относительную доступность информации по ней, ее использование антимонопольными органами противоречит воле законодателя.

Кроме того, такие производные от количества участников рынка параметры, как доли участников рынка и уровень концентрации, также не могут быть признаны соответствующими ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции.

На практике же антимонопольные органы продолжают относить количественные параметры к критерию сопоставимости по составу продавцов и покупателей. И это приводит ровно к тому результату, которого опасался и который заочно критиковал Комитет Государственной Думы по промышленности, строительству и наукоемким технологиям, а именно — отказу антимонопольных органов применять метод сопоставимых рынков, в особенности когда на проверяемом рынке

действует один или небольшое количество участников в сравнении с сопоставимым рынком, который может быть рынком с более развитым уровнем конкуренции.

К количественному составу продавцов очень близок показатель, который периодически используется антимонопольными органами как основание для отказа признавать рынок в качестве сопоставимого, — недостаточно развитый уровень конкуренции на потенциально сопоставимом товарном рынке²³.

Как и в случае с количественным составом участников рынка, данный аргумент представляется не соответствующим действующему законодательству.

В чем точно нельзя отказать ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции, так это в четкости и однозначности формулировки о том, в каком состоянии должен находиться рынок для признания его сопоставимым, — *в состоянии конкуренции*. Законодатель не выделил какой-либо более точный параметр соответствующей характеристики. Тем самым нахождению рынка в состоянии конкуренции может быть противопоставлено только отсутствие конкуренции на товарном рынке, которое предполагает, что на рынке действует лишь один хозяйствующий субъект²⁴.

Если же на рынке действуют два и более хозяйствующих субъекта, то он в силу требований Закона о защите конкуренции уже должен рассматриваться в качестве потенциально сопоставимого товарного рынка²⁵.

Примечательно, что в процитированной выше изначальной редакции ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции указывалось, что сопоставимой может признаваться только та цена, которая была сформирована на сопоставимом товарном рынке лицом, не занимающим доминирующее положение на сопоставимом рынке. Федеральным законом от 17 июля 2009 года

№ 164-ФЗ это условие для признания цены допустимой к использованию для целей применения метода сопоставимых рынков было исключено из Закона о защите конкуренции.

Данные действия законодателя вновь довольно четко показывают его волю применительно к порядку использования механизма, заложенного в ст. 6 Закона о защите конкуренции, — не ограничивать метод сопоставимых рынков какими-либо требованиями к степени развитости конкуренции.

При недопустимости применения количественных показателей соответствующими ст. 6 Закона о защите конкуренции могут быть признаны только качественные показатели.

На практике качественные характеристики состава продавцов или покупателей чаще всего определяются через уровень взаимодействия между участниками рынка (оптовый рынок сравнивается с оптовым, а розничный с розничным), а также через наличие или отсутствие ограничений в перечне потребителей соответствующих услуг (услуга доступна неограниченному кругу лиц на обоих сравниваемых рынках или же существуют несопадающие ограничения)²⁶.

В целом такой подход, если он не сопровождается одновременным добавлением количественных параметров сопоставимости продавцов и покупателей, видится взвешенной основой для исследования. Однако надо понимать, что за соответствующим составом продавцов или покупателей обычно лежат какие-то более глубокие факторы, влияющие на функционирование рынка и, как следствие, цену на нем. В частности, если сравнивать оптовый и розничный рынки, то различия между ними будут формироваться не просто за счет того, что в одном случае покупателями являются крупные компании, а в другом — потребители — физические лица, а в результате того, что в ситуации, когда покупателями являются потребители — физические лица, существенно усложнится порядок обращения товара (возникнет необходимость

²³ См., напр.: постановление Якутского УФАС России от 03.06.2013 по делу № 02-32/13-14.31.

²⁴ Решения ФАС России от 31.03.2017 по делу № 1-10-141/00-03-16; Коми УФАС России от 08.04.2024 по делу № 011/01/10-559/2023; Татарстанского УФАС России от 08.02.2024 № АР-05/1176 по делу № 016/01/10-1118/2023; постановление Оренбургского УФАС России от 13.12.2021 по делу № 056/04/14.31-1273/2021, 056/01/10-1044/2020.

²⁵ Постановление Новосибирского УФАС России от 15.07.2019 № 054/04/19.5-538/2019.

²⁶ См., напр.: решения Крымского УФАС России от 18.05.2023 № 082/01/10-6/2021; Рязанского УФАС России от 06.06.2022 по делу № 062/01/10-812/2021; Коми УФАС России от 01.03.2019 № 02-01/1425 и от 16.09.2015 № 02-01/8187 по делу № А25-11/14; Хабаровского УФАС России от 12.01.2016 по делу № 30.



соблюдения требований законодательства о защите прав потребителей, каждый заказ будет иметь существенно меньший объем, что приведет к увеличению расходов на доставку, и др.). Иными словами, различия в составе продавцов и покупателей, как правило, сопровождаются различиями по иным критериям сопоставимости. И в данном случае именно различия по иным критериям сопоставимости становятся определяющими.

Соответственно, признание рынков несопоставимыми по причине различий в составе продавцов или покупателей должно сопровождаться описанием несопоставимости по иным показателям (прежде всего связанным с условиями обращения товара на рынке) или объяснением того, как сами по себе различия в составе продавцов и покупателей влияют на процесс ценообразования и почему они сами по себе порождают несопоставимость товарных рынков²⁷.

Как видится, только подробная аргументация выводов позволяет рассчитывать на то, что применение критерия сопоставимости по составу продавцов или покупателей не будет носить формалистский характер.

3. Сопоставимость по условиям обращения товара

Данный критерий сопоставимости, пожалуй, потенциально имеет наиболее широкое содержание, в связи с чем наиболее часто становится основанием для отказа признавать тот или иной исследуемый рынок в качестве сопоставимого по отношению к проверяемому рынку.

В практике антимонопольных органов можно найти совершенно разные факторы, которые называются в качестве условий обращения товара:

— объем оказываемых услуг, условия заключения договора, иные условия обращения товара²⁸;

²⁷ Постановление АС Волго-Вятского округа от 09.08.2022 по делу № А38-4472/2021, оставленное без изменения Определением ВС РФ от 17.11.2022 № 301-ЭС22-23371.

²⁸ Решение ФАС России от 31.03.2017 по делу № 1-10-141/00-03-16.

— условия осуществления хозяйственной деятельности²⁹;

— производственные мощности³⁰;

— размер территории рынка и погодные условия³¹;

— географическая изолированность территорий³²;

— размеры затрат на коммунальные услуги (электроэнергия, водоснабжение, водоотведение), а также прочие расходы, входящие в структуру стоимости проверяемых товаров, работ, услуг³³;

— различия в порядке функционирования оптовых и розничных рынков (способы реализации, объемы партий) и т.д.³⁴

За редким исключением все перечисленные факторы обычно становятся основанием для отказа применять метод сопоставимых рынков, поскольку их наличие обуславливает, по мнению антимонопольных органов, некую уникальность рынка, цены на котором проверяются на предмет наличия в них признаков монопольно высокой цены.

В целом каждый из названных факторов звучит достаточно весомо, однако лишь до того момента, пока кто-нибудь не попытается проверить, как они влияют на процесс ценообразования на рассматриваемых рынках.

К сожалению, во всех перечисленных случаях, кроме дела Коми УФАС России № 02-01/8187, весь анализ сводится к простому перечислению соответствующих факторов. Никакого конкретного исследования и его результатов в отношении значения этих факторов для ценообразования антимонопольные органы не приводят.

²⁹ Решение ФАС России от 01.09.2023 по делу № 06/01/10-3/2022.

³⁰ Решение ФАС России от 30.03.2017 по делу № 1-10-86/00-03-16.

³¹ Постановление Якутского УФАС России от 03.06.2013 по делу № 02-32/13-14.31.

³² Решение Камчатского УФАС России от 27.12.2022 по делу № 041/01/10-410/2022.

³³ Решения Магаданского УФАС России от 22.08.2014 по делу № 03-10/08-2014; Мордовского УФАС России от 11.10.2022 по делу № 013/01/10-38/2022.

³⁴ Решение Коми УФАС России от 16.09.2015 № 02-01/8187.

Именно поэтому выше процитированное Постановление Президиума Верховного Суда РФ по делу ПАО «Новороссийский морской торговый порт» весьма критически оценивает такие факторы, как объем оказываемых услуг и производственные мощности.

Если попытаться провести анализ соответствующих особенностей рынков, то во многих случаях придется разделить такую критическую оценку.

Например, относительно количества продаваемого товара или объема оказываемой услуги можно высказать возражение, схожее с тем, которое ранее было высказано применительно к количественному составу продавцов и покупателей. Данный критерий сопоставимости, как и критерий сопоставимости по количеству продавцов или покупателей, подвергся критике со стороны Комитета Государственной Думы по промышленности, строительству и наукоемким технологиям. Тем не менее он был включен в первую редакцию ст. 6 Закона о защите конкуренции. Однако с принятием Федерального закона от 17 июля 2009 года № 164-ФЗ, которым соответствующая статья была изложена в действующей в настоящее время редакции, он был из Закона о защите конкуренции удален. Такое изменение законодательства дает основания утверждать, что, как и в случае с количеством продавцов и покупателей, количество производимого товара, в понимании законодателя, не должно влиять на вопрос сопоставимости рынков.

Безусловно, можно предположить, что законодатель имел своей целью не исключать соответствующий количественный критерий из состава факторов, влияющих на сопоставимость, а, наоборот, добавить более общий критерий (условия обращения товара), также включающий количественный фактор.

Вместе с тем, принимая во внимание высказанные Комитетом Государственной Думы по промышленности, строительству и наукоемким технологиям в процессе принятия Закона о защите конкуренции опасения относительно того, что количественные критерии могут сделать принципиально невозможным применение метода сопоставимых рынков, полагаем, что даже если допустить применение количественных факторов в рамках условий обращения товара, то стоит ожидать, что антимонопольные органы будут подходить к такому применению с высшей степенью

осторожности, аккуратно и кропотливо мотивируя свои выводы, чего, к сожалению, в настоящее время мы не наблюдаем.

Что касается таких условий обращения товара, как размер территории рынка и погодные условия, то, конечно, они могут оказывать значительное влияние на весьма большое количество рынков, например связанных с услугами перевозки или продажей товаров населению, в том числе производством и реализацией сельскохозяйственной продукции и продуктов питания. Однако в деле, в котором соответствующее условие обращения товара было использовано для обоснования отсутствия сопоставимых товарных рынков, предметом проверки антимонопольного органа являлись цены на услуги хранения нефтепродуктов и приемо-складские операции, для которых значение размеров территории рынка, а также погодных условий становится уже не столь очевидным.

Более того, антимонопольный орган, первым выделив погодный фактор как определяющий условия обращения товаров, указал на необходимость рассматривать в качестве потенциально сопоставимых рынков ближайшие к Республике Саха (Якутия). Однако тут же и эти регионы были отвергнуты со ссылкой на размеры территории и недостаточно развитую, по мнению УФАС, конкуренцию на них. Если придерживаться такого подхода, как занял антимонопольный орган в соответствующем деле, то получится, что по отношению к любому рынку на территории Якутии сопоставимых рынков в России быть не может в принципе. В судебной практике такой подход не разделяется³⁵.

Далее, использование фактора географической изолированности территории в деле, где предметом рассмотрения антимонопольного органа являлись услуги аэропорта, видится крайне неудачным, особенно с учетом того, что антимонопольный орган подчеркивает ключевую особенность соответствующих услуг — установление с их помощью связи региона с другими регионами РФ и городов внутри региона, что в целом является общей особенностью услуг всех аэропортов. Примечательно, что единственным конкретным примером применения метода сопоставимых

³⁵ Постановление Пятого ААС от 03.08.2018 № 05АП-4819/2018, 05АП-4949/2018.



рынков, который приведен в Разъяснении Президиума ФАС № 1, является именно дело, в котором сопоставимыми товарными рынками были признаны рынки аэропортов Петропавловска-Камчатского, Магадана, Анадыря и Южно-Сахалинска, два из которых (Петропавловск-Камчатский и Южно-Сахалинск) находятся на изолированных территориях.

В практике имеются и другие примеры, когда фактор изолированности территорий не рассматривался в качестве препятствия для поиска сопоставимых рынков для рынков Сахалина и Камчатского края³⁶.

Что касается размера затрат на коммунальные услуги и иных затрат, то использование данного фактора для оценки сопоставимости рынков является крайне спорным.

Во-первых, сразу встает вопрос о том, действительно ли перечисленные различия имеются, и если да, насколько они существенны. Если посмотреть приведенные дела, в которых эти вопросы поднимались, то можно увидеть, что антимонопольные органы ограничились простым постулированием наличия различий без их четкого описания как в целом, так и применительно к анализируемым рынкам.

Во-вторых, в данном случае условия обращения товара подменяются статьями затрат, формирующих себестоимость товара, которые никакого отношения к обращению товаров не имеют. Такие факторы должны анализироваться в рамках затратного подхода и именно применительно к порядку формирования проверяемой цены.

Здесь примечательно то, что еще в 2015 году в комментариях к Закону о защите конкуренции под редакцией действующего на тот момент руководителя ФАС России И.Ю. Артемьева отмечалось отсутствие экономического смысла в сопоставлении всех условий с точки зрения их монетизации в форме издержек хозяйствующих субъектов, поскольку цена на конкурентных рынках «устанавливается продавцами на уровне, отражающем общую конъюнктуру такого рынка вне зависимости от уровня издержек отдель-

ных хозяйствующих субъектов»³⁷. Схожую позицию о том, что цены на рынках в состоянии конкуренции определяются рыночной конъюнктурой, можно найти и у других авторов³⁸. В этом контексте отказ признавать рынки сопоставимыми со ссылкой на несовпадение величины расходов на разных рынках представляется тем более необоснованным.

Наконец, в-третьих, если рассматривать различия в размере затрат в качестве составляющей критерия сопоставимости по условиям обращения товара, то с большой долей вероятности про применение метода сопоставимых рынков можно в целом забыть, так как в каждом субъекте Российской Федерации будут действовать свои, разные цены на все товары, включая коммунальные услуги, а значит, не только условная Магаданская область, как это признало местное УФАС в деле № 03-10/08-2014, но и, например, Республика Крым, вопреки выводам Крымского УФАС в деле № 082/01/10-6/2021 (где рынки в Крыму и Ленинградской области были признаны сопоставимыми), также не будет иметь ни одного сопоставимого рынка ни по одному товару, ни по одной работе и ни по одной услуге³⁹.

Толкование законодательства, которое приводит к тому, что отдельные фундаментальные его положения полностью утрачивают возможность к применению, является как минимум нежелательным, а как максимум — противоречащим этому самому законодательству.

Таким образом, даже то небольшое количество антимонопольных дел, которое упоминается в настоящей статье, показывает, что условия обращения товара являются крайне непростым критерием сопоставимости товарных рынков. Его надлежащее применение

³⁶ Постановление Шестого ААС от 28.06.2021 № 06АП-2241/2021, оставленное без изменения постановлением АС Дальневосточного округа от 12.10.2021 № Ф03-5234/2021.

³⁷ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный).

³⁸ Конкурентное право Российской Федерации: учеб. пособие / под ред. Н.И. Клейн, Н.Е. Фонаревой. М., 1999. С. 24; *Шайхеев Т.И.* Ценовые нарушения антимонопольного законодательства // Арбитражные споры. 2016. № 4. С. 133–146.

³⁹ Для примера: в 2023 году, когда Крымским УФАС рассматривалось соответствующее дело, в Ленинградской области действовал одноставочный тариф для населения 5,38 руб./кВт·ч (см.: https://tarif.lenobl.ru/media/uploads/user-files/2022/11/23/346-%D0%BF_2022_%D1%8D.pdf), а в Крыму — от 3,93 до 6,62 (см.: <https://crimea-energy.ru/consumers/price/tariful-2>) (дата обращения: 19.06.2024).

в значительной степени определяется особенностями конкретного дела, а также тех услуг, цены на которые являются предметом проверки. И, к сожалению, необходимо констатировать, что далеко не всегда отказ признавать рынки сопоставимыми со ссылкой на несоблюдение соответствующего критерия сопоставимости видится оправданным.

4. Сопоставимость по условиям доступа на товарный рынок

Под условиями доступа на товарный рынок понимаются те или иные барьеры входа на него⁴⁰, которые довольно четко описаны в разделе VIII Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке⁴¹.

Можно предположить, что рынки будут сопоставимыми тогда, когда существует примерно один и тот же перечень барьеров входа на эти рынки. И напротив, если антимонопольным органом будет выявлен разный перечень барьеров входа, то, скорее всего, рынки будут признаны несопоставимыми.

Применительно к барьерам входа на товарный рынок как к условиям их сопоставимости встают два вопроса.

Во-первых (самое очевидное), может ли количественный показатель (различие в высоте одних и тех же барьеров) влиять на решение вопроса о сопоставимости?⁴² Четкого ответа на данный вопрос ни в том же приказе ФАС России от 28 апреля 2010 года № 220, который был разработан несколько для иных целей, ни в правоприменительной практике найти не получится.

Во-вторых, насколько исследование барьеров входа на рынок в качестве критериев сопоставимости в принципе оправданно в ситуации, когда задача антимонопольного органа состоит в том, чтобы исследовать цены, сформированные участниками рынка, которые соответствующие барьеры уже явно преодолели?

Здесь можно предположить, что различия в барьерах входа на рынок могут обуславливать повышение затрат участников рынка и, как следствие, повышение цен. Однако, как было указано выше, формирование цены в условиях конкуренции предполагает, что она устанавливается вне зависимости от уровня издержек конкретных участников.

Более того, данное предположение будет актуальным в том случае, если большее количество барьеров входа на товарный рынок будет существовать на сопоставимом, а не на проверяемом рынке. Но оно не объясняет, как оценивать ситуацию, когда проверяемый рынок имеет больше барьеров входа и при этом цены на нем ниже, чем на сопоставимом рынке.

С учетом необходимости единообразного применения законодательства получается, что и в этом случае рынки с разными барьерами должны быть признаны несопоставимыми. Однако такой подход будет иметь признаки формалистского и, как следствие, станет объектом вышеописанной критики, связанной с негативной оценкой безосновательного отклонения рынков в качестве сопоставимых.

Ни судебная практика, ни практика антимонопольных органов не дают однозначного ответа и на второй вопрос.

Если же попытаться в целом оценить текущий опыт применения данного критерия сопоставимости, то стоит признать его крайне незначительным. Различия в условиях доступа на товарный рынок очень редко становятся основанием для отрицания сопоставимости рынков, в связи с чем довольно сложно предсказать, в каком случае соответствующие различия будут констатированы антимонопольными органами.

Для целей данной статьи хотелось бы упомянуть лишь пару примеров.

Так, можно встретить позицию о том, что изолированность той или иной территории создает не только несопоставимые условия обращения товара, но и несопоставимые условия доступа на товарный рынок⁴³.

⁴⁰ Батрова Т.А., Артемьев Е.В. Указ. соч.; решения Липецкого УФАС России от 15.01.2021 по делу № 048/01/10-621/2020; Ивановского УФАС России от 08.11.2019 по делу № 037/01/10-111/2019(02-10/2019-002).

⁴¹ Утвержден приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220.

⁴² Павлова Н.С., Фатихова А.Ф. Указ. соч.

⁴³ Решение Магаданского УФАС России от 15.03.2017 по делу № 03-10/02-2016.



Представляется, что к данному подходу в полной мере применимы те возражения, которые были ранее высказаны относительно допустимости использования соответствующих обстоятельств в качестве условия обращения товара. Особенно актуальными они становятся в свете того, что предметом рассмотрения в данном деле были цены на платные медицинские услуги (индивидуальная психотерапия, осмотр врача психиатра-нарколога при освидетельствовании на допуск к управлению транспортным средством и т.д.). Установить из решения антимонопольного органа, почему услуги, оказываемые повсеместно, почти в каждом городе и регионе России, именно на территории Магаданской области становятся столь уникальными, что утрачивают сопоставимость с любыми другими рынками, довольно затруднительно.

В другом деле в качестве барьера входа в контексте поиска сопоставимых рынков по отношению к рынку услуг пляжной инфраструктуры упоминается конкурсная основа получения доступа на товарный рынок⁴⁴. При этом антимонопольный орган просто констатирует наличие данного барьера без исследования вопроса о том, в каком порядке получается доступ на аналогичные рынки на других территориях. Если бы УФАС было установлено, что на проверяемом рынке участие в конкурсе является обязательным условием доступа на рынок, а на сопоставимых — нет, то этот фактор теоретически мог бы стать основанием для отрицания сопоставимости. Хотя, вероятно, и в этом случае простой констатации различий было бы недостаточно, а требовалось бы установить, как выявленный фактор влияет на порядок ценообразования. Однако антимонопольный орган никакого глубокого анализа не продемонстрировал. Более того, упомянул фактор доступа на рынок через конкурс как вторичный, исключающий сопоставимость рынков. Первым же аргументом послужил довод о неповторимости природно-лечебных ресурсов курорта, услуги на котором являлись предметом проверки. Иными словами, можно предположить, что антимонопольный орган был настроен на то, чтобы отрицать наличие сопоставимых рынков в любом случае, даже если конкурсный характер доступа к рынку отсутствовал.

Схожая аргументация относительно условий доступа на товарный рынок была приведена в деле, где антимонопольный орган проверял обоснованность цен на услуги по обработке грузов в грузовом терминале аэропорта. В частности, было указано, что рынок, находящийся в состоянии конкуренции, не может быть признан сопоставимым по условиям доступа на товарный рынок, так как на нем авиакомпании имеют возможность выбора грузового оператора путем проведения конкурсных процедур⁴⁵.

Такая аргументация вызывает существенные вопросы. В данном случае проведение конкурсных процедур описано антимонопольным органом лишь как возможность для авиакомпаний, но не как препятствие участникам рынка в возможности оказывать свои услуги. В связи с этим упоминание соответствующего фактора в контексте условий доступа на товарный рынок видится недостаточным обоснованным.

Более того, возможность проведения конкурсных процедур исходя из действующего законодательства о закупочной деятельности, скорее, является доказательством конкурентного состояния рынка, на котором такая возможность существует⁴⁶.

При таких обстоятельствах квалификация выделенных антимонопольным органом факторов в качестве условий доступа на товарный рынок выглядит по меньшей мере спорной.

5. Сопоставимость по государственному регулированию

Государственное регулирование лишь на первый взгляд может показаться наиболее понятным из всех критериев сопоставимости. На практике же с его применением возникает не меньше проблем,

⁴⁵ Решение Камчатского УФАС России от 27.12.2022 по делу № 041/01/10-410/2022.

⁴⁶ Часть 16 ст. 3.2 Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», ч. 2 ст. 24 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», ст. 447 ГК РФ, ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции.

⁴⁴ Решение Оренбургского УФАС России от 08.02.2023 по делу № 056/01/10-994/2021.

чем с условиями обращения товара, поскольку государственное регулирование является весьма разнообразным и, как правило, затрагивает почти все аспекты производства и реализации товаров, работ и услуг, которые и относятся к условиям обращения товара.

Первая проблема, которая возникает при попытке оценить сопоставимость рынков по государственному регулированию, связана с тем, что ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции допускает возможность существования сопоставимых товарных рынков не только на территории России, но и за ее пределами.

Как следствие, для надлежащего применения соответствующего критерия сопоставимости предполагается, что антимонопольный орган должен понимать подходы к регулированию рынков не только в России, но и за границей и должен быть способен сопоставить их.

В реальности же задача установления содержания норм иностранных правовых режимов и их сравнения с российским законодательством, как правило, решается путем принципиального отрицания возможности существования сопоставимых рынков за пределами России именно в силу различий правового регулирования⁴⁷.

С одной стороны, в некоторых ситуациях такой вывод может быть вполне оправданным. С другой стороны, с учетом того, что используемые антимонопольными органами формулировки носят общий характер, т.е. относятся не к какому-либо конкретному рынку, а ко всем зарубежным рынкам в целом, а также не сопровождаются какими-либо подробностями, позволяющими предположить, что антимонопольный орган не просто скопировал шаблонный абзац, а действительно провел анализ и сделал мотивированный вывод, к сожалению, приходится констатировать, что, скорее всего, за ними стоит лишь нежелание тратить время на полноценный анализ проверяемых цен методом сопоставимых рынков.

⁴⁷ Решения Магаданского УФАС России от 22.08.2014 по делу № 03-10/08-2014, от 15.03.2017 по делу № 03-10/02-2016; Сахалинского УФАС России от 09.12.2019 по делу № 065/01/10-96/2019; ФАС России от 31.03.2017 по делу № 1-10-141/00-03-16; определение Сахалинского УФАС России от 30.10.2020 по делу № 065/01/10-1067/2020.

Стоит отметить, что в настоящее время на рассмотрении Государственной Думы находится проект федерального закона № 409891-8 «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“», который среди прочего предусматривает исключение из ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции упоминания возможности существования сопоставимых рынков за пределами РФ. Так что, вероятно, в будущем вышеописанная проблема утратит свою актуальность.

Вместе с тем демонстрируемый подход к сопоставимым рынкам за рубежом не создавал бы столь существенную проблему, если бы антимонопольный орган не использовал аналогичный подход к сопоставимым рынкам на территории России.

В силу ст. 71–73 Конституции РФ значительное количество вопросов, включая и налоговое регулирование, которое ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции в первую очередь относит к факторам, влияющим на сопоставимость, является предметом совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. То есть данные вопросы могут быть по-разному урегулированы в разных регионах, что в отсутствие четких законодательно установленных границ критериев сопоставимости создает основания для принципиального отрицания сопоставимости рынков на разных территориях России.

Пожалуй, наиболее наглядным примером различий в вопросах государственного регулирования в разных регионах являются ставки транспортного налога⁴⁸.

В Разъяснении Президиума ФАС России № 1 указано, что отдельные различия в регулировании деятельности хозяйствующих субъектов на рассматриваемых товарных рынках (регулирование трудовых отношений, налоговый режим) могут не учитываться при сопоставлении уровня цен на рынках с развитой конкуренцией по отношению к неконкурентному рынку, если они не оказывают существенного влияния на процесс ценообразования.

⁴⁸ Демишева Е, Распопова А. Транспортный налог 2024: ставки, льготы и что будет, если не платить. URL: <https://www.autonews.ru/news/60a264f69a794765566473ba> (дата обращения: 04.05.2024).



К сожалению, данное разъяснение не устраняет неопределенность в вопросе применения критерия сопоставимости рынков по государственному регулированию.

Во-первых, оно вводит очень жесткие критерии допустимости регуляторных различий (только если сопоставимый рынок имеет развитую конкуренцию, а проверяемый рынок вообще не имеет конкуренции). При его буквальном прочтении получается, что в случае иного соотношения уровня конкуренции на сопоставимом и проверяемом рынке требуется полное совпадение государственного регулирования. Это почти полностью исключает возможность применения метода сопоставимых рынков в любом деле.

Во-вторых, в разъяснении говорится о допустимости существования лишь отдельных различий регулирования. Когда количество различий является приемлемым, а когда уже становится недопустимым, из разъяснения установить невозможно.

В-третьих, указаны лишь два вида допустимых различий: регулирование трудовых отношений и налоговый режим. Из разъяснения невозможно доподлинно установить, означает ли это, что различия в иных вопросах категорически недопустимы, или же данные два вида являются лишь примерами возможных различий.

В-четвертых, отмечено, что допустимые различия не должны оказывать существенного влияния на процесс ценообразования. Однако никакого руководства для определения степени существенности влияния различий не дано.

В итоге при буквальном прочтении положений Разъяснения № 1 создается ощущение, что данный документ устанавливает еще более строгие критерии сопоставимости, чем Закон о защите конкуренции, который говорит лишь о сопоставимости государственного регулирования, никак не предвещая ее приемлемую степень.

Как в таких условиях в принципе подходить к вопросу поиска сопоставимых рынков, совершенно непонятно.

Слишком строгий подход к вопросу сопоставимости государственного регулирования все же представ-

ляется крайне нежелательным. В нем даже можно усмотреть нарушение основополагающих целей Закона о защите конкуренции, установленных ч. 2 ст. 1, а именно: обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации.

Какими бы ни были различия в регулировании в разных субъектах Федерации, все регулирование строится на единых основах государственной политики, которые в силу п. «е» и «ж» ст. 71 Конституции РФ устанавливаются на федеральном уровне, а значит, являются общими и универсальными для всей территории Российской Федерации.

Как следствие, к несопоставимости товарных рынков, функционирующих на базе таких единых основ, могут приводить только те различия, которые носят фундаментальный характер. Примером таковых может быть наличие субсидий на одних рынках при отсутствии таких субсидий на других рынках, а также применение ценового регулирования на одних рынках и его отсутствие на других рынках⁴⁹.

Однако стоит оговориться, что такие различия не должны приводить к автоматическому признанию рынков несопоставимыми. В каждом случае антимонопольный орган должен проводить подробный анализ того, какое значение соответствующие различия имеют для вопроса ценообразования по конкретным товарам, работам или услугам. Например, может оказаться, что какие-то участники рынка действительно получают субсидии, однако субсидируемая деятельность не имеет никакого отношения к деятельности, которая является предметом проверки. Или что ценовое регулирование на сопоставимом рынке осуществляется не в форме установления конкретных тарифов, а в форме установления предельного уровня цен и при этом фактически применяемые тарифы на сопоставимом рынке все равно выше цен на проверяемом рынке.

В этом контексте весьма актуальным является также вопрос допустимости признания рынков несопоставимыми по причине того, что какой-то из рынков

⁴⁹ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный).

находится в границах территории, где действуют преференциальные режимы, например территорий опережающего развития.

В практике антимонопольных органов можно найти примеры, когда со ссылкой на данное обстоятельство регулятор отказывался признавать проверяемые рынки сопоставимыми с рынками, на которых преференциальный режим не действует. Однако проблема в том, что такой отказ мотивируется самим фактом действия преференциального режима на определенной территории — без проверки того, применяются ли льготы, установленные таким режимом, к конкретному проверяемому участнику рынка⁵⁰.

Такой подход, очевидно, не соответствует целям ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции.

Заключение

Если подвести итог вышеизложенному анализу и попытаться обобщить ключевые тенденции развития правоприменительной практики в вопросе применения метода сопоставимых рынков, то придется констатировать, что за почти 18 лет существования ст. 6 Закона о защите конкуренции антимонопольным органам не удалось выработать непротиворечивый, понятный и предсказуемый подход к вопросу о том, в каком случае наличие сопоставимых рынков будет подтверждено, а в каком — нет.

Можно предположить, что у антимонопольных органов сохраняется констатируемое на протяжении многих лет правоведами и практиками недовольство необходимостью тратить усилия, время и средства на проведение анализа цен методом сопоставимых рынков⁵¹. Такое отношение предсказуемо трансформируется в стремление регулятора изложить в своем решении какие-либо простые различия между рынками, не со-

проводя их хоть сколько-нибудь подробным обоснованием влияния таких различий на порядок ценообразования, чтобы обосновать отказ от применения метода сопоставимых рынков.

К сожалению, этот подход часто не подвергается ревизии при проверке судами действительности принятых антимонопольными органами ненормативных правовых актов.

Совершенно очевидно, что такое положение дел нельзя признать приемлемым с точки зрения ст. 6 Закона о защите конкуренции.

А значит, ФАС России, судам и юристам, практикующим в сфере антимонопольного регулирования, предстоит проделать еще очень большую работу для того, чтобы изменить отношение антимонопольных органов к проблеме применения метода сопоставимых рынков, а также систематизировать подходы к исследованию и сопоставлению рынков. Безусловно, данная задача потребует глубокого экономического и юридического анализа, а также больших временных затрат. Однако, как показывает факт принятия Президиумом ФАС России Разъяснения № 1, соответствующая работа ведется и, стоит надеяться, будет доведена до конца.■

Comparable Markets Method: Current Approaches of Law Enforcement Practice

The difficult foreign policy environment in which the Russian economy has to function, accompanied by a significant reduction in the number of market participants and rising costs of logistics chains, significantly increase the risks of abuse of dominant position on various markets, primarily through the application of unfair prices. The key procedural element of cases on establishment of monopoly prices is the application of the comparable markets method, which is the most objective measure of the reasonableness and market character of the applied prices. This article provides the most significant patterns of application by antimonopoly authorities of the comparable markets method and specific comparability criteria, summarises current trends and regulatory problems, and assesses the regulator's current approaches in specific cases from the point of view of their legality, consistency and reasonableness.

⁵⁰ Решение Камчатского УФАС России от 27.12.2022 по делу № 041/01/10-410/2022.

⁵¹ Егорушкин А.В., Полякова Е.А., Хохлов Е.С. Указ. соч.; Подгузова К. Когда цена монополично высокая // ЭЖ-Юрист. 2016. № 16. С. 4; Сойкина Е.Ю. О практике ФАС СЗО по применению статьи 6 «Монополично высокая цена товара» Федерального закона «О защите конкуренции» за период с 2008 года по октябрь 2012 года // Арбитражные споры. 2013. № 2. С. 35–47.



Among other things, the article describes possible approaches to assessing the legality of using quantitative comparability parameters (number of sellers and buyers, manufactured products, production facilities), geographical features of the market territory being tested, differences in legislative regulation of markets in Russia and abroad, as well as between Russian regions.

Keywords: *competition, monopolistic activity, monopolistic price, unfair price, comparable markets method, incomparability, quantitative criteria of comparability, conditions of goods circulation, barriers to market entry*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Maksim V. Muzyka

Advocate, Head of Antitrust Practice of Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners Law Firm (e-mail: muzykamv@mail.ru)

REFERENCES

Artemyev, I.Yu. (ed.). Scientific and practical commentary on the Federal Law “On Protection of Competition” (article-by-article) [*Nauchno-prakticheskiy kommentariy k Federal'nomu zakonu «O zashchite konkurentsii» (postateynyy)*]. Moscow, 2015. 314 p., available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Batrova, T.A. and Artemyev, E.V. Commentary to Federal Law No. 135-FZ of July 26, 2006 “On Protection of Competition” [*Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 26 iyulya 2006 g. № 135-FZ «O zashchite konkurentsii»*]. “ConsultantPlus” Legal Reference System, 2018.

Belov, V.A. “So what is competition law?” [*Tak chto zhe takoe konkurentnoe pravo?*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 2. P. 44–64.

Egorushkin, A.V., Polyakova, E.A. and Khokhlov, E.S. Antimonopoly legislation: the next stage of reform. [*Antimonopol'noe zakonodatel'stvo: ocherednoy etap reformy*]. Moscow, 2010. 176 p.

Kashanina, T.V. The structure of law: a monograph [*Struktura prava: monografiya*]. Moscow, 2015. 580 p.

Kleyn, N.I. and Fonareva, N.E. Competition law of the Russian Federation: A Textbook [*Konkurentnoe pravo Rossiyskoy Federatsii: uchebnoe posobie*]. Moscow, 1999. 432 p.

Pavlova, N.S. and Fatikhova, A.F. “Design and experience of applying the concept of comparable markets in the Russian antitrust” [*Dizayn i opyt primeneniya kontseptsii sopostavimyykh rynkov v rossiyskom antitraste*]. Modern competition [*Sovremennaya konkurentsia*]. 2017. No. 2. P. 36–46.

Podguzova, K. “When the price is monopolistically high” [*Kogda tsena monopol'no vysokaya*]. EJ — Laywer [*EJ — Yurist*]. 2016. No. 16. P. 4, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Shaykheev, T.I. “Price violations of antimonopoly legislation” [*Tsenovye narusheniya antimonopol'nogo zakonodatel'stva*]. Arbitration disputes [*Arbitrazhnye spory*]. 2016. No. 4. P. 133–146, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Sklovskiy, K.I. “The institution of the court is clearly lagging behind the requirements of society” [*Institut suda yavno otstaet ot trebovaniy obshchestva*]. Statute [*Zakon*]. 2020. No. 4. P. 8–21.

Soykina, E.Yu. “On the practice of the Federal Antimonopoly Service for the application of Article 6 ‘Monopolistically high price of goods’ of the Federal Law ‘On Protection of Competition’ for the period from 2008 to October 2012” [*O praktike FAS SZO po primeneniyu stat'i 6 “Monopol'no vysokaya tsena tovara” Federal'nogo zakona “O zashchite konkurentsii” za period s 2008 goda po oktyabr' 2012 goda*]. Arbitration disputes [*Arbitrazhnye spory*]. 2013. No. 2. P. 35–47, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.

Titov, E.E. “Anticompetitive administrative offenses: problems of using evaluative concepts” [*Antikonkurentnye administrativnye pravonarusheniya: problemy ispol'zovaniya otsenochnykh ponyatiy*]. Administrative and municipal law [*Administrativnoe i munitsipal'noe pravo*]. 2015. No. 5. P. 469–472, available at “ConsultantPlus” Legal Reference System.



**ЕВГЕНИЙ СЕРГЕЕВИЧ
ХОХЛОВ**

преподаватель кафедры
антимонопольного
регулирующего
международно-
правового факультета
Университета имени
О.Е. Кутафина
(МГЮА), старший
преподаватель кафедры
экономического и
антимонопольного
регулирующего МГИМО
МИД России, партнер
юридической фирмы
Antitrust Advisory

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРЕВАЛИРУЮЩЕЙ ПЕРЕГОВОРНОЙ СИЛОЙ

Настоящая статья анализирует такое специфическое правовое явление, как злоупотребление превалирующей переговорной силой. Примером использования данной концепции в России служат ограничения для торговых сетей в Законе об основах государственного регулирования торговой деятельности. Анализируется мировой опыт использования аналогичных положений, в том числе в Великобритании, ЕС, Франции, Германии, Италии, Японии и Южной Корее. В свете неоднозначного мирового опыта применения концепции превалирующей переговорной силы автор приходит к выводу об отсутствии необходимости закрепления данного института в российском законодательстве.

Ключевые слова: превалирующая переговорная сила, доминирующее положение, антимонопольное законодательство

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-74-79

В последнее время ведется все больше дискуссий о том, что традиционное антимонопольное регулирование не справляется с новыми вызовами, вследствие чего необходимо использовать иные инструменты для регулирования несовершенств на рынках. Часто в таких дискуссиях упоминается концепция злоупотребления превалирующей переговорной силой (*prevailing bargaining power*). Интересно, что она закреплена в модернизированном Законе о конкуренции Республики Узбекистан, вступившем в силу с 3 сентября 2023 года¹, хотя прак-

¹ Статья 14 «Превосходная переговорная сила» Закона Республики Узбекистан от 03.07.2023 № ЗРУ-850: «Превосходной переговорной силой признается наличие возможности одностороннего влияния хозяйствующим субъектом или группой лиц, не имеющим доминирующего положения, на определение условий сделки, территории и цены реализации товаров».

тики ее применения, разумеется, еще нет, равно как не установлено ни критериев, ни оснований для ее применения.

Данная концепция существует в некоторых странах наряду со злоупотреблением доминирующим положением. Она пока еще не получила широкого распространения в мире, но тем не менее набирает популярность, в том числе в последнее время применительно к цифровым рынкам.

Традиционный антитраст исходит из того, что негативные последствия для конкуренции возникают вследствие использования рыночной власти, которая, в свою очередь, определяется как возможность унавливать цены выше конкурентного уровня². Однако по мере развития экономических отношений такое понимание рыночной силы устаревает, поскольку появляются новые рынки, на которых в принципе нет цены или которые обладают особыми характеристиками, не позволяющими завышать цены, но в то же время сохраняющими возможность препятствовать конкуренции иными способами (например, путем недопущения на рынок или исключения с рынка).

Превалирующая переговорная сила в первую очередь связывается с покупателями на рынке. Даже если покупатель не обладает рыночной властью (не является монополистом), он зачастую может иметь более сильную позицию при переговорах со своими поставщиками, если обладает некими преимуществами, из-за которых поставщики готовы соглашаться на его условия.

Классическим примером является ретейл (торговые сети), которые обладают существенными преимуществами по сравнению с традиционными форматами торговли: большим покрытием по территории присутствия, большими возможностями по продвижению товаров и т.п. — и все из-за эффекта масштаба. В зависимости от определения границ рынка (как розничная торговля в принципе или как розничная торговля конкретными товарами) у торговых сетей может быть и доминирующее положение (в том числе в составе олигополии — коллективного доминирования). Но в действительности торговые сети редко удается при-

знать доминирующими, поскольку их рыночные доли редко превышают 35%.

Даже несмотря на формальное отсутствие рыночной власти, торговые сети могут «продавливать» выгодные для себя условия, особенно в отношении мелких поставщиков. Последние не могут себе позволить отказать от использования торговых сетей, поскольку в таком случае заведомо проигрывают конкуренцию тем, кто представлен в современных форматах торговли. Поэтому поставщики вынуждены соглашаться даже на заведомо не выгодные для себя условия, поскольку отсутствие их «на полках» в торговых сетях еще хуже для бизнеса, чем соблюдение требований торговых сетей.

Исходя из этих соображений, некоторые страны пошли по пути использования концепции превалирующей переговорной силы именно для регулирования отношений с участием торговых сетей. Если быть более точным, то зачастую используется метод прямого регулирования, т.е. установление дополнительных ограничений для тех субъектов, которые могут обладать превалирующей силой, но не достигающих уровня рыночной власти.

Такое прямое регулирование есть и в России. Основные антимонопольные требования к торговым сетям³ установлены ст. 13 Закона о торговле и применяются только к продаже продовольственных товаров. Интересно, что эти требования применимы также и к поставщикам в торговые сети, что выбивается из логики создания баланса переговорных сил поставщиков и покупателей. Иными словами, суть рассматриваемых ограничений в том, чтобы снизить эффект превалирующей переговорной силы торговых сетей; однако существование аналогичных требований для поставщиков нивелирует этот эффект и возвращает переговорную силу торговым сетям, поскольку они могут сослаться на невозможность принятия условий поставщиков в силу того, что это будет дискриминацией

² См., напр.: *Князева И.В.* Антимонопольная политика в России: учеб. пособие. М., 2008. С. 456.

³ Согласно п. 8 ст. 2 Федерального закона от 28 декабря 2009 года № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее по тексту — Закон о торговле) торговая сеть — это совокупность двух и более торговых объектов, которые принадлежат на законном основании хозяйствующему субъекту или нескольким хозяйствующим субъектам, входящим в одну группу лиц, или совокупность двух и более торговых объектов, которые используются под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации.

других поставщиков, с которыми установлены иные торговые условия. Неудивительно, что в этих условиях практика применения данных норм к поставщикам фактически отсутствует. Поэтому представляется, что соответствующие ограничения должны распространяться только на торговые сети.

Соответствующие требования прямо называются антимонопольными и включают в себя классические запреты для доминирующих субъектов, в частности на дискриминацию, создание барьеров, навязывание различных невыгодных условий договора. Их применение ничем не отличается от аналогичных составов злоупотребления доминирующим положением (за исключением собственно установления наличия рыночной власти), поэтому практика по ним в целом идет в русле применения состава злоупотребления доминирующим положением.

Помимо этого, для торговых сетей существуют и иные запреты, которые хотя и не называются антимонопольными, но фактически направлены на снижение их преобладающей переговорной силы. Таковые установлены в ст. 9 Закона о торговле, применяются к продаже продовольственных товаров и связаны в первую очередь с получением торговыми сетями дополнительных выплат, которые можно представить как плату за листинг, т.е. выплаты за появление ассортимента поставщика в торговых сетях. Основным является прямой запрет платы за листинг и ограничение любых маркетинговых и тому подобных выплат торговым сетям суммой, не превышающей 5% от цены поставленных продовольственных товаров в эту торговую сеть. Как и в случае с антимонопольными требованиями, данные запреты применимы не только к торговым сетям, но и к поставщикам в торговые сети, а также к иным хозяйствующим субъектам, осуществляющим поставку продовольственных товаров (не обязательно в торговые сети).

Также имеется и запрет структурного характера, направленный на ограничение роста рыночной власти торговых сетей (и он уже распространяется исключительно на торговые сети). Согласно ч. 1 ст. 14 Закона о торговле торговым сетям, осуществляющим розничную торговлю продовольственными товарами, запрещено получать на любом праве дополнительные торговые площади в границах муниципальных образований или субъектов Федерации, если доля торговой сети превышает 25% от общего объема ре-

ализованных продовольственных товаров в границах соответствующего муниципального образования или субъекта Федерации.

Аналогичное регулирование существует не только в РФ, но в других странах, включая Европейский союз. Например, Директива ЕС 2019/633 от 17 апреля 2019 года о несправедливых торговых практиках в отношении поставкам сельскохозяйственных и продовольственных товаров⁴ установила общие рамки регулирования деятельности торговых сетей, которое должно быть внедрено государствами — членами ЕС (в сфере поставки вышеуказанных товаров). В целом логика запретов и ограничений схожа с Законом о торговле, который был принят существенно ранее данной Директивы. В частности, устанавливаются предельные сроки выплат за поставленные товары, основания для отмены заказов и возврата товаров, ограничения на одностороннее изменение условий, запреты платы за листинг и иных выплат и компенсаций, не связанных с поставкой.

Пионером такого регулирования в мире выступила Великобритания, которая еще в августе 2009 года после детального анализа рынка продовольственного ритейла выпустила Кодекс добросовестных практик в области поставки продовольственных товаров (*Groceries Supply Code of Practice*⁵). Несмотря на свое название, этот документ был обязателен для крупнейших торговых сетей, которые должны были имплементировать его требования в свои договоры и практики. Закон о торговле, принятый в России чуть позже в том же 2009 году, учитывал положения данного Кодекса.

Но, помимо прямого регулирования отношений в ретейле, в некоторых странах концепция преобладающей рыночной силы используется более широко, без ограничения по индустрии, наряду с доминирующим положением. К таким странам относятся Австрия, Франция, Германия, Италия, Япония и Южная Корея.

В одних странах эта категория считается частью конкурентного права, в других — частью гражданского

⁴ EU Directive 2019/633 of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain.

⁵ См.: <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice>.



права, а в третьих — частью категории недобросовестной конкуренции, которая имеет промежуточную правовую природу между антимонопольным нарушением и гражданско-правовым деликтом. Но объединяет все подходы то, что эта концепция существует наряду с классическими антимонопольными нормами о злоупотреблении доминирующим положением.

Например, в Германии (ст. 20 Закона об ограничениях конкуренции⁶) хозяйствующий субъект считается имеющим более сильную переговорную позицию, если малые или средние предприятия в качестве поставщиков или покупателей определенных видов товаров зависят от него таким образом, что не имеют достаточных и разумных возможностей обратиться к другим хозяйствующим субъектам. Такая зависимость существует только там, где нет других участников рынка, которые были бы способны и готовы поставлять товар субъектам среднего или малого предпринимательства на разумных условиях. Исходя из практики, выделяется несколько категорий зависимости: от продуктовой линейки, от конкретного субъекта, от дефицита товара. Следует отметить, что презумпция превосходящей переговорной позиции применяется только к покупателям, хотя преваляющую власть можно в теории установить и для поставщика. Предполагается, что поставщик зависит от покупателя по смыслу ст. 20(2) Закона об ограничениях конкуренции, если этот покупатель регулярно получает от поставщика (в дополнение к обычно применимым в торговле скидкам или другому вознаграждению) специальные льготы, которые не предоставляются другим покупателям⁷.

В Японии концепция преваляющей переговорной силы закреплена в ст. 19 Антимонопольного закона⁸, которой запрещается совершение действий, несправедливых по сравнению с обычной деловой

практикой, путем использования превосходящей переговорной позиции по отношению к другой стороне. Примерами данного запрета являются: побуждение другой стороны приобрести товар; принуждение другой стороны к предоставлению более выгодных условий; установление или изменение условий сделки способом, невыгодным для другой стороны; создание иного невыгодного положения для другой стороны в отношении условий или исполнения сделки. Так же как и в Германии, эта концепция в равной степени применима и к поставщикам, и к покупателям⁹.

Аналогичным образом преваляющая переговорная сила определена в законодательстве Южной Кореи¹⁰.

В Италии незаконное использование неравенства переговорных позиций является исключительно гражданско-правовым институтом, а нарушенные интересы защищаются посредством частных исков. Следует отметить, что эти нормы применяются только к отношениям между хозяйствующими субъектами, поскольку для отношений с потребителями существует особое регулирование. Итальянское антимонопольное ведомство может вмешиваться в эту сферу, только если поведение также представляет собой антимонопольное нарушение (злоупотребление доминирующим положением)¹¹.

Аналогичным образом, во Франции использование превосходящей переговорной позиции подпадает под ограничительную торговую практику, регулирующую гражданским (коммерческим), а не антимонопольным законодательством (ст. L442-6 Коммерческого кодекса¹²). Запрещенные практики включают: дискриминацию; наложение на контрагента неоправданных обязательств или торговых условий; внезапный разрыв устоявшихся деловых отношений или угроза этого; применение к контрагенту явно несправедливых условий оплаты и т.п. Данные запреты на практике в основном применимы во взаимоотношениях между ретейлерами и поставщиками¹³.

Важно учитывать, что во Франции имеется особый состав антимонопольного нарушения — злоупотреб-

⁶ Act Against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — GWB) dated on 26 June 2013 (Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, 3245), as last amended by Article 1 of the Act of 25 October 2023 (Federal Law Gazette I, p. 294).

⁷ См.: Report on Abuse of Superior Bargaining Position, delivered at ICN Special Program for Kyoto Annual Conference. P. 6–7. URL: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_ASBP2008.pdf (дата обращения: 21.06.2024).

⁸ Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律, Shiteki-dokusen no Kinshi oyobi Kōseitōrihiki no Kakuho ni Kansuru Hōritsu, Act No. 54 of 14 April 1947, as further amended).

⁹ См.: Report on Abuse of Superior Bargaining Position. P. 7.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid. P. 8.

¹² Code de commerce de France (dernière modification: 2024-05-25).

¹³ Report on Abuse of Superior Bargaining Position. P. 7.

ление экономической зависимостью (ст. L420-2 Коммерческого кодекса). Это нарушение самостоятельно по отношению как к злоупотреблению доминирующим положением, так и к использованию превалирующей переговорной силы. Установлено четыре критерия для применения злоупотребления экономической зависимостью: 1) важность бренда торгового партнера; 2) значимость его доли на рынке; 3) значимость доли оборота, достигнутого с этим торговым партнером, в общем обороте контрагента; и 4) трудность поиска альтернативных коммерческих партнеров, предлагающих аналогичные товары. Конкретных размеров долей и иных параметров тем не менее не установлено.

Ключевое отличие от доминирующего положения состоит по французскому законодательству в том, что экономическая зависимость всегда складывается в отношениях между конкретными субъектами, т.е. она не носит общерыночного, универсального характера. При этом злоупотребление экономической зависимостью фактически совпадает с понятием злоупотребления доминирующим положением, и все так же требуется доказывание негативного эффекта для конкуренции от соответствующего поведения.

Изначально данная концепция вводилась для того, чтобы снизить переговорную власть торговых сетей, однако впоследствии была распространена и на отношения между поставщиками и дистрибьюторами. Однако на практике она применяется крайне редко и в целом критикуется специалистами как ненужная и фактически дублирующая злоупотребление доминирующим положением¹⁴.

Важно, что возможность применения концепции превалирующей рыночной силы не ограничивается лишь покупателями; не исключено ее применение и к поставщикам. В частности, в последнее время в мире стала активно разрабатываться концепция гейткиперов (*gatekeepers*) применительно к цифровым рынкам.

Наиболее известным в мировом масштабе актом, которым урегулированы отношения с участием гейткиперов, является так называемый Закон ЕС о цифровых рынках (*Digital Markets Act; DMA*), принятый

в 2022 году (формально имеющий название «Положение о конкурентных и справедливых рынках в цифровом секторе», *Regulation on contestable and fair markets in the digital sector*)¹⁵. *DMA* направлен на регулирование деятельности крупнейших цифровых платформ, которые за счет особенностей рынков (например, сетевых эффектов и мультиплатформенных эффектов) в совокупности с собственными бизнес-стратегиями стали обладать «пропускной» способностью для множества бизнесов, которые получают через такие платформы доступ к конечным пользователям. *DMA* содержит достаточно детальный набор критериев, по которым конкретным хозяйствующим субъектам может присвоен статус гейткипера¹⁶.

Заявленная при принятии *DMA* логика состоит в том, что гейткиперы не всегда имеют рыночную власть в понимании конкурентного права, т.е. необязательно занимают доминирующее положение, а значит, не всегда могут быть объектом антимонопольного регулирования. Тем не менее их поведение способно оказать влияние на функционирование единого рынка ЕС, и для сдерживания таких практик и был принят *DMA*.

При этом метод регулирования *DMA* предполагает не только привлечение гейткиперов к ответственности за совершенное нарушение, но и упреждающее возложение обязательств на них. Предполагается, что соблюдение таких обязательств позволит не допустить ущемления прав пользователей цифровой платформы, а также сохранить конкуренцию на рынке.

В *DMA* прямо указано, что он применяется без ущерба для союзных и национальных норм о конкуренции. Это означает, что наложение штрафов за нарушение *DMA* не препятствует Европейской комиссии привлекать к ретроспективной ответственности гейткипера в случае, если в его действиях имеется также состав нарушения антимонопольного законодательства. Такой подход порождает проблему двойной ответственности,

¹⁵ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828.

¹⁶ Подробнее см., напр.: Жуковская А.А., Хохлов Е.С. Digital Markets Act в ЕС — новая страница антимонопольного регулирования в цифровую эпоху // Интеллектуальные права в цифровую эпоху: избранные аспекты / науч. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М., 2023.

¹⁴ См.: Vogel L. French Competition Law. LawLex, 2008. P. 220–221.



поскольку на гейткиперов за одно деяние дважды может быть возложена обязанность по уплате оборотных штрафов: за нарушение *DMA* и за нарушение норм конкурентного права. Данный вопрос еще не нашел своего разрешения и обсуждается специалистами. При этом сам *DMA* не решает данную проблему и оставляет Европейской комиссии простор для усмотрения.

Следует отметить, что *DMA* активно критиковался — и до, и после его принятия. Одна из основных проблем — недостаточно четкое разграничение традиционного антимонопольного регулирования и регулирования поведения гейткиперов, обладающих особой превалярующей переговорной позицией.

В целом настороженное отношение в мире к концепции превалярующей переговорной силы связано с тем, что стандарт доказывания ее наличия гораздо менее разработан, нежели стандарт доказывания доминирующего положения.

Имеются опасения, что в случае невозможности обосновать наличие рыночной власти по высоким, выработанным десятилетиями стандартам антимонопольные органы будут использовать превалярующую силу как способ административного давления на хозяйствующих субъектов.

Как бы то ни было, в российских условиях было бы преждевременным говорить о необходимости законодательного закрепления категории превалярующей переговорной силы. Прямое регулирование деятельности торговых сетей вполне справляется с задачей выравнивания переговорных возможностей между торговыми сетями и поставщиками. Аналогичное прямое регулирование предлагается ввести и в отношении маркетплейсов, которые в последние годы стали фактически аналогами торговых сетей в интернет-пространстве¹⁷. В цифровой среде принят так называемый пятый антимонопольный пакет¹⁸, который ввел особенности установления доминирующего положения для цифровых

платформ. Российский законодатель здесь пошел по принципиально иному пути, нежели законодатель ЕС, и вместо специального регулирования предусмотрел особенности применения классических антимонопольных норм для инновационных рынков в сфере Интернета.

В свете этого, с учетом отсутствия однозначного позитивного опыта применения концепции превалярующей переговорной силы в мире, необходимости в закреплении данного института в российском законодательстве нет.■

Abuse of Prevailing Bargaining Power

The article analyses an unconventional notion of the prevailing bargaining power. An example of the use of this concept in Russia is the restrictions for retail chains in the trade Law. The article analyses the worldwide experience of using similar provisions, including in the UK, the EU, France, Germany, Italy, Japan and South Korea. Taking into account the ambiguous international experience of applying the concept of the prevailing bargaining power, the author concludes that there is no need to adapt it into the Russian legislation.

Keywords: *prevailing bargaining power, dominant position, antitrust law*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Evgeny S. Khokhlov

Lecturer in Competition Law of the Kutafin Moscow State Law University, Senior Lecturer of the Antitrust Regulation Department of the Faculty of International Law of MGIMO, Partner at Antitrust Advisory (e-mail: Evgeny.Khokhlov@at-advisory.com)

REFERENCES

Knyazeva, I.V. *Antitrust Policy in Russia: A textbook [Antimonopol'naya politika v Rossii: ucheb. posobiye]*. Moscow, 2008.

Report on Abuse of Superior Bargaining Position, delivered at ICN Special Program for Kyoto Annual Conference, available at: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_ASBP2008.pdf (accessed 21 June 2024).

Vogel, L. *French Competition Law*. LawLex, 2008.

Zhukovskaya, A.A. and Khokhlov, E.S. "Digital Markets Act in the EU — A new page of antitrust regulation in the digital age" [*Digital Markets Act v ES — novaya stranitsa antimonopol'nogo regulirovaniya v tsifrovuyu epokhu*], in: Rozhkova, M.A. (ed.). *Intellectual Rights in the Digital Age: Selected Aspects [Intellektual'nyye prava v tsifrovuyu epokhu: izbrannyye aspekty]*. Moscow, 2023.

¹⁷ Проект федерального закона № 568223-8 «О государственном регулировании торговой деятельности агрегаторов информации о товарах в Российской Федерации и о внесении изменений в Федеральный закон „Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации“».

¹⁸ Федеральный закон от 10.07.2023 № 301-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“».



**АНАСТАСИЯ
АЛЕКСАНДРОВНА
ТАРАДАНКИНА**

партнер, руководитель
антимонопольной
практики
Коллегии адвокатов
Delcredere



**МАРИЯ
АЛЕКСАНДРОВНА
ЛИСИЧЕНКОВА**

старший юрист
антимонопольной
практики
Коллегии адвокатов
Delcredere

МЕТОДЫ ДОКАЗЫВАНИЯ МОНОПОЛЬНО ВЫСОКИХ ЦЕН В ПРАКТИКЕ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ

На основе анализа практики авторы приходят к выводу, что антимонопольные органы применяют затратный метод доказывания монопольно высоких цен чаще, чем метод сопоставимых рынков, из-за сложности соблюдения критериев последнего. Монопольно высокая цена может среди прочего подтверждаться наличием ошибок в расчетах компаний, превышением нормы прибыли над среднеотраслевым показателем рентабельности, несоответствием цены изменению условий обращения товара на рынке. Компании вправе обосновывать повышение цены изменением рыночной конъюнктуры, но такая аргументация должна быть верифицируемой.

Ключевые слова: монопольно высокая цена, норма прибыли, затратный метод, факторы спроса и предложения, злоупотребление доминирующим положением

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-80-85

В статье, не углубляясь в теорию, мы рассмотрим, каким образом антимонопольный орган на практике доказывает наличие монопольно высокой цены.

Статья 10 Закона о защите конкуренции¹ содержит запрет на установление монопольно высоких цен для доминирующих на рынке субъектов. По данным Доклада о состоянии конкуренции за 2023 год², ежегодно антимонопольные органы возбуждают от 370 до 630 дел о нарушении этой нормы. Около 60% возбужденных дел завершаются установлением фактов нарушения в действиях компании. Монопольно высокая цена, будучи доказанной, приводит к привлече-

¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

² См.: <https://fas.gov.ru/documents/689569> (дата обращения: 25.06.2024).

нию компаний к административной ответственности с назначением оборотного штрафа — до 15% выручки компании на том рынке, где совершено нарушение, но не более 2% от общей ее выручки.

Статья 6 Закона о защите конкуренции содержит критерии монополюно высокой цены. Она может быть определена либо затратным методом, либо методом сопоставимых рынков. В первом случае монополюно высокой будет цена, превышающая сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли. Во втором — цена, которая превышает цену, сформировавшуюся в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке. Сопоставимым считается рынок, который сходен с рынком нарушения по четырем критериям: 1) по составу покупателей или продавцов товара; 2) условиям обращения товара; 3) условиям доступа на товарный рынок; 4) государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование, при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами.

По закону метод сопоставимых рынков является приоритетным. Установление монополюно высокой цены затратным методом возможно, только если сопоставимый рынок отсутствует.

Таким образом, антимонопольный орган в каждом деле обязан сначала проверить наличие сопоставимых рынков и только в случае их отсутствия анализировать цены с использованием затратного метода.

На практике анализ цен с использованием метода сопоставимых рынков происходит довольно редко³, так как фактически для его проведения антимонопольному органу необходимо выявить два субъекта / района / муниципальных образования в Российской Федерации, сходные по всем четырем указанным выше критериям. И если государственное регулирование рынков часто сходно, то иные критерии совпадают далеко не всегда.

Для товаров и услуг, производство и реализация которых доступны в каждом субъекте, условия обращения товаров могут существенно различаться из-за географических особенностей субъектов (например, производство пищевых продуктов в Москве и в Республике Саха (Якутия) будет несопоставимо). Помимо этого, применение сопоставимых рынков, как правило, будет невозможно, если границы товарного рынка определены как территория Российской Федерации.

Один из ярких примеров применения метода сопоставимых рынков — судебное дело, в котором были отменены решения ФАС России, поскольку антимонопольный орган не провел надлежащего анализа сопоставимых рынков услуг по перевалке в морских портах⁴.

Закон о защите конкуренции также допускает поиск сопоставимых рынков за пределами Российской Федерации, однако антимонопольные органы практически не исследуют международные рынки из-за отсутствия информации.

В процессе рассмотрения дел компании нередко настаивают на наличии сопоставимых рынков на территории Российской Федерации или за ее пределами, но антимонопольные органы отклоняют эти доводы и переходят к исследованию цен с помощью затратного метода. В связи с тем, что антимонопольные органы в основном применяют затратный метод для доказывания монополюно высоких цен, мы более подробно разберем именно его.

Для применения затратного метода антимонопольному органу необходимо определить:

- сумму необходимых для производства и реализации товара расходов; и
- норму прибыли.

На первый взгляд расчет должен быть простым: все цифры можно получить из отчетности компании и подтвердить документально. Вместе с тем на практике возникает большое количество проблем.

³ См., напр.: решение Пензенского УФАС от 25.06.2021 № 058/01/10-49/2021.

⁴ Постановление Президиума ВС РФ от 26.12.2018 по делу № 309-ПЭК18, А40-75556/2017.

Калькуляция затрат

Во-первых, существует проблема с калькуляцией затрат — затраты в компаниях зачастую распределяются на несколько продуктов одновременно. Также компании активно ведут инвестиционную деятельность, которая относится к группе товаров, а не к конкретному товару⁵.

Нередко калькуляции составляются компаниями в момент рассмотрения дела антимонопольным органом по его запросу, содержание которого (разбивка, группировка и др.) может не совпадать с учетной политикой компании. В компаниях затраты могут группироваться обобщенно по категориям товаров, а не по конкретному товару, или, наоборот, компания в автоматизированном режиме рассчитывает себестоимость каждой единицы продукции, но антимонопольный орган требует укрупненного расчета затрат для всей группы продуктов.

В связи с тем, что компания предоставляет документы в сжатые сроки, калькуляции нередко содержат арифметические и логические ошибки.

Если антимонопольные органы обнаруживают ошибки в расчетах и компания не может пояснить, в чем их причина, то регулятор приходит к выводу о наличии нарушений ст. 10 Закона о защите конкуренции в действиях компании. Отдельно отметим, что под ошибками мы понимаем как арифметические ошибки, так и логические ошибки, когда компания предоставляет несколько вариантов калькуляций, которые противоречат друг другу.

Такой вывод следует из того, что компания обязана экономически обосновать размер установленной цены. В отсутствие обоснования цены квалифицируются антимонопольным органом как экономически необоснованные. Вот несколько примеров того, как антимонопольный орган сделал выводы о нарушении в том числе на основании ошибок в калькуляции:

— «с учетом представленных АО... нескольких способов расчета тарифа с разными результатами и разной степенью корректности, Комиссия приходит к выводу, что установление АО... стоимости услуги доступа к инфраструктуре для размещения сетей электросвязи осуществляется без учета фактически понесенных расходов на оказание услуги по размещению ВОЛС на объектах воздушных линий электропередач[и] АО... подтвержденных первичной документацией»⁶;

— «в расчете Калькуляции № 2 исходные данные не соответствуют исходным данным, принятым в расчете Калькуляции № 1, а также данным по затратам в расшифровке статей затрат, включенных в себестоимость, в том числе расходы, относящиеся к деятельности по уничтожению лекарственных средств за 2015 год...

Таким образом, исходя из изложенного, экономическое обоснование роста тарифа... с июня 2015 года на услугу по уничтожению недоброкачественных лекарственных средств, фальсифицированных лекарственных средств, а также лекарственных средств, пришедших в негодность, документально не подтверждено. Расчет стоимости на услуги по уничтожению лекарственных средств на 2015 год не подтверждается представленными материалами (расшифровкой статей затрат, включенных в себестоимость на услугу по уничтожению лекарственных средств за 2015 год)»⁷;

— «указанные обстоятельства, по мнению комиссии, свидетельствуют о недостоверности указанных в представленных калькуляциях сведений, и доказывают отсутствие прямой связи между запланированными расходами на ремонтные работы и увеличением себестоимости добываемой обществом минеральной воды. Кроме того, в предыдущие периоды проведение ремонтных работ не приводило к изменению состава затрат, связанных с осуществлением основной деятельности предприятия, что также расценивается комиссией в качестве дополнительного доказательства недостоверности представленных расчетов в

⁵ Курдин А.А., Мелешкина А.И. Критерии выбора эталонной цены для сопоставления при расследовании дел о монополистическом ценообразовании // Современная конкуренция. 2017. № 2. С. 18–35.

⁶ Решение Бурятского УФАС России от 29.12.2023 по делу № 003/01/10-243/2023.

⁷ Решение Забайкальского УФАС России от 10.01.2017 № 02-05-29-2016.



части увеличения статей затрат на ремонт основных средств»⁸.

Суды соглашались с таким подходом антимонопольных органов⁹.

Стоит также учитывать, что единственным обладателем данных об истинных затратах предполагаемого нарушителя является сам нарушитель, соответственно, у антимонопольных органов отсутствует возможность определить, в каких случаях компания допустила ошибку при расчете калькуляций, а в каких — умышленно предоставила некорректные данные.

Поэтому компаниям рекомендуется ответственно подходить к сбору информации для ее последующего предоставления антимонопольному органу. Если компания не успевает подготовить данные на запрос антимонопольного органа и проверить корректность данных, то следует обращаться в антимонопольный орган за продлением срока предоставления документов. В большинстве случаев такие ходатайства удовлетворяют.

Норма прибыли

В условиях рыночной экономики отсутствует государственное регулирование нормы прибыли, в результате чего данный показатель является оценочным.

На практике для его определения антимонопольные органы руководствуются среднеотраслевым значением рентабельности¹⁰. В 2013 году ФАС России опубликовала письмо¹¹, согласно которому антимонопольные органы при установлении монополично высоких цен сравнивают рентабельность продукции со среднеотраслевыми показателями.

⁸ Решение Ставропольского УФАС России от 17.07.2014 по делу № 29.

⁹ См., напр.: решение АС города Москвы от 27.11.2023 по делу № А40-165000/23; постановление Восемнадцатого ААС от 26.04.2011 № 18АП-3037/2011 по делу № А76-20366/2010.

¹⁰ См., напр.: решения ФАС России от 27.12.2021 по делу № 11/01/10-20/2021; Новосибирского УФАС России от 11.11.2022 по делу № 054/01/10-86/2022; Сахалинского УФАС России от 19.08.2022 по делу № 065/01/10-95/2022.

¹¹ Письмо ФАС России от 31.12.2013 № АЦ/54346/13 «О применении пункта 1 части 1 статьи 10 Федерального закона „О защите конкуренции“».

Итак, ФАС России сравнивает среднеотраслевую рентабельность с данными рентабельности продукции компании. Например, в 2022 году рентабельность строительной отрасли составляла 9,2%, и, если доминирующий субъект в калькуляции указывал рентабельность в размере 15%, ФАС России считал ее необоснованно завышенной.

Данные среднеотраслевой рентабельности ежегодно публикуются на сайте ФНС России¹².

Показатели среднеотраслевой рентабельности существенно различаются в зависимости от вида экономической деятельности. Например, для вида деятельности «производство и распределение газообразного топлива» показатель составляет 2,6%, а для «производства табачных изделий» — 49,3%.

Полагаем, что доминирующим субъектам при утверждении нормы прибыли стоит ориентироваться на среднеотраслевой показатель рентабельности с целью минимизации рисков нарушения Закона о защите конкуренции.

Иные факторы ценообразования

Помимо себестоимости и нормы прибыли ст. 6 Закона о защите конкуренции позволяет учитывать иные факторы в ценообразовании.

Так п. 1–2 ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции устанавливают, что нарушением является повышение (или поддержание/неснижение) ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

— расходы, необходимые для производства и реализации товара, остались неизменными или их изменение не соответствует изменению цены товара;

— состав продавцов или покупателей товара остался неизменным либо изменение состава продавцов или покупателей товара является незначительным;

— условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного

¹² См.: https://www.nalog.gov.ru/rn77/taxation/reference_work/conception_vnp/ (дата обращения: 25.06.2024).

регулирующего, включая налогообложение, тарифное регулирование, остались неизменными или их изменение несоразмерно изменению цены товара.

Итак, помимо анализа деятельности компании антимонопольный орган анализирует рынок, на котором она действует, ведь возможны ситуации, когда ценообразование компании вынужденно изменяется из-за внешних факторов, не связанных с себестоимостью производства.

Особый интерес вызывает основание «изменение условий обращения товара на товарном рынке». В этом случае компании вправе изменять цену соразмерно данным изменениям¹³.

Чтобы антимонопольная служба рассмотрела данный фактор как доказательство отсутствия ценового нарушения компании, необходимо представить в антимонопольный орган информацию о том:

- какое изменение на рынке произошло;
- как данное изменение повлияло на деятельность компании / на потребителей / конкурентов и т.д.;
- как данное изменение связано с ценообразованием компании.

Например, в одном из дел¹⁴ суд установил, что рост цен ОАО «РЖД» на тепловую энергию в виде пара составил до 300%. Компания с целью обоснования существенного роста заявила довод об изменении условий обращения товара на рынке — по ее мнению, изменилось регулирование деятельности компании (произошла отмена ценового регулирования), поэтому увеличение цен являлось обоснованным. Суд не согласился с данным доводом, указав, что отмена ценового регулирования не повлияла на расходы, необходимые ОАО «РЖД» для поставки тепловой энергии в виде пара, и, следовательно, не является обстоятельством, влекущим необходимость увеличения цены.

Таким образом, компаниям стоит обратить особое внимание именно на доказывание соразмерности.

В другом деле¹⁵ ФАС России сравнивала рост цен на рынке с участием доминирующего субъекта с возможным ростом цен на этом же рынке, если бы он функционировал в условиях конкуренции. ФАС России установила, что рост спроса на рынке колес цельнокатаных диаметром 957 мм в 2017–2018 годах является фактором, который способствует росту цен вне зависимости от изменения себестоимости производства продукции, а также который способствовал бы росту цен на рынке, если бы он находился в состоянии конкуренции.

Таким образом, ФАС России для оценки влияния фактора моделирует аналогичный рынок¹⁶, функционирующий в условиях конкуренции, и прогнозирует, как бы изменилась на данном рынке цена при наступлении того или иного фактора. Если цена, полученная на смоделированном конкурентном рынке, равна цене доминирующего субъекта, то нарушение в сфере ценообразования у доминирующего субъекта отсутствует, так как цена изменилась под влиянием определенного фактора, а не из-за антиконкурентных действий компании.

Более того, следует учитывать, что доводы об изменении спроса и предложения на рынке должны быть уточнены: компании необходимо объяснить антимонопольному органу, что она понимает под спросом и предложением и как измеряет изменение таковых.

Уточняя довод об изменении спроса и предложения, компании могут заявлять о сезонности, наличии непредвиденных обстоятельств, изменении логистических цепочек, опережающем росте цен на вторичном рынке, переориентации производителей на внешние или внутренние рынки, наличии циклов на рынке, наличии дефицита или профицита, изменении импорта, изменении продуктовых стратегий конкурентов и т.д.

Каждый из доводов должен быть подтвержден доказательствами, чтобы антимонопольный орган смог верифицировать наличие изменений на рынке. Например, в одном из дел¹⁷ АО «ОЭК» — компания, зани-

¹³ Решение ФАС России от 02.08.2019 по делу № 1-00-158/00-05-18.

¹⁴ Постановление Девятого ААС от 08.12.2020 № 09АП-60494/2020 по делу № А40-53536/2020.

¹⁵ Решение ФАС России от 02.08.2019 по делу № 1-00-158/00-05-18.

¹⁶ Постановление АС Московского округа от 24.10.2019 № Ф05-18304/2019 по делу № А40-292822/2018.

¹⁷ Решение Московского УФАС России от 02.10.2023 № НП/41556/23 по делу № 077/01/10-4165/2023.



мающаяся обслуживанием опор, — заявляла довод о том, что обслуживание опор на территории старой Москвы является более трудозатратным ввиду значительного территориального разброса опор; расположения значительного количества опор в центральной части старой Москвы, находящейся под круглосуточным контролем со стороны АО «ОЭК» и столичных органов власти, что вызывает увеличение частоты и количества проведения визуальных осмотров опор, а соответственно, выездов и доставки бригад до опор; наличия на территории старой Москвы большого числа опор с размещением на них различных видов оборудования, в том числе габаритного.

Московское УФАС России, рассматривая дело, отклонило доводы АО «ОЭК», указав, что территория современных районов вошла в состав города Москвы более десяти лет назад, ввиду чего у АО «ОЭК» имелась возможность за столь продолжительный срок изменить порядок формирования тарифа на услугу без учета исторического разделения города Москвы с применением обосновывающих экономических методов расчета.

В связи с этим компаниям рекомендуется установить перечень факторов, которые влияют на ценообразование, а также отслеживать применимость данных факторов к конкретному периоду назначения цен и актуальность данных факторов.

При установлении перечня факторов могут использоваться эконометрические расчеты — компания ретроспективно может проверить наличие или отсутствие влияния определенных факторов на цену, степень такого влияния (на сколько процентов изменяется цена при возникновении того или иного фактора), а также длительность воздействия данного фактора на цену.

Тогда при назначении цен компании смогут руководствоваться данными о себестоимости, норме

прибыли, факторах. В случае проведения проверки антимонопольным органом такой подход к ценообразованию позволит обосновать назначение цен и минимизировать риск нарушения п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.■

Methods of Proving Monopolistically High Prices in the Practice of Antimonopoly Authorities

The authors conclude that antimonopoly authorities more often apply the cost method of proving monopoly high prices — the method of comparable markets is rarely used due to the difficulty of meeting the criteria. The evidence of overpricing will be confirmed by the presence of errors in the companies' calculations, excess of the profit margin over the industry average profitability indicator, inconsistency of the price with changes in the conditions of product turnover on the market. Companies have the right to justify price changes by the presence of factors in the market related to changes in supply and demand, but such reasoning must be verifiable.

Keywords: *monopolistically high price, rate of return, cost method, supply and demand factors, abuse of dominant position*

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Anastasia A. Taradankina

Partner, Head of the Antitrust Practice of “Delcredere” Bar Association (e-mail: nastasia.taradankina@delcredere.org)

Maria A. Lisichenkova

Senior Lawyer of the Antitrust Practice of “Delcredere” Bar Association (e-mail: mariya.lisichenkova@delcredere.org)

REFERENCES

Kurdirin, A.A. and Meleshkina, A.I. “Criteria for the choice of a benchmark price in cases concerning monopolistic pricing” [*Kriterii vybora etalonnoy tseny dlya sopostavleniya pri rassledovanii o monopolisticheskom tsenoobrazovanii*]. Modern Competition [*Sovremennaya konkurentsia*]. 2017. No. 2. P. 18–35.



**АНДРЕЙ ЕВГЕНЬЕВИЧ
ШАСТИТКО**

заведующий кафедрой конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, директор Центра исследования конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС, доктор экономических наук, профессор



**КИРИЛЛ ВАЛЕРЬЕВИЧ
ДОЗМАРОВ**

адвокат, научный сотрудник Центра исследования конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС, научный сотрудник Центра экономико-правовой экспертизы экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

РИСК-ОРИЕНТИРОВАННЫЙ ПОДХОД В КОНТРОЛЬНО-НАДЗОРНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И ПРИНЦИП ДОКАЗАТЕЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ*

Авторы дают широкий обзор быстро меняющейся в последние годы государственной антимонопольной политики в связи с Посланием Президента России Федеральному Собранию и размышляют над перспективами внедрения риск-ориентированного подхода и принципа экономической доказательности как в государственном управлении, так и в бизнес-администрировании. Раскрывается роль этого принципа в создании сбалансированного риск-ориентированного подхода.

Ключевые слова: риск-менеджмент, прогнозирование, доказательность, антимонопольное регулирование

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-86-96

Вместо введения: все риски известны?

Ввиду существования структурной неопределенности предприниматель должен учитывать не только известные риски, но и те события, о наступлении которых заранее неизвестно. Бизнесу не привыкать к действиям в обстоятельствах ограниченной рациональности. В то же время участники рынка не полагаются на волю случая — они изучают рыночные процессы, накапливают знания о закономерностях поведения своих конкурентов и потребителей, учитывают при принятии решений в пользу той или иной бизнес-стратегии не только исторические

* Статья подготовлена в рамках выполнения научно-исследовательской работы государственного задания РАНХиГС.

и ожидаемые цены, но и множество неценовых факторов, дабы не быть совсем слепыми в условиях нелинейных и сложных рыночных колебаний, когда время от времени прилетают «черные лебеди»¹. В последнее время на фоне ажиотажного спроса на нейросетевые технологии даже начали применять алгоритмическое ценообразование, причем и такое, которое основано на машинном обучении.

Прогностический потенциал бизнеса напрямую зависит от способности учитывать как можно больше значимых переменных и заданных условий, определяющих рыночную среду, а также отделять действительно важные и ключевые переменные от несущественных, которыми можно пренебречь. Чем больше значимых факторов учтено, тем отчетливее и обоснованнее видение перспектив. При этом рыночную среду определяют как чисто коммерческие, так и некоммерческие параметры — в частности, регуляторные, продуцируемые государственными институтами. Политика, как известно, является концентрированным выражением экономики². **Политика государства и продуцируемая регуляторная среда — это отдельный, очень важный и далеко не всегда легко прогнозируемый фактор, который необходимо учитывать бизнесу для того, чтобы ориентироваться и видеть реальные процессы, происходящие на рынке.**

Однако определенные закономерности изменений в регуляторном климате можно предвидеть. За последние несколько лет произошли события, которые радикально изменили ландшафт делового мира и бизнеса. Результатом этих изменений стало то, что государство вдруг (!) заговорило с бизнесом на другом языке. *Если раньше ключевым фактором успеха была эффективность встраивания в систему мировой экономической торговли, то сегодня это парадигма формирования собственной стратегической устойчивости* — таковы были адресованные бизнесу слова первого вице-премьера А. Белоусова, которые только

подытожили реализуемые уже с 2021 года инициативы Правительства России по защите внутреннего потребителя и перестройки экономических процессов в стране при смене номоса и установлении нового субстанциального порядка³. *Как государство должно выстраивать отношения с бизнесом в новых условиях стратегически? Я считаю, что мы должны стать партнерами. <...> Старший партнер и младший партнер. <...> ...не может быть равенства государства и бизнеса. Но партнерство, когда государство и бизнес понимают взаимно цели и задачи... работают как win-win... Один работает на цели другого, выстраивая в каждый момент времени некий консенсус, через плотные коммуникации,* — обращает на себя внимание контраст новой озвученной А. Белоусовым модели выстраивания отношений с бизнесом с моделью свободного рынка⁴.

Нельзя торговать визионерством. Но является ли визионерством предиктивная аналитика, с учетом множества переменных и факторов, разбросанных во времени и происходящих из множества источников? Например, черная металлургия и смежные с ней отрасли экономики в данном случае являются примером изменений в экономике в целом. Надо отметить, что на примере рынков металлопродукции в России у экспертного сообщества ярко проявился синдром Кассандры. Еще совсем недавно (в конце 2022 — начале 2023 года), когда эксперты обсуждали межотраслевой баланс, индикативное планирование, биржевые торги продукцией черной металлургии, директивное ценообразование сбыта, реакция бизнеса в подавляющем большинстве случаев не выходила за рамки сарказма и снисходительного внимания к вечно нагнетающим негативную волну предсказаний экспертам.

Сначала так произошло с принципом приоритетного удовлетворения внутреннего спроса, появившимся в конце 2021 года как новогодний подарок бизнесу от ФАС России⁵. Бизнес особо не придал ему значе-

¹ Данный термин используется исследователями и экспертами для того, чтобы подчеркнуть *ex ante* неожиданность важного события, которое влияет на условия и результаты действий людей, но которое затем пытаются «предсказать», объясняя постфактум. См., напр.: *Талеб Н.* Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости. М., 2015.

² Здесь и далее в тексте используются материалы: *Дозморов К.В.* Бизнес с широко закрытыми глазами // За Металл. 2023. № 2. С. 2–5.

³ См.: <https://tass.ru/politika/19081911?ysclid=lo1uj1khzf839663823> (дата обращения: 14.06.2024).

⁴ См.: <https://www.rbc.ru/business/13/06/2023/6482d3389a79473805ee8978?ysclid=lo1uk5rcc3562310530> (дата обращения: 14.06.2024).

⁵ Принципы экономического анализа практик ценообразования на предмет их соответствия Закону о защите конкуренции (ред. от 22.12.2021). URL: <https://fas.gov.ru/documents/688294> (дата обращения: 14.06.2024).

ния, оставив это для оценки профильным антимонопольным экспертам⁶. Вместе с тем появление этого принципа фактически поставило крест на *netback'ax* (индексах экспортно-импортного паритета), применимость которых резко ослабла, устранило возможность прямой привязки цен по внутренним контрактам к зарубежным ценовым индикаторам и курсам валют и *de facto* вовлекло антимонопольный орган в разрешение хозяйственных споров, несмотря на четкое концептуальное разграничение хозяйственных гражданско-правовых споров и антимонопольного регулирования, как, в частности, четко и недвусмысленно дал понять в 2021 году Верховный Суд⁷.

Ранее так же незаметно для широкой бизнес-общественности прошли принятые в 2021 году решения о внедрении межотраслевого баланса⁸ и индикативного планирования⁹. Какова цель? Все довольно просто. Есть необходимость решить следующие задачи:

- обеспечить управляемость спроса и производства;
- согласовать производство с реальными потребностями и адаптировать потребление к возможностям производства;
- снизить издержки при направлении результатов производства к местам спроса (сократить торговую и спекулятивную маржу);
- снизить все колебания и сбои на рынке;
- обеспечить стабильные средние цены на всю жизненно важную и стратегическую продукцию.

До недавнего времени так же было с биржевой торговлей продукцией черной металлургии. *Чермет* —

*не commodity!*¹⁰ *Нельзя им торговать на бирже*, — был самый популярный возглас бизнеса. Но вот арматура уже *commodity*, а ФАС России инициирована разработка совместного с Минстроем и Минпромторгом приказа о выведении на биржу арматуры вообще всех поставщиков, а не только одного избранного¹¹. При этом немного коммерсантов знают о том, что еще в середине 2022 года прозвучала инициатива наделить Правительство России полномочиями по установлению нормативов в отношении количества реализуемых компаниями отдельных видов товаров, продажа которых должна осуществляться на организованных торгах. Инициатива была выражена Минфином в соответствующем законопроекте¹² во исполнение выпущенного еще в 2021 году поручения Правительства¹³ и в целях формирования репрезентативных ценовых индексов на ключевые группы товаров на основе ценовых индикаторов внутреннего рынка¹⁴. Стоит отметить, что помимо широкой номенклатуры металлургических товаров нормативы могут быть установлены также в отношении энергоресурсов, сельскохозяйственной продукции, продовольственных товаров и минерального сырья. При этом планка реализуемых на бирже товаров составляет 25% от объема производства конкретной компанией соответствующего вида товара.

В начале 2024 года под всем вышеперечисленным подведена черта: Государственной Думой приняты поправки¹⁵ в Закон о защите конкуренции¹⁶, которые *de facto* вводят своеобразный правовой изоляционизм российского рынка от рынков иностранных. Из Закона о защите конкуренции убрали всего две небольшие фразы: «изменение цен на товар на мировых товарных рынках» и «за пределами Российской Федерации».

⁶ Шаститко А.Е., Павлова Н.С. Приоритетность удовлетворения внутреннего спроса: от идеи до эффектов. // Вестник Московского университета. Серия 6: Экономика. 2022. № 3. С. 107–120.

⁷ Постановление Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

⁸ Распоряжение Правительства РФ от 22.10.2021 № 2998-р «Об утверждении стратегического направления в области цифровой трансформации государственного управления».

⁹ Указ Президента РФ от 08.11.2021 № 633 «Об утверждении Основ государственной политики в сфере стратегического планирования в Российской Федерации».

¹⁰ *Commodity* — биржевой товар (англ.).

¹¹ См.: <https://fas.gov.ru/news/32874> (дата обращения: 14.06.2024).

¹² См.: <https://regulation.gov.ru/Regulation/Npa/PublicView?npaID=127765> (дата обращения: 14.06.2024).

¹³ Поручение Председателя Правительства РФ М.В. Мишустина от 15.04.2021 № ММ-П13-4797р.

¹⁴ Ионкина К.А., Курдин А.А. О рисках сосуществования биржевого и внебиржевого сегментов на товарных рынках // Управленец. 2023. Т. 14. № 5. С. 47–58.

¹⁵ См.: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/409891-8> (дата обращения: 14.06.2024).

¹⁶ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».



Однако масштаб этих корректировок огромен: они цементируют и приоритет внутреннего рынка, и национальные ценовые индикаторы, и затратный метод при оценке добросовестности ценообразования. Вместе с тем открытым остается вопрос, как регуляторный изоляционизм будет совмещаться с сохранением внешнеэкономических торговых связей.

Таким образом, направление и тренд развития государственной регуляторной политики в сфере конкурентной и антимонопольной политики были видны уже почти пять лет, начиная с 2020 года. Мог ли бизнес за несколько лет модифицирующейся повестки выработать дифференцированный и адаптивный подход? Разумеется. Мог ли заложить в факторы рисков все вышеперечисленные изменения в регуляторной среде, поменяв или подстроив под них свои бизнес-стратегии? Безусловно. Было ли это сделано? Нет.

В данной статье мы предлагаем рассмотреть подходы к заполнению бреши в бизнес-практиках и организации контрольно-надзорной деятельности, обусловленной отсутствием ощутимого прогресса в плане управления рисками.

Риск-ориентированность в государственном контроле и надзоре

Контрольно-надзорные мероприятия, направленные на обеспечение соблюдения участниками хозяйственной деятельности обязательных требований, вовлекают значительные ресурсы. Причем не только со стороны государства (бюджетной системы), но и со стороны участников хозяйственной деятельности (как минимум в части обеспечения информационного взаимодействия с регуляторами). Разумеется, сплошные проверки даже под самыми правильными лозунгами — не вариант. Это очевидно на уровне здравого смысла, да и опыт показывает чрезвычайную расточительность такой практики.

Тогда альтернатива — это дифференцированность режима проверок и контроля бизнеса со стороны государства? В строгом смысле да, но как ее обеспечить? Случайным образом, как в лотерее? Но в таком случае не избежать значительного количества оши-

бок первого и второго рода, которые, как известно, оказывают негативное влияние на сдерживающий несоблюдение обязательных требований потенциал правовой системы. В этом случае побочные издержки могут быть также очень значительными ввиду того, что правовая система не будет справляться с задачами, ради решения которых и проектируются ее элементы.

Исключить плановые проверки? Это было в условиях моратория на проведение проверок бизнеса¹⁷, даже неоднократно. И действительно, на первый взгляд, это приводит к большому облегчению регуляторного бремени для бизнеса. Но привело ли это к существенным положительным результатам в плане предпринимательского климата, общественного благосостояния — большой вопрос. Особенно остро он звучит на фоне резонансных кейсов: аварии и затопления машинного зала на Саяно-Шушенской ГЭС, пожара в ТЦ «Зимняя вишня», разлива нефтепродуктов на территории ТЭЦ-3 Норильско-Таймырской энергетической компании, выхода из строя котельных зимой 2023/2024 года в Москве, Московской области и ряде других регионов и т.д. Мы не связываем эти и многие другие подобные случаи с мораторием на проверки, а лишь указываем на то, к чему может приводить пренебрежение рисками возникновения опасных ситуаций.

Соответственно, дифференциация режима контроля, как подсказывает логика ее обсуждения в условиях ограниченности ресурсов, должна основываться на ожидаемой отдаче, что, как несложно догадаться, предполагает тот или иной вариант количественной оценки. Для такой оценки как минимум должно быть понимание, каков эффект недопущенных нарушений установленных и обязательных к соблюдению требований (предполагается, что нормы спроектированы правильно). Это — одна из фундаментальных проблем всей экономической теории регулирования. В самом деле, оценить причиненный ущерб и даже понесенные убытки — сложная, но, в общем, понятная как решаемая задача. Если на рынке в течение нескольких лет действовал картель, в рамках кото-

¹⁷ См., напр.: Постановление Правительства РФ от 10.03.2022 № 336 «Об особенностях организации и осуществления государственного контроля (надзора), муниципального контроля».

рого его участники установили квоты производства, разделили рынок, что обеспечило установление цен выше конкурентных, то его последующее вскрытие позволяет увидеть, какими могли быть цены, если бы не было раздела рынка. Понимая это, правоприменитель тем самым определяет величину причиненного покупателям ущерба. Разумеется, вряд ли получится оценить, в какой мере произошло торможение технологического прогресса, позволяющего внедрять процессные нововведения и за счет этого снижать издержки производства.

Однако если настроенная система антимонопольного контроля обеспечивает проконкурентное поведение участников рынка, то как определить величину недопущенного ущерба? Теоретически эта задача имеет решение: если есть экономико-математическая модель рынка, соответствующая конкретной ситуации, то можно предположить, как вели бы себя компании, будь они в сговоре. Однако в этом случае неявно предполагается, что вероятность возникновения сговора равна единице и нет проблем с обеспечением его работоспособности. Но так ли это?

Как быть в ситуациях, когда (а) нет накопленных данных (обычно требующихся для актуарных расчетов как неотъемлемого элемента страхования, которое является классическим примером риск-ориентированного подхода в организации экономической деятельности); (б) тем более неизвестны размеры недопущенного ущерба и причиненных убытков (как отмечено выше, для этого должна быть по крайней мере построена адекватная симуляционная модель и приняты предпосылки относительно вероятности возникновения сговора и обеспечения его устойчивости); (в) неочевидны критерии выбора длительности временного интервала, в пределах которого устанавливается предотвращенный ущерб? Известно только количество ресурсов, затраченных на то, чтобы не допустить нарушений и их нежелательных социально-экономических последствий (аварий, монопольно высоких цен, недоступности товаров и т.п.). В этом смысле возникает частный случай информационного парадокса по Эрроу¹⁸: отсутствие информации о

событии обесценивает его относительно оценок в случае наступления события. А применение «палочной» дисциплины в контрольно-надзорной системе лишь усиливает эту проблему.

Можно ли что-то сделать, чтобы добиться желаемого прогресса? На наш взгляд, существенным подспорьем являются два компонента: 1) применение принципа доказательности в экономической политике, в том числе в сфере правоприменения; 2) сравнительный анализ структурных альтернатив обеспечения соблюдения установленных требований.

Стоит отметить, что еще в 2023 году в «Интерфаксе» было опубликовано подробное интервью замминистра промышленности и торговли В. Евтухова¹⁹. Для понимания контекста того, о чем говорил Президент России в своем Послании 29 февраля 2024 года²⁰, необходимо процитировать слова Евтухова целиком. Они ключевые для понимания выстраиваемых государством отношений с бизнесом: *У любой компании всегда есть масса аргументов: подорожало сырье, выросла оплата труда, подорожала логистика, энергетика, обслуживание кредитных ресурсов и так далее. Если вы ничего не просчитали, но сделали некие капиталовложения, встает вопрос квалификации менеджмента и качества управления бизнес-процессами. Как бы там ни было, еще раз повторю: государство не будет равнодушно смотреть на то, что у нас происходит с ценами на металлургическую продукцию.*

Нужно сказать, что интервью Евтухова является во многом программным. Равно как и упомянутые выше интервью Белоусова. Однако много ли коммерсантов захотели его хотя бы прочитать, не говоря уже об осмыслении (и о практических выводах)? Осознанность принимаемых решений и соизмерение их с публичными интересами и общественным благосостоянием — вот что транслировали в своих сообщениях бизнесу

применительно к отношениям по поводу интеллектуальной собственности, когда потенциальный приобретатель, заинтересованный в получении важной для него информации о доступной технологии, утрачивает стимулы платить за нее, как только получает доступ к необходимым для оценки ее значимости деталям.

¹⁹ См.: <https://www.interfax.ru/interview/931545> (дата обращения: 14.06.2024).

²⁰ См.: <http://www.kremlin.ru/events/president/transcripts/messages/73585> (дата обращения: 14.06.2024).

¹⁸ Arrow K. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention // The Rate and Direction of Inventive Activity. National Bureau of Economic research, 1962. P. 609. Напомним, что изначально информационный парадокс был сформулирован



одни из главных акторов государственной политики в экономике. Бизнесу уже очень прозрачно доносят, что интересы страны и общества неотделимы от интересов самого бизнеса.

Риск в принципе является величиной субъективной, и разные индивиды, оценивая риск одного и того же события, могут прийти к разным выводам. Это справедливо даже для ситуаций, в которых доступны данные для актуарных расчетов. Бизнес — это люди. У любого человека, при всей его способности к аналитическому мышлению и просчитыванию стратегий своего поведения, остается главная проблема — способность отрицать или вообще не замечать определенные обстоятельства, которые вызывают эмоциональное отторжение и рушат сложившуюся в голове картину мира (проблема когнитивного диссонанса). Примечательно, что, когда речь заходит о государственной политике, в какой-то момент способность и желание видеть всю картину экономики целиком начинают сбиться и предприниматели не замечают очевидных вещей.

При этом следует помнить, что в зависимости от отношения к риску люди делятся на три группы: нейтральные, избегающие риска и склонные к риску. Отношение к риску определяется в зависимости от склонности индивида согласиться или отказаться от гарантированного дохода, эквивалентного величине ожидаемого дохода от рискованной операции. Например, в экспериментах людям предлагается выбор: они могут гарантированно получить 500 руб. или сыграть в лотерею с призом в 1000 руб., но с 50%-ной вероятностью победы. С позиции вероятности наступления каждого из событий они эквивалентны между собой. Для риск-нейтрального индивида оба варианта будут равноценны. Избегающий риска предпочтет гарантированный доход, а склонный к риску, напротив, участие в лотерее²¹. Отметим, что соотношение между предпочтением гарантированного и вероятностного (ожидаемого) результата может меняться, если речь идет о потерях²².

²¹ Шаститко А.Е., Курдин А.А., Морозов А.Н., Шабалов И.П. Регулирование, предпринимательские риски и экономическое развитие: коллект. монография. М., 2021.

²² На это обстоятельство обратили внимание исследователи в области поведенческой экономики. Отсюда функция полезности в форме логисты.

Риск-менеджмент и доказательность в правоприменении: пример антимонопольного регулирования

Риск-ориентированный подход — не новость. Периодически государство обращается к теме инвентаризации и модернизации системы регулирования, административной системы. Так было и в связи с обсуждением де-бюрократизации в конце 1990-х годов, и в связи с административной реформой начала нулевых (в том числе в рамках политики дерегулирования и попыток провести реформу регулирования), когда впервые зазвучали идеи риск-ориентированного подхода. Не прекратилось его обсуждение и в рамках регуляторной гильотины и регуляторных песочниц. Однако несмотря на все усилия, результаты сложно назвать однозначно позитивными и системными. Отсюда — вновь постановка вопроса о внедрении риск-ориентированного подхода в организацию контрольно-надзорной деятельности в начале 2024 года. Причем с акцентом на предупреждение нарушений, а не наказание за них. Такой акцент можно обеспечить только при последовательном внедрении принципа доказательности при формировании позиции бизнеса при любом взаимодействии с органами власти в ходе контрольно-надзорных мероприятий.

Доказательность предполагает использование релевантных данных для количественной оценки разнообразных действий и бездействия. Качество этих данных влияет на надежность оценки. В числе характеристик — временные ряды, без которых крайне сложно получить надежные эмпирические оценки связей между исследуемыми характеристиками взаимодействия участников рынка с регуляторами. В свою очередь, отсутствие или ненадежность данных снижают ценность инструментария количественного анализа, в том числе теоретического моделирования. Как результат — работа с упором на экспертные оценки, которые в большей степени манипулятивны.

Примечателен тот факт, что задача именно формирования счетных данных для возможного количественного анализа уже во многом решена в законодательстве. В частности, Законом о бухгалтерском учете²³

²³ Федеральный закон от 06.12.2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете».

предусмотрена обязанность всех экономических субъектов организовать и осуществлять внутренний контроль совершаемых фактов хозяйственной жизни. Минфин России, раскрывая эту норму, указывает, что основными элементами внутреннего контроля являются контрольная среда, оценка рисков, процедуры внутреннего контроля, информация и коммуникация, оценка внутреннего контроля. При этом экономический субъект должен обеспечивать эффективность и результативность своей деятельности, в том числе достижение финансовых и операционных показателей, сохранность активов, достоверность и своевременность внутренней отчетности (*не только и не столько бухгалтерской!*), а также соблюдение применимого законодательства, в том числе при совершении фактов хозяйственной жизни²⁴.

Компании, которые приняли решение создать собственные механизмы риск-менеджмента для обеспечения соблюдения установленных законодательством правил (в антитастре это называется антимонопольным комплаенсом²⁵), фактически должны были ранжировать риски искажения условий конкуренции вследствие их деятельности, т.е. оценить их текущую бизнес-модель на предмет соотношения ее текущей доходности и ее затратности от возможных продуцируемых ею же рисков. Однако на данный момент основной результат — разработанные внутренние правила и процедуры в бизнесе, которые обозначают только направленность действий, но не основаны на понимании и обсчете действующей модели бизнеса. Отчасти такой формалистский подход — зеркальное отражение формализма в риск-ориентированном подходе на стороне контрольно-надзорных органов, которые вплоть до настоящего времени ориентируются на формально-юридическое, а не финансово-экономическое (т.е. доказательное) содержание как в своей деятельности, так и в диалоге с бизнесом.

Попробуем привести в качестве примера самую последнюю, наделавшую много шума в бизнес-сооб-

ществе, но закономерную и очень ожидаемую законодательную инициативу, которую следует рассмотреть не в статике, а в динамике и с точки зрения оценки рисков ее дальнейшей реализации.

ФАС России совместно с Минэкономразвития России в целях возможности установления повышения цены товара как в целом на товарном рынке, так и отдельными хозяйствующими субъектами, осуществляющими деятельность на таком товарном рынке, предложено дополнить Закон о защите конкуренции ст. 11.2, предусматривающей среди прочего запрет на установление экономически необоснованных цен на отдельные виды товаров (определяются Правительством), а также критерий отнесения цены к экономически необоснованной²⁶. Протицируем предложенную статью целиком.

Цена товара признается экономически необоснованной, если цена товара на соответствующем товарном рынке в течение не более чем шестидесяти дней повысилась более чем на пять процентов от величины индекса потребительских цен (декабрь к декабрю) на соответствующий год, определенной в составе прогноза социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочный период (существенный рост цены товара) либо более чем на десять процентов превышает средние цены этого товарного рынка, зафиксированные федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим официальный статистический учет и контроль в сфере официального статистического учета в рамках официального статистического наблюдения в статистическом учете, при условии, что такое повышение (такая цена товара) не обусловлено экономическими факторами, к которым относятся существенное изменение уровня спроса или предложения товара, изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье и комплектующие изделия, сезонный фактор, а также иные факторы, подтверждающие экономическую обоснованность повышения цены товара.

Дословное цитирование нормы очень важно для иллюстрации взаимного вовлечения бизнеса и власти в риск-ориентированный подход при регулировании от-

²⁴ Информация Минфина России от 26.12.2013 № ПЗ-11/2013 «Организация и осуществление экономическим субъектом внутреннего контроля совершаемых фактов хозяйственной жизни, ведения бухгалтерского учета и составления бухгалтерской (финансовой) отчетности».

²⁵ Князева И.В., Дозмаров К.В. Антимонопольный комплаенс — профилактика компаниями рисков нарушения конкурентного законодательства // ЭКО. 2020. № 4. С. 110–129.

²⁶ См.: <https://www.forbes.ru/biznes/505558-rbk-uznal-novuu-formulu-rasceta-ekonomiceski-ne-obosnovannyh-cen-ot-fas> (дата обращения: 14.06.2024).



ношений на рынке и формировании бизнес-стратегий, так как законопроект предполагает наличие у обеих сторон достаточного уровня компетенций в аналитике экономики товарных рынков и предприятий, основанной на счетных моделях и агрегировании больших объемов первичных данных.

Примечательно, что к этому законопроекту ФАС России уже разработана методика²⁷, которая раскрывает содержание диспозиции статьи и приведенных в ней понятий.

В частности, под существенным изменением спроса понимается: превышение объема заявок на покупку над предложением поставщика на 10% за месяц до роста цен, увеличение объема и скорости продаж, сокращение запасов на складах и в торговых залах с учетом сроков годности. Рост расходов бизнеса может анализироваться на основе факторного анализа затрат на основе бухгалтерского и оперативно-технического учета, а также прейскуранта за три года, расчета закупочных цен и стоимости материалов, работы сторонних организаций, оплаты труда, а также анализа изменения объемов поставок и соотношения постоянных затрат к переменным. Для оценки и учета фактора сезонности ФАС России предлагает установить норму систематических внутригодовых колебаний цен, которая будет учитывать ритмику производственных процессов, погодные условия, сезоны отпусков и т.д. Сама по себе такая постановка вопроса — уже вызов для тех, кто понимает значимость эмпирических оценок принимаемых регуляторных и бизнес-решений. Дело в том, что изменение спроса — это прежде всего корректировка множества «цена-количество», которое графически иногда обозначается как кривая (график) спроса. Иными словами, изменение спроса — сдвиг кривой спроса, тогда как относительное изменение заявок, как сформулировано выше, — квалификация произошедших изменений (1) по одной точке, (2) без учета изменений на стороне предложения.

Методика ФАС России также предполагает, что о необоснованности роста цен будет свидетельствовать резкий рост фактической рентабельности поставщи-

ка над среднеотраслевыми показателями (с учетом сегмента рынка, вида продукции, ее принадлежности к товарам повседневного спроса и стоимости).

На пути к сбалансированности риск-ориентированного подхода

С учетом изложенного как бы могла выглядеть успешная коммуникативно-регуляторная связь ФАС России и бизнеса?

Бизнес на систематической основе проводит факторный анализ своего ценообразования, нарастающим итогом агрегирует аналитику по своей хозяйственной деятельности, ведет учет и обсчет бизнес-процессов и готовит материалы для ФАС России (либо на случай возникающих вопросов, либо инициативно). Разумеется, отдельный вопрос — к какой категории компаний это относится и как обсчитывать бизнес-процессы для группы лиц. Регулятор в то же время на систематической основе ведет оценку отраслевой динамики по определенным видам продукции, находящимся в периметре контроля, систематизирует факторы роста и падения цен и формирует текущую повестку для обсуждения с бизнесом. В итоге и бизнес, и ФАС России встречаются друг с другом в полной готовности к конструктивному диалогу, основанному на цифрах, актуальной аналитике. Это является корректной реализацией риск-ориентированного подхода как в государственном управлении, так и в бизнес-администрировании.

Проблема в том, как мотивировать участников взаимодействия к накоплению, обработке и передаче релевантной информации, необходимой для корректного правоприменения.

Учет всех значимых, в том числе иных, не упомянутых выше, факторов и обстоятельств предполагает постоянное прохождение теста на доказательность позиции как бизнеса, так и профильных государственных органов. Реализация контрольно-надзорных полномочий с привлечением органов прокуратуры и возбуждением ФАС России дел о нарушении антимонопольного законодательства с последующими штрафами и судами будет сви-

²⁷ См.: <https://www.rbc.ru/business/04/03/2024/65e0afa39a79472671493754?ysclid=ttlcbulute367083719> (дата обращения: 14.06.2024).

детельствовать о полном провале в отдельно взятом рыночном сегменте риск-ориентированного подхода. Случившееся и зафиксированное нарушение явно демонстрирует, что риск не был проанализирован и предупрежден заблаговременно ни участниками рынка, ни самой ФАС России.

Риск — это не абстрактная величина, а вполне счетная и измеримая в денежных или натуральных единицах.

Справедливости ради здесь стоит отметить, что ранее в 2022 году ФАС России уже выходила с похожей инициативой по запрету необоснованного роста цен²⁸. Тогда речь шла о дополнении Закона о защите конкуренции ст. 15.3, запрещающей согласованные действия хозяйствующих субъектов, которые приводят к установлению экономически необоснованной цены (*существенный рост — более 30%*) на социально значимые товары. Интересно, что данный законопроект получил негативное заключение при оценке регулирующего воздействия по следующим причинам: 1) высокая неопределенность применения обязательных требований и принятия потенциально противоречивых решений по итогам осуществления контрольно-надзорных мероприятий в указанной сфере; 2) переложение бремени доказывания на хозяйствующие субъекты, которым станет необходимо доказывать, что их действия не являлись, например, согласованными; 3) *de facto* создание недобросовестным участникам рынка возможности манипулировать заданными ценовыми показателями, повышая цены каждые шестьдесят дней на 30%, не выходя при этом за установленный лимит (значительно повысив цены, оставаясь вне рамок действия проекта акта). В итоге все это приведет к обратному результату от заявленного и не позволит достигнуть целей правового регулирования, на что и было указано в сводном отчете.

Любопытно, что в данной ситуации властные институты даже без глубокой аналитики и счетных моделей, просто с помощью формальной логики смогли оценить и спрогнозировать некоторые существенные риски внедрения нового регуляторного механизма. При наличии же глубокой экономической аналитики прогностический потенциал был бы гораздо шире

и появилось бы осознание реальных долгосрочных экономических последствий и рисков для участников рынка: искажение баланса спроса и предложения и картины цен на смежных рынках, дефицит или невосребованность продукции и пр.

Достижима ли сбалансированная риск-ориентированность?

В связи с этим нельзя не вспомнить о подходе к решению значимых проблем социально-экономического развития в работе «Коалиции для будущего» (появившейся более 15 лет назад)²⁹, главная идея которой состоит в том, что для действенного решения ключевых проблем социально-экономического развития необходима кооперация между группами интересов — формирование коалиций. Тогда звучала идея позитивного взаимодействия государства, бизнеса и гражданского общества. Разумеется, эта идея, наглядно проиллюстрированная на примере «колодца Григорьева»³⁰, требовала операционализации.

Теперь можно добавить, что в практическом плане речь идет об обеспечении механизмов совместимости стимулов³¹ (в данном случае — представителей органов государственной власти, местного самоуправления с одной стороны и бизнеса — с другой) в части проектирования и обеспечения соблюдения установленных обязательных требований. Как обеспечить, чтобы бизнес вкладывался в понимание самого себя (в смысле количественных оценок релевантных показателей с соответствующими интерпретациями), а регуляторы использовали эти оценки для формирования собственного представления о карте рисков в сфере их ответственности — вот вопрос, который оказывается в фокусе внимания. Иными словами, речь идет о встречных оценках рисков — от государства и бизнеса — и совместном управлении ими.

²⁹ Коалиции для будущего. Стратегии развития России. М., 2007.

³⁰ См.: https://www.imemo.ru/files/File/ru/conf/2015/28102015/28102015_PRZ_GRIG.pdf (дата обращения: 14.06.2024).

³¹ Этот термин широко используется в экономических исследованиях при обсуждении темы недопущения негативных эффектов, обусловленных асимметричным распределением информации между участниками обменов, соглашений.

²⁸ См.: <https://regulation.gov.ru/Regulation/Npa/PublicView?n-palD=129762> (дата обращения: 14.06.2024).



Еще в 2016 году Правительством России были утверждены Правила отнесения деятельности хозяйствующих субъектов к определенной категории риска, а также перечень видов федерального государственного контроля и надзора, в отношении которых применяется риск-ориентированный подход³². Фактически это первая системная попытка ввести дифференцированность режима проверок и контроля бизнеса со стороны государства. Вместе с тем такая дифференциация должна предусматривать и стимулы для бизнеса проактивно внедрять меры внутреннего контроля, охватывающего всю хозяйственную деятельность и базирующегося не на словах, а на конкретных счетных данных.

Тема сравнительного анализа структурных альтернатив обеспечения соблюдения установленных требований, на наш взгляд, особенно тесно связана с озвученными Президентом России в Послании 2024 года приоритетами в области контрольно-надзорной деятельности в отношении бизнеса: **развитие риск-ориентированного подхода**.

Фактически Президентом был поставлен вопрос о сравнении ручного механизма выборочных контрольно-надзорных мероприятий в условиях моратория на проведение проверок и самовоспроизводящегося механизма дифференциации контрольно-надзорных мероприятий в зависимости от уровня риска отдельного бизнеса или целой отрасли. Разумеется, подобный вопрос от первого лица государства подразумевает не открытие дискуссионного клуба, а вполне конкретные поручения профильным органам власти на его проработку и трансформацию методов управления.

Но для такой трансформации как минимум необходимо понимание нескольких базовых идей:

во-первых, идеального варианта (структурной альтернативы) не было, нет и быть не может;

во-вторых, если какой-либо вариант предлагается как идеальный, то, скорее всего, замалчиваются его изъя-

ны (соответственно, вопрос — кем, почему и с какими последствиями);

в-третьих, сравнивать надо реалистичные альтернативы с проанализированными и в явном виде фиксированными сильными сторонами и изъянами;

в-четвертых, при выборе варианта, который считается лучшим, нужно помнить и учитывать возможные при его применении побочные эффекты (как в случае применения лекарства, каким бы действенным оно ни было).

Технология сравнительного анализа структурных альтернатив получила развитие в рамках новой институциональной экономической теории³³, в которой можно найти разные варианты воплощения данного методологического подхода.

Очевидно, что обычным среднестатистическим чиновником движет стремление максимально быстро выполнить поручение и отчитаться об этом. Чтобы масштабный переход к риск-ориентированному подходу в государственном управлении не стал «бумажным тигром», подход «сделал-отчитался» не подходит.

Представители органов власти должны для начала определиться с соотношением структурных альтернатив: что лучше, как лучше, когда лучше, кому лучше, какими средствами, каковы издержки на каждый из вариантов, наконец, какие риски в применении каждой из альтернатив и на какой фактологической базе даны ответы на эти вопросы? И только получив ответы и значительный объем аналитических и эмпирических данных, идти к бизнесу что-либо обсуждать.

Бизнес, напротив, должен не проявлять синдром тотального отрицания предлагаемых государством инициатив — *Нас нельзя трогать, у нас в стране рыночная экономика, а государство — ночной сторож*, — а включаться в диалог с властью, основываясь равным образом на собственных аналитических и эмпирических данных, с четким пониманием всех рисков и доступных структурных альтернатив.

³² Постановление Правительства РФ от 17.08.2016 № 806 «О применении риск-ориентированного подхода при организации отдельных видов государственного контроля (надзора) и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации».

³³ См., напр.: *Шластико А.Е.* Новая институциональная экономическая теория. М., 2002.

Мы не оцениваем, хорош или плох риск-ориентированный подход, мы лишь стараемся исключить голословные дискуссии и сформировать у читателя единственно правильное отношение к предлагаемым изменениям в государственном управлении (*равно как и к любой инициативе в нормотворчестве*): любое суждение в части регулирования экономических процессов в стране должно опираться на количественные данные и системную аналитику.

И здесь в завершение следует сказать, что успешное внедрение риск-ориентированного подхода начнется только с преодоления базового кризиса доверия между государством и бизнесом. ■

Risk-Based Approach in Control and Supervisory Activities and the Principle of Evidence-Based Policy

The authors give a broad overview of the rapidly changing state antimonopoly policy in recent years in connection with the message of the President of Russia to the Federal Assembly and reflect on the prospects for the introduction of the risk-based approach and the principle of economic evidence in both public administration and business administration. The role of this principle in creating a balanced risk-oriented approach is revealed.

Keywords: *risk-management, forecasting, evidence-based, antitrust regulation*

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Andrey E. Shastitko

Head of the Department of Competitive and Industrial Policy of the Faculty of Economics at Lomonosov Moscow State University, Director of the Centre for Competition and Economic Regulation

Research at RANEPA, Doctor of Economic Sciences, Professor (e-mail: aes@ranepa.ru)

Kirill V. Dozmarov

Advocate, Research Fellow of the Law & Economics Centre of the Faculty of Economics at Lomonosov Moscow State University, Research Fellow of the Centre for Competition and Economic Regulation Research at RANEPA (e-mail: dozmarov-kv@ranepa.ru)

REFERENCES

Arrow, K. "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention", in: *The Rate and Direction of Inventive Activity*. National Bureau of Economic research, 1962.

Coalitions for the future. Russian development strategies: The SIGMA team of economists [*Koalicii dlya budushchego. Strategii razvitiya Rossii: Kollektiv ekonomistov "SIGMA"*]. Moscow, 2007. 112 p.

Dozmarov, K.V. "Business with eyes wide closed" [*Biznes s shiroko zakry'ty'mi glazami*]. For Metall [*Za Metall*]. 2023. No. 2. P. 2–5.

Ionkina, K.A. and Kurdin, A.A. "On the risks of coexistence of exchange and over-the-counter segments in commodity markets" [*O riskah sosushchestvovaniya birzhevogo i vnebirzhevogo segmentov na tovarnyh rynkah*]. The Manager [*Upravlenec*]. 2023. Vol. 14. No. 5. P. 47–58.

Knyazeva, I.V. and Dozmarov, K.V. "Antimonopoly compliance — prevention by companies of risks of violation of competition legislation" [*Antimonopol'nyj kompliens — profilaktika kompaniyami riskov narusheniya konkurentnogo zakonodatel'stva*]. ECO [*EKO*]. 2020. No. 4. P. 110–129.

Shastitko, A.E. and Pavlova, N.S. "The priority of meeting domestic demand: from idea to effects" [*Prioritetnost' udovletvoreniya vnutrennego sprosa: ot idei do effektivov*]. Bulletin of the Moscow University. Series 6. Economics [*Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 6. Ekonomika*]. 2022. No. 3. P. 107–120.

Shastitko, A.E. *New institutional economic theory* [*Novaya institucional'naya ekonomicheskaya teoriya*]. Moscow, 2002. 591 p.

Shastitko, A.E., Kurdin, A.A., Morozov, A.N. and Shabalov, I.P. *Regulation, entrepreneurial risks and economic development: A collective monograph* [*Regulirovanie, predprinimatel'skie riski i ekonomicheskoe razvitie: kollektivnaya monografiya*]. Moscow, 2021. 86 p.



**ЛИДИЯ СЕРГЕЕВНА
ПЛЕХАНОВА**

младший научный сотрудник кафедры конкурентной и промышленной политики экономического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, младший научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте РФ

УНИФИКАЦИЯ ЗАКУПОК В БОРЬБЕ ЗА ЭФФЕКТИВНОСТЬ — ПРОЩЕ, БЫСТРЕЕ И ПРОЗРАЧНЕЕ (ЛИ)?*

В статье анализируются упрощение и унификация закупочных процедур в сфере государственного заказа. Автор размышляет о том, действительно ли сокращение способов и критериев отбора повышает прозрачность в системе закупок и способствует борьбе с ограничениями конкуренции и повышению бюджетной эффективности. Показано, что унификация процедур влияет на уровень прозрачности в системе государственных закупок противоречивым образом.

Ключевые слова: прозрачность, противодействие коррупции, антикартельная политика, государственные закупки

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-97-104

1. Введение

Прозрачность в государственном управлении в целом и в системе государственного заказа в частности уже традиционно воспринимается исследователями и практиками как необходимый элемент борьбы с коррупцией и бюджетной неэффективностью. Однако в действительности меры по повышению прозрачности не всегда приводят к обозначенным целям, поэтому все чаще звучит мнение о том, что они являются хотя и необходимым, но недостаточным условием для обеспечения желаемой эффективности системы госзакупок¹.

* Статья подготовлена в рамках выполнения научно-исследовательской работы государственного задания РАНХиГС.

¹ См.: Бальсевич А.А., Пивоварова С.Г., Подколзина Е.А. Роль прозрачности информации в государственных закупках: пример российских регионов // Журнал Новой экономической ассоциации. 2012. № 3. С. 82–112.

В настоящей статье мы обсудим саму категорию прозрачности, каналы влияния на ее уровень, а также коснемся побочных эффектов мер по упрощению и унификации закупочных процедур. С этой целью мы разберем понимание прозрачности в рамках антикоррупционной и конкурентной политики, исследуем целесообразность упрощения и унификации процедур, характерных для современной российской закупочной системы. В завершение обсудим долгосрочные последствия такой политики в условиях цифровой трансформации, происходящей одновременно как в системе государственного заказа, так и в российском антитрасте.

2. Прозрачность как средство противостояния коррупции и ограничениям конкуренции

Достижение максимальной прозрачности в государственных закупках обычно считается неотъемлемой частью политики сдерживания коррупции, обеспечения равноправия и максимальной конкуренции в данной сфере, а также повышения доверия населения к государственной деятельности². «Спасительная» сила прозрачности в части борьбы с коррупцией при этом нередко объясняется через призму теории принципала-агента и разоблачение противозаконных соглашений посредством раскрытия информации перед общественностью³. Так, доступность соответствующей информации позволяет гражданам — конечным бенефициарам, а равно уполномоченным представителям государства контролировать процесс и результат государственных закупок, снижая тем самым стимулы участников системы к оппортунистическому поведению.

Несмотря на широкое распространение подобных идей, массив доказательств эффективности мер по повышению прозрачности в государственных закуп-

ках по-прежнему не очень широк и вместе с тем противоречив⁴. Случаи, когда повышение прозрачности не привело к сокращению коррупции и/или усилению конкуренции, можно объяснить следующим:

а) фирмы, работающие одновременно и в частном, и в государственном секторе, не хотят раскрывать коммерческую информацию и отказываются от участия в государственных тендерах⁵;

б) доступность и полнота данных о закупках снижают издержки поддержания картельных сговоров благодаря наблюдаемости отклонений от договоренностей⁶; в таком случае заинтересованность заказчика в поддержании сговора может возрастать из-за возможности получить коррупционную ренту большего размера⁷.

в) увеличение конкуренции вследствие снижения информационных издержек может стимулировать недобросовестные фирмы вступать в коррупционные схемы, чтобы выжить в конкурентной борьбе⁸.

Авторы недавнего эмпирического исследования⁹ разделяют прозрачность на *ex ante* и *ex post* и, анализируя данные по закупкам стран ЕС, приходят к выводу о том, что для противостояния коррупции более значима прозрачность *ex ante*, основными «пользователями» которой являются участники закупочной системы, находящиеся в процессе предконтрактной проработки. Меньшая эффективность прозрачно-

² Halonen K.-M. The Many Faces of Transparency in EU Public Procurement // Transparency in EU Procurements: Disclosure within Public Procurement and during Contract Execution / ed. by K.-M. Halonen, R. Caranta, A. Sanchez-Graells. Vol. 9. Edward Elgar, Forthcoming.

³ Malesky E., Schuler P., Tran A. The adverse effects of sunshine: A field experiment on legislative transparency in an authoritarian assembly // American Political Science Review. 2012. № 106 (4). P. 762–786.

⁴ Knack S., Biletska N., Kacker K. Deterring kickbacks and encouraging entry in public procurement markets: Evidence from firm surveys in 88 developing countries. The World Bank, Policy Research Working Paper 8078. 2017. URL: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26950/WPS8078.pdf?sequence=1> (дата обращения: 17.06.2024).

⁵ Amaral M., Saussier S., Yvrande-Billon A. Auction procedures and competition in public services: The case of urban public transport in France and London // Utilities policy. 2009. № 17 (2). P. 166–175.

⁶ Ibid.

⁷ Ohashi H. Effects of Transparency in Public Procurement Practices on Government Expenditure: A Case Study of Municipal Public Works // Review of Industrial Organization. 2009. Vol. 34. P. 267–285.

⁸ Boehm F., Olaya J. Corruption in Public Contracting Auctions: the Role of Transparency in Bidding Processes // Annals of Public and Cooperative Economics. 2006. Vol. 77. № 4. P. 431–452.

⁹ Bauhr M., Czibik Á., de Fine Licht J., Fazekas M. Lights on the shadows of public procurement: Transparency as an antidote to corruption // Governance. 2020. № 33 (3). P. 495–523.



сти *ex post* может быть обусловлена отсутствием стимулов для граждан осуществлять мониторинг и контроль за результатами закупок. Это согласуется с тезисом о необходимости обеспечить не только возможность обрабатывать информацию, но и стимулы ее использовать¹⁰.

На наш взгляд, объяснить отсутствие строгих согласующихся между собой эмпирических доказательств эффективности прозрачности как средства противодействия коррупции и повышения уровня конкуренции в госзаказе можно, помимо выделенных аспектов, также неоднозначностью самого понятия прозрачности¹¹.

Прозрачность может пониматься как (а) способность участников закупок знать и понимать правила присуждения контрактов^{12,13}, (б) открытость информации о закупках на всех их стадиях и для всех сторон — от участников сделок до широкой общественности^{14,15}, (в) доступность информации о характеристиках благ (товаров, работ, услуг), с целью приобретения которых объявлена закупочная процедура¹⁶.

Объединив существующие подходы, можно описать уровень прозрачности как сочетание доступности информации о правилах и критериях отбора, свойствах закупаемых благ, фактических процессах закупок с количеством усилий, необходимых для сопоставления наблюдаемых процессов заключения контрактов с установленными правилами и принципами отбора поставщиков и присуждения контрактов. Учитывая задачи принципа прозрачности, его реализация должна позволять отслеживать и сдерживать элементы фаворитизма и коррупции в госзакупках.

Уровень прозрачности в таком его понимании можно варьировать через манипулирование (1) объемами и структурой данных о закупках, находящихся в публичном доступе, а равно (2) количеством и сложностью критериев отбора поставщиков. Поэтому и в практике регулирования закупок, и в литературе наряду с идеями о повышении доступности разнообразных данных в системе закупок встречаются тезисы о том, что унифицированные монокритериальные закупочные процедуры повышают уровень прозрачности¹⁷ и, следовательно, способствуют достижению связанных с ним целей.

В частности, в России подобная логика породила аукционный крен в государственных закупках: более половины закупок в отечественной юрисдикции традиционно проводятся помощью электронного аукциона (в 2014–2022 годы их доля варьировалась от 54 до 77%)¹⁸. При этом доля процедур, где для определения победителя использовался только ценовой критерий, оказывается еще выше при учете таких форм, как запрос котировок. В Европе также долгое время доминировали монокритериальные (ценовые) формы закупок: в 16 странах ЕС в период с 2016 по 2019 год их доля составила более 60%¹⁹. Изначально данные формы вводились директивой Европейского парламента о государственных закупках № 2004/18/ЕС в рамках создания «оперативной системы закупок» с целью повышения конкуренции в секторе государственного заказа и повышения его бюджетной эффективности.

Отличительной особенностью современного российского права в области государственных закупок является усиление тренда на упрощение и унификацию процедур, что идет вразрез с тенденциями мировой практики.

¹⁰ Kolstad I., Wiig A. Is Transparency the Key to Reducing Corruption in Resource-Rich Countries? // World Development. 2009. Vol. 37. № 3. P. 521–532.

¹¹ Понимание понятия прозрачности, которого придерживаются исследователи, обуславливает выбор прокси-переменных для его измерения.

¹² Amaral M., Saussier S., Yvrande-Billon A. Op. cit. P. 166–175.

¹³ Бальсевич А.А., Пивоварова С.Г., Подколзина Е.А. Указ. соч. С. 82–112.

¹⁴ Kušt M., Ristović B. Baseline analysis on transparency In public procurement. Regional School of Public Administration, 2018.

¹⁵ Бальсевич А.А., Пивоварова С.Г., Подколзина Е.А. Указ. соч. С. 82–112.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Amaral M., Saussier S., Yvrande-Billon A. Op. cit. P. 166–175.

¹⁸ См.: https://minfin.gov.ru/ru/performance/contracts/purchases?id_57=301945-svodnyi_analiticheskiy_otchet_o_rezultatakh_monitoringa_zakupok_tovarov_rabot_uslug_dlya_obespecheniya_gosudarstvennykh_i_munitsipalnykh_nuzhd_a_takzhe_zakupok_tovarov_rabot_uslug_otdelnyimi_vidami_yuridicheskikh_lits_za_2022_g; https://ach.gov.ru/upload/iblock/fea/fea86920fc7f4c8b39262ce-74beb32d8.pdf?ysclid=luv7opca4l881112488 (дата обращения: 17.06.2024)

¹⁹ Павлова Н.С., Плеханова Л.С. Критерии эффективности государственных закупок: неучтенные эффекты // Закон. 2021. № 8. С. 41–51.

Так, действующая Директива № 2014/24/ЕС²⁰ рекомендует государствам — членам ЕС с целью формирования закупочных практик, более ориентированных на качество закупаемой продукции, ограничивать или запрещать использование процедур, где единственным критерием для выбора победителя является цена. Кроме того, в европейском праве растет разнообразие конкурентных процедур. Например, в п. 1 ст. 33 той же Директивы предусмотрено, что в случае качественно-ориентированных закупок аукционные формы могут заменяться открытой процедурой с переговорами, открытым диалогом и инновационным партнерством.

Снижение значимости ценового критерия побудило некоторые страны вообще отказаться от электронного аукциона в государственных закупках — такое решение, в частности, анонсировали власти Кореи в процессе создания и развития электронной системы закупок *KONEPS (Korea Online E-Procurement System*²¹), мотивируя его невозможностью управлять качеством закупаемой продукции при ориентировании только на цену. Стоит также отметить, что система *KONEPS* предполагает и полный отказ от бумажного документооборота в государственных закупках, широкое разнообразие механизмов контрактования, а также демонстрирует беспрецедентный уровень доступности и открытости информации о процессах заключения и исполнения государственных контрактов.

В свою очередь, Россия, также двигающаяся в сторону сокращения бумажных процедур, цифровизации сегмента госзаказа и декларирующая стремление к повышению прозрачности закупочных процессов, напротив, не только продолжает активно использовать аукционы, но и сокращает разнообразие закупочных процедур: так, с 2022 года количество открытых конкурентных способов закупок, предусмотренных Законом о контрактной системе²², сокращено с одиннадцати до

трех²³. Среди прочего исключены запрос предложений, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс. Данные изменения, как и формирование стандарта данных, публикуемых в извещениях о закупках²⁴, направлены на повышение бюджетной эффективности, оперативности и прозрачности функционирования закупочной системы.

Попробуем систематизировать сформулированные выше факторы, позволяющие изменять уровень прозрачности, и начнем с того из них, в части которого практики российской и зарубежных юрисдикций расходятся, — с количества критериев и видов конкурентных процедур.

Сокращение количества критериев и разновидностей форм закупок действительно делает процесс закупок более понятным для участников и упрощает контроль за соблюдением правил. Чем меньше критериев отбора и чем они проще, тем больше возможностей для простого и наименее затратного контроля за их выполнением. Соответствующие меры могут снижать издержки, связанные с контролем, а также с разработкой документов для закупок как на стороне заказчика, так и на стороне потенциальных исполнителей. Однако унификация и упрощение принципов отбора поставщиков может дать и противоположный (с точки зрения информационной прозрачности) эффект — асимметрию информированности сторон о характеристиках закупаемых благ. Дело в том, что в отличие от аукционов на продажу, доказавших эффективность состязательности в самых разных сферах от продажи радиочастот до произведений искусства, предмет аукционов на покупку товаров (работ, услуг) через государственный контракт в момент проведения отборочной процедуры еще не является идентифицированным. Заказчик не знает, что именно он приобретет по результатам конкурентной процедуры, и может только косвенно влиять на результат. Так, различные неценовые критерии отбора поставщиков, с одной стороны, выступают своего рода сигналами для потенциальных исполнителей о необходимых характеристиках и уровне качества

²⁰ Директива Европейского парламента и Совета от 26.02.2014 № 2014/24/EU о государственных закупках и отмене Директивы 2004/18/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1522846869238&uri=CELEX:32014L0024> (дата обращения: 17.06.2024).

²¹ См.: <https://www.pps.go.kr/eng/content.do?key=00777> (дата обращения: 17.06.2024)

²² Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

²³ Федеральный закон от 02.07.2021 № 360-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

²⁴ В Федеральном законе № 360-ФЗ установлены единые требования к структуре и содержанию извещений с расширением набора публикуемых в них параметров.



закупаемых благ и (или) о сложности работ. С другой стороны, они позволяют заказчикам получить более полное представление об участниках и предлагаемой ими продукции. Сокращение же количества или полное исключение таких критериев снижает информированность обеих сторон и одновременно формирует информационную асимметрию: заказчик лучше информирован о предполагаемом предмете закупки, чем потенциальные поставщики, а это негативно сказывается на прозрачности в целом и повышает неопределенность для сторон.

В такой ситуации заказчик, не всегда обладающий компетенцией для составления полного исчерпывающего технического задания, приобретает стимулы к предварительному взаимодействию с потенциальными исполнителями для большего понимания предмета закупки и его корректного описания. В то же время такое взаимодействие ассоциируется с рисками ограничения конкуренции и может расцениваться антимонопольным органом в качестве признака антиконкурентного соглашения.

Другим фактором повышения прозрачности является доступность данных о правилах, процессах и результатах закупок государственного сектора, т.е. размерность структуры данных, а также пригодность данных для обработки (в том числе машинной) и анализа²⁵. Например, неоднородность данных (по размерности, структуре представления и т.д.) или предоставление широкого набора данных, но не в машиночитаемом формате снижают их пригодность к обработке (из-за повышения количества затрачиваемых на это усилий) и, следовательно, прозрачность. Плохое качество данных может затруднять как поиск подходящих для поставщиков (с учетом номенклатуры и специфики их товара) закупочных процедур, так и контроль за процессом закупки со стороны государства и других участников системы.

В таблице обобщены факторы и то, как они влияют (негативно, позитивно или не влияют вообще) на уровень прозрачности системы госзакупок в целом.

Декомпозиция механизмов изменения уровня прозрачности по выделенным факторам

Составляющие совокупной степени прозрачности				
Фактор	Простота правил (параметр, обратный количеству усилий, необходимых для знания и понимания правил)	Доступность фактической информации о закупках (на всех стадиях)	Простота контроля (параметр, обратный количеству усилий, необходимых для выявления отклонений фактически наблюдаемых процессов от установленных правил)	Информированность о характеристиках благ
Количество критериев и модификаций закупочных процедур	–		–	+
Размерность структуры данных о закупках		+		+
Качество данных о закупках			+	+

Источник: составлено автором

Помня о неоднозначном влиянии первого фактора, полагаем целесообразным выделить его в качестве отдельной характеристики, которую можно назвать *унифицированностью* закупочных процедур. Оставшиеся два фактора можно сопоставить с термином *информационная прозрачность*, воспринимая ее через призму фактической доступности и широты предоставления данных, а также их качества.

Стремление повысить прозрачность закупочной деятельности через повышение унифицированности механизма отбора влечет как положительные (снижение издержек на понимание и контроль за соблюдением правил), так и отрицательные (снижение информированности сторон о характеристиках благ) последствия. При этом чем сложнее предмет закупок, тем масштабнее могут быть потери от невозможности управлять качеством поставляемой продукции на предконтрактном этапе²⁶.

²⁵ См.: <https://habr.com/ru/articles/321406/> (дата обращения: 17.06.2024).

²⁶ Плеханова Л.С. Форма закупки имеет значение // Вопросы экономики. 2022. № 10. С. 113–137.

Упрощение процедур до однокритерального (по цене) формата может порождать негативный отбор (присуждение контрактов поставщикам с наихудшим качеством продукции, но по наименьшей цене) или же способствовать развитию так называемых просоциальных нарушений (осознанных нарушений формальных правил — не из оппортунистических мотивов, а из стремления получить наилучший результат с точки зрения общего благополучия) со стороны участников закупочной системы²⁷.

Кроме того, попытка повысить прозрачность и возможность контролировать процессы закупок через унификацию процедур сопряжена с эффектом «уличного фонаря»²⁸: в фокусе внимания оказывается только небольшое количество общих критериев, тогда как множество важных для анализа эффективности системы факторов остаются вне наблюдения и контроля.

Тренд на унификацию закупочных процедур представляется сомнительным с точки зрения повышения бюджетной эффективности закупок еще и потому, что он оказывает неоднородное влияние на операционные затраты участников. Даже если унифицированная процедура будет спроектирована так, что позволит учитывать репутационные, квалификационные и иные качественные критерии наряду с ценовым, то для одних категорий товаров и группы их поставщиков она будет чрезмерной и требующей неоправданно высоких операционных затрат, а для других все еще недостаточной ввиду ограниченных возможностей управления уровнем качества.

Почему же государство даже в условиях активной цифровизации сферы государственных закупок (позволяющей повышать прозрачность с помощью других

описанных выше факторов) заинтересовано именно в такой политике?

В России это, вероятно, связано с целью повышения оперативности госзакупок, особенно актуальной в условиях адаптации системы к последствиям многочисленных внешних шоков (например, нарушению и дефрагментации производственных и логистических цепочек в результате пандемии COVID-19 и напряженной геополитической обстановки последних лет), вызвавшим отток исполнителей из сферы госзаказа.

В пользу такой траектории развития института закупок может говорить и происходящая сейчас в России цифровая трансформация антимонопольной практики. В 2018 году в ответ на рост правонарушений, совершаемых с помощью цифровых инструментов, в ФАС России был создан департамент цифровых расследований. Одним из приоритетных направлений его работы стало выявление и пресечение картелей. В результате регулятором был запущен цифровой проект «Большой цифровой кот» (БЦК) — программный продукт, позволяющий анализировать массивы данных о регламентированных закупках государственного сектора. На текущий момент в программе используется режим скрининга открытых данных единой информационной системы в сфере закупок, а также с непубличными данными, предоставляемыми регулятору электронными торговыми площадками. Следующим этапом должен стать запуск многофункционального сервиса АИС «Антикартель»²⁹, который, по заявлениям регулятора, позволит выявлять признаки заключения картельных соглашений на торгах в режиме онлайн, оценивать вероятность наличия сговоров и автоматизировать часть документооборота при формировании доказательной базы. На данный момент сильной стороной БЦК по сравнению с зарубежными аналогами является работа с метаданными. В ходе расследований уже используются такие собранные программой признаки, как совпадения IP-, MAC-адресов и учетных записей, владение одним и тем же лицом несколькими сертификатами электронных цифровых подписей, сходства текстовых свойств и свойств документов, фигурирующих в заявке, и многое другое. В то же время результа-

²⁷ Silvestrovich K., Tkachenko A., Yakovlev A.A. Pro-social rule breaking: evidence from public procurement. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4316344 (дата обращения: 17.06.2024).

²⁸ Эффект, связанный с попыткой найти что-либо там, где есть свет, а не там, где может находиться искомый объект. Применительно к экономической политике подобная проблема поднималась по отношению к нормам российского антитабачного законодательства сезона 2008–2009 // Экономическая политика. 2008. № 5. С. 112–125.

²⁹ Ведомственная программа цифровой трансформации Федеральной антимонопольной службы на 2022–2024 годы // СПС «КонсультантПлюс».



ты работы БЦК пока в большей степени касаются косвенных признаков — сигналов о возможном реализуемом антиконкурентном соглашении и служат не доказательством картеля, а, скорее, прологом для дальнейшего сбора прямых и косвенных доказательств; кроме того, они не дают достаточно информации для окончательных выводов о моделях ценового поведения участников. Унификация же закупочных процедур позволяет рассчитывать на снижение расходов на реализацию и поддержание аналитически-прогностических и иных функций в алгоритмах системы «Антикартель». Чем меньше разнообразие процедур и критериев, тем проще, на первый взгляд, обеспечить анализ «при прочих равных», а также максимальную широту охвата.

Например, если единственным критерием отбора является цена, то любое ее «аномальное» отклонение от «нормального» уровня цен можно воспринимать в качестве сигнала о сговоре. Вместе с тем такой подход неизбежно породит упомянутый эффект «уличного фонаря», что в долгосрочной перспективе может привести к росту числа ошибок правоприменения в области антитараста по причине игнорирования значимых факторов ценообразования и создания искажающих стимулов для участников системы.

В российских реалиях ситуация осложняется еще и тем, что действующая система контроля бюджетной эффективности закупок опирается на статистику по так называемому показателю относительной экономии, характеризующему процент снижения цены в ходе торгов относительно начальной максимальной цены контракта (НМЦК). Широкомасштабное (за счет внедрения цифрового продукта) давление регулятора на участников закупочной системы, демонстрирующих низкие значения данного показателя без возможности обоснования цены с учетом качественных характеристик, может активировать и без того распространенную практику завышения НМЦК для демонстрации «корректного» поведения на торгах³⁰. При этом вывод

значимых факторов из поля зрения цифровых систем значительно снижает потенциал синергетического эффекта от одновременной цифровизации в закупочной системе и в надзорной деятельности антимонопольного регулятора.

Возвращаясь к опыту Кореи, можно предположить, что альтернативным подходом к обеспечению прозрачности в смысле снижения усилий по контролю за соблюдением правовых норм (в том числе антимонопольного законодательства) является качественная интеграция информационной системы в области госзакупок со смежными государственными подразделениями, ведомствами и организациями. Платформа *KONEPS*, в процессе построения которой был взят курс на повышение вариативности и гибкости закупочных процессов, сегодня интегрирована (за счет стандартов передачи данных и соответствующей *IT*-инфраструктуры) с более чем 190 внешними информационными системами для бесшовного процесса³¹, а это среди прочего обеспечивает гибкость регулирования закупочных процедур и работу автоматизированных систем аналитики и систем поддержки принятия управленческих решений, в том числе по корректировке правил при выявлении их неэффективности в контексте поставленных целей.

3. Заключение

Нами продемонстрирована неоднородность в понимании прозрачности системы государственных закупок. Показано, что степень унификации закупочных процедур следует выделить в отдельную категорию по причине противонаправленности эффектов от ее повышения в контексте достижения целей конкурентной политики. С одной стороны, она экономит усилия, необходимые для контроля за соблюдением правил участниками закупочной системы, а с другой — несет в себе риск снижения информированности участников о неценовых характеристиках закупаемых товаров, работ и услуг и тем самым может порождать ошибки в сфере антимонопольного правоприменения.■

³⁰ Подробнее о взаимосвязанных источниках бюджетной неэффективности российской закупочной системы, обусловленных несовершенством механизмов НМЦК, а также дизайном проводимых закупочных процедур, см.: *Ионкина К.А., Матвеев Е.О., Плеханова Л.С.* К вопросу об источниках бюджетной неэффективности государственных за-

купок (на примере закупок кирпича) // Закон. 2023. № 2. С. 172–180.

³¹ См.: <https://www.pps.go.kr/eng/content.do?key=00777> (дата обращения: 17.06.2024).

Unification of Procurement in the Fight for Efficiency – Easier, Faster, and More Transparent (or not)?

The paper analyses the policy aimed at simplifying and unifying procurement procedures in the public procurement segment. The author reflects on whether the reduction of selection methods and criteria really increases transparency in the procurement system. Does transparency, in this sense, contribute to the achievement of the goals assigned to it to combat the restriction of competition and increase budget efficiency? The paper shows that measures to unify procedures lead to contradictory effects in the context of influencing the level of transparency in the public procurement system and achieving the ultimate goals of the policy.

Keywords: *transparency, anti-corruption, anti-cartel policy, public procurement*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Lidia S. Plekhanova

Junior Research Fellow of the Department of Competition and Industrial Policy of the Faculty of Economics at Lomonosov Moscow State University, Junior Research Fellow of the Centre for Competition and Economic Regulation Research at RANEPА (e-mail: lplekhanova@outlook.com)

REFERENCES

Amaral, M., Saussier, S. and Yvrande-Billon, A. "Auction procedures and competition in public services: The case of urban public transport in France and London". *Utilities policy*. 2009. No. 17 (2). P. 166–175.

Avdasheva, S. and Shastitko, A. "Search under a lamppost or where you lost it? (Innovations of antimonopoly legislation for the 2008–2009 season)" [*Iskat' pod fonarem ili tam, gde poteryali? (Novicii antimonopol'nogo zakonodatel'stva sezona 2008–2009)*]. *Economic policy [Ekonomicheskaya politika]*. 2008. No. 5. P. 112–125.

Balsevich, A.A., Pivovarova, S.G. and Podkolzina, E.A. "The role of information transparency in public procurement: the example of Russian regions" [*Ro' prozrachnosti informacii v gosudarstvennyh zakupkah: primer rossijskih regionov*]. *Journal of the New Economic Association [Zhurnal Novoj ekonomicheskoy associacii]*. 2012. No. 3. P. 82–112.

Bauhr, M., Czibik, Á., de Fine Licht, J. and Fazekas, M. "Lights on the shadows of public procurement: Transparency as an antidote to corruption". *Governance*. 2020. No. 33 (3). P. 495–523.

Boehm, F. and Olaya, J. "Corruption in Public Contracting Auctions: the Role of Transparency in Bidding Processes". *Annals of Public and Cooperative Economics*. 2006. Vol. 77. No. 4. P. 431–452.

Dunleavy, P. and Hood, Ch. "From old public administration to new public management". *Public money & management*. 1994. No. 14.3. P. 9–16.

Halonen, K.-M. "Many faces of transparency in public procurement". *Transparency in EU Procurements*. 2019. P. 8–32.

Hood, C., Scott, C., James, O., Jones, G.W. and Travers, T. *Regulation inside government: waste-watchers, quality police and sleaze-busters*. Oxford, 1999.

Hood, C. "A public management for all seasons?". *Public Administration*. 1991. No. 69 (1). P. 3–19.

Hood, Ch. "The 'new public management' in the 1980s: Variations on a theme". *Accounting, organizations and society*. 1995. Vol. 20. No. 2-3. P. 93–109.

Ionkina, K.A., Matveev, E.O. and Plekhanova, L.S. "On the issue of sources of budgetary inefficiency in public procurement (using the example of brick procurement)" [*K voprosu ob istochnikax byudzhetnoj nee'ffektivnosti gosudarstvenny'x zakupok (na primere zakupok kirpicha)*]. *Statute [Zakon]*. 2023. No. 2. P. 172–180.

Knack, S., Biletska, N. and Kacker, K. *Deterring kickbacks and encouraging entry in public procurement markets: Evidence from firm surveys in 88 developing countries*. The World Bank, Policy Research Working Paper 8078. 2017, available at: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26950/WPS8078.pdf?sequence=1> (accessed 17 June 2024).

Kolstad, I. and Wiig, A. "Is Transparency the Key to Reducing Corruption in Resource-Rich Countries?". *World Development*. 2009. Vol. 37. No. 3. P. 521–532.

Kušt, M. and Ristović, B. *Baseline analysis on transparency in public procurement*. Regional School of Public Administration, 2018.

Lapsley, I. "The NPM agenda: Back to the future". *Financial Accountability & Management*. 2008. No. 24 (1). P. 77–96.

Malesky, E., Schuler, P. and Tran, A. "The adverse effects of sunshine: A field experiment on legislative transparency in an authoritarian assembly". *American Political Science Review*. 2012. No. 106 (4). P. 762–786.

Ohashi, H. "Effects of Transparency in Public Procurement Practices on Government Expenditure: A Case Study of Municipal Public Works". *Review of Industrial Organization*. 2009. Vol. 34. P. 267–285.

Pavlova, N.S. and Plekhanova, L.S. "Criteria for the effectiveness of public procurement: unaccounted effects" [*Kriterii effektivnosti gosudarstvennyh zakupok: neuchtennye efekty*]. *Statute [Zakon]*. 2021. No. 8. P. 41–51.

Plekhanova, L.S. "The form of purchase matters" [*Forma zakupki imeet znachenie*]. *Economic issues [Voprosy ekonomiki]*. 2022. No. 10. P. 113–137.

Pollitt, C. "Justification by works or faith? Evaluating the new public management". *Evaluation*. 1995. No. 1. P. 133–154.

Samuelson, P. and Nordhaus, V. *Economics [Ekonomika]*. Moscow, 1999. 794 p.

Silvestrovich, K., Tkachenko, A. and Yakovlev, A.A. *Pro-social rule breaking: evidence from public procurement*, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4316344 (accessed 17 June 2024).



**ТАМАРА
АЛЕКСАНДРОВНА
МЕРЕБАШВИЛИ**

член правления —
руководитель Центра
корпоративных и
имущественных
отношений
ПАО «Интер РАО»,
кандидат юридических
наук

РОЛЬ СОВЕТА ДИРЕКТОРОВ ПУБЛИЧНОГО АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА В УПРАВЛЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНЫМИ РИСКАМИ

Совет директоров как стратегический орган управления, осуществляя общее руководство деятельностью корпорации и контроль за деятельностью исполнительных органов, несет ответственность за свои недобросовестные и неразумные действия (бездействие), в том числе если они не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску. Поэтому неудивительно, что законодательство наделяет именно совет директоров публичного акционерного общества полномочиями по созданию эффективной системы управления рисками. Как соотносятся между собой его полномочия и ответственность в этой сфере с полномочиями и ответственностью исполнительных органов общества? Этот вопрос особенно важен ввиду активного стимулирования предпринимателей со стороны государства применять риск-ориентированный подход в своей деятельности.

Ключевые слова: совет директоров, управление рисками, внутренний контроль, комплаенс, антимонопольный комплаенс, антимонопольные риски, корпоративное управление, публичное акционерное общество

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-105-115

В последние десять лет Правительство РФ стабильно определяло антимонопольную и закупочную деятельность в числе сфер социальной активности, в которых государство применяет риск-ориентированный подход и целенаправленно побуждает субъектов деятельности принимать меры по недопущению нарушений законодательства и обязательных требований, поскольку такие нарушения могут иметь значительные негативные последствия для общества в целом¹.

¹ К таким сферам Постановлением Правительства РФ от 17.08.2016 № 806 «О применении риск-ориентированного подхода при организации отдельных видов государственного контроля (надзора) и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» в том числе отнесены транспортная, фармацевтическая, медицинская деятельность,

Сегодня антимонопольные риски сопровождают деятельность любой компании, будь то крупный энергетический холдинг, фармацевтическая корпорация или маленькое рекламное агентство. Последствия нарушения запретов на злоупотребление доминирующим положением, заключение антиконкурентных соглашений, совершение согласованных действий, сговор и координация экономической деятельности, ограничения экономической концентрации могут быть настолько существенными, что повлияют не только на экономические результаты хозяйствующего субъекта, но и на его устойчивость и даже существование. Так, по данным ФАС России², только в 2023 году в рамках борьбы с картелями было возбуждено 287 дел об ограничивающих конкуренцию соглашениях и координации экономической деятельности, из них по 224 делам приняты решения о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе в отношении 307 хозяйствующих субъектов по соглашениям на торгах; возбуждено 39 уголовных дел, из них 13 — по признакам заключения картеля. Только за антиконкурентные соглашения в федеральный бюджет по итогам работы центрального аппарата ФАС поступило более 1 млрд руб. штрафов³.

энергетика, деятельность в области оборонного заказа. Приказом Росстандарта от 27.10.2023 № 1257-ст утвержден и введен в действие с 1 марта 2024 года Национальный стандарт РФ «Менеджмент риска. Риск-аппетит и ключевые индикаторы риска». См. также главу 5 «Управление рисками причинения вреда (ущерба) охраняемым законом ценностям при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля» Федерального закона от 31 июля 2020 года № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации».

² Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2023 год (ред. от 02.05.2024). URL: <https://fas.gov.ru/documents/b-n-ec327fb1-72cb-4489-bf19-168822dc655f> (дата обращения: 20.06.2024).

³ Правоприменительной практике известны случаи назначения крупных штрафов за нарушение запретов, установленных антимонопольным законодательством, впоследствии оспоренные, но устоявшие в суде (Определения ВС РФ от 31.10.2022 № 305-ЭС22-15811 по делу № А40-195672/2021, от 08.06.2023 № 305-ЭС23-7838 по делу № А40-228362/2020; постановление АС Московского округа от 21.02.2024 по делу № А40-206450/2022). Так, в августе 2021 года ФАС России оштрафовала компанию *Booking.com B.V.*, оказывающую услуги онлайн-бронирования отелей, на сумму 1,3 млрд руб. по факту злоупотребления доминирующим положением на российском рынке услуг. Установление фактов злоупотребления доминирующим положением компанией *Apple Inc.* повлекло назначение ей оборотных штрафов в размере 1,17 млрд руб. за действия по навязыванию разработчикам *iOS*-приложений невыгодных условий договора и 906 млн руб. — за ограничение приложений родительского контроля сторонних разработчиков.

Отсутствие в корпорации системы управления такими рисками не позволяет системно сохранять низкую вероятность нарушения антимонопольного законодательства в силу его сложности и зависимости от изменений регулирования других отраслей. Управление антимонопольными рисками приобретает особое значение для крупных холдингов, ведущих деятельность на нескольких товарных рынках в условиях гиперконкуренции, скорости и простоты информационного обмена⁴, а также активных слияний и поглощений: у таких игроков конкурентных рынков могут возникнуть сложности с идентификацией своих действий и действий конкурентов в качестве законных или нарушающих запреты и антимонопольные требования.

Наличие в структуре холдингов нескольких производителей, работающих на одном товарном рынке, порождает дополнительные риски признания антимонопольным регулятором их участия в конкурентных процедурах как координируемой в корпоративном центре, имеющей признаки сговора на торгах и потому незаконной и нарушающей конкуренцию деятельности.

Основываясь на регулировании рынка ценных бумаг, с 2004 года предусматривающего обязательное наличие в публичных обществах, чьи акции отвечают самым высоким требованиям биржи, системы внутреннего контроля и внутреннего аудита⁵, законодатель спустя 14 лет, в 2018 году, внес поправки в Закон об АО⁶,

⁴ «В борьбе с конкурентами правообладатель базируется на... союзах между производителями, поставщиками, партнерами по кооперации, торговыми посредниками и т.п. Гиперконкуренцию отличают также динамизм и агрессивность участников... И, наконец, что особенно важно, последствия состоявшейся гиперконкуренции на рынке создают серьезную угрозу развитию мировой экономики и экономики отдельных государств» (*Доронина Н.Г., Семилютин А.А., Цирина М.А. LegalTech: развитие научной деятельности и науки права // LEGALTECH в сфере предпринимательской деятельности: монография / отв. ред. И.В. Ершова, О.В. Сушкова. М., 2023. Раздел 1. § 1*).

⁵ Приложение 3 (п. 1.3 и 1.10) к Правилам листинга, допуска к размещению и обращению ценных бумаг в ЗАО «ФБ ММВБ» (утв. протоколом совета директоров ЗАО «ФБ ММВБ» от 06.08.2004 № 7, зарегистрированы ФСФР России 15.09.2004). URL: <https://fs.moex.com/files/257> (дата обращения: 20.06.2024). Также требования к элементам корпоративного управления, предусматривающим систему контроля, были впервые зафиксированы в России Кодексом корпоративного поведения (принят Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг в апреле 2002 года).

⁶ Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».



предусматривающие обязательное создание в *любом* публичном акционерном обществе (ПАО) системы управления рисками и внутреннего контроля, в том числе службы внутреннего аудита, подотчетной совету директоров (наблюдательному совету)⁷, — независимо от листинга (допуска) акций такого общества к организованным торгам.

Эталоном корпоративного управления обоснованно считается система, отвечающая требованиям организатора торгов на рынке ценных бумаг, предъявляемым к эмитентам, чьи акции включаются в высший (первый) котировальный список⁸. Необходимым условием для признания таковой является наличие в составе корпорации совета директоров, корпоративного секретаря и, как отмечено выше, системы управления рисками, внутреннего аудита и внутреннего контроля.

Корпоративный секретарь обязан, в частности, незамедлительно информировать совет директоров эмитента обо всех выявленных нарушениях законодательства (подп. 5 (б) ч. 1 п. 2.18 Приложения 2 к Правилам листинга Московской биржи⁹); комитет по аудиту эмитента — осуществлять контроль за надежностью и эффективно-

стью функционирования системы управления рисками и внутреннего контроля (подп. 2 (б)); а внутренний аудит — осуществлять оценку эффективности системы внутреннего контроля и управления рисками (подп. 8 (а), (б)).

Таким образом, деятельность ПАО будет соответствовать требованиям закона, если в нем сформированы система управления рисками, система внутреннего контроля и служба внутреннего аудита, а его совет директоров и комитет по аудиту (или риску) разрабатывают и утверждают внутренние документы, регламентирующие действие этих систем и служб, и контролируют их функционирование. Ни Закон об АО, ни Гражданский кодекс не дают определение и не раскрывают нюансы требований к указанным системам и службам, оставляя содержательное наполнение этих понятий предпринимательской практике.

Попробуем разобраться, относится ли антимонопольный комплаенс к обязательным элементам системы управления рисками ПАО и какие требования предъявляются регуляторами к такой системе, притом что антимонопольный комплаенс согласно Указу Президента от 21 декабря 2017 года № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» является обязательным только для государственных (муниципальных) органов, а не предпринимателей (ст. 9.1 Закона о защите конкуренции¹⁰).

В соответствии с разъяснениями Банка России¹¹ о порядке проведения оценки соблюдения принципов

⁷ См.: ст. 87.1 Закона об АО; письмо Банка России от 15.04.2019 № ИН-06-28/35 «О некоторых вопросах применения Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ „Об акционерных обществах“»; Информационное письмо Банка России от 01.10.2020 № ИН-06-28/143 «О рекомендациях по организации управления рисками, внутреннего контроля, внутреннего аудита, работы комитета совета директоров (наблюдательного совета) по аудиту в публичных акционерных обществах». Впервые упоминание об управлении рисками появилось именно применительно к фондовому рынку как наиболее интегрированному в мировую экономику, регулятор которого (Банк России) издал указание от 07.07.1999 № 603-У «О порядке осуществления внутреннего контроля за соответствием деятельности на финансовых рынках законодательству о финансовых рынках в кредитных организациях». В этом документе впервые упоминается заимствованное из иностранной профессиональной терминологии слово «комплаенс». Полномочия по формированию методологии управления рисками и внутреннего контроля закреплены за Банком России Федеральным законом от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном Банке (Банке России)».

⁸ Акции из высшего (первого) котировального списка фондовой биржи представляя собой наиболее надежный низкорисковый инструмент инвестирования, доступный неквалифицированным розничным инвесторам. Эмитентами таких акций являются финансово устойчивые надежные корпорации, обладающие значительным стратегическим потенциалом развития и высококвалифицированным персоналом, и, как правило, управляющие группой подконтрольных компаний, образующих холдинговую структуру.

⁹ См.: <https://fs.moex.com/files/257> (дата обращения: 20.06.2024).

¹⁰ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

¹¹ Приложение 2 к письму Банка России от 27.12.2021 № ИН-06-28/102 «О раскрытии в годовом отчете публичного акционерного общества отчета о соблюдении принципов и рекомендаций Кодекса корпоративного управления» (вместе с Рекомендациями по составлению отчета о соблюдении принципов и рекомендаций Кодекса корпоративного управления). Несмотря на то, что документы Банка России в форме писем и методических рекомендаций носят информационный, формально необязательный характер, они имеют, безусловно, важное значение для применения положений, сформулированных общими фразами, как эмитентами, так и регулятором, проверяющим соответствие деятельности эмитента обязательным требованиям. Обязательность «рекомендаций» реализуется через право Банка России выдавать эмитентам обязательные для исполнения предписания и норму ч. 9 ст. 19.5 КоАП РФ, предусматривающую административную ответственность корпораций за неисполнение законного предписания Банка России. Кроме того, такой подход формирует ту самую практику «обычных условий гражданского оборота», которые упоминаются применительно к ответственному поведению членов органов управления в п. 1 ст. 53.1 ГК

корпоративного управления, изложенных в Кодексе корпоративного управления, эмитент обязан публиковать в годовом отчете информацию, подтверждающую функционирование в корпорации системы управления рисками. Банк России считает такое требование исполненным, если **принципы и подходы** к организации системы управления рисками и внутреннего контроля в обществе **определены советом директоров** и закреплены во внутренних документах общества, определяющих политику в области управления рисками и внутреннего контроля, а также если в отчетном периоде совет директоров **утвердил** (пересмотрел) приемлемую величину рисков (**риск-аппетит**) общества либо комитет по аудиту и (или) комитет по рискам (при наличии) рассмотрел целесообразность вынесения на рассмотрение совета директоров вопроса о пересмотре риск-аппетита общества (п. 2.1.3). Кроме того, необходимо, чтобы в отчетном периоде в рамках проведения внутреннего аудита была **дана оценка надежности и эффективности** системы управления рисками и внутреннего контроля (п. 5.2.2).

ФАС России понимает антимонопольный комплаенс как систему внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства: по мнению Службы, *он представляет собой систему правовых и организационно-управленческих мер, предусмотренных внутренним актом (актами) лица, которые направлены на соблюдение требований антимонопольного законодательства и предупреждение его нарушения*¹².

Внедрение системы антимонопольного комплаенса предполагает принятие компанией соответствующего внутреннего акта (актов). Последний в порядке, установленном ч. 5 ст. 9.1 Закона о защите конкуренции, целесообразно направить в ФАС России для получения мотивированной позиции антимонопольного органа и тем самым уверенности корпорации в соответствии ее внутренней документации требованиям антимонопольного законодательства, в том числе в наличии всех обязательных элементов.

РФ. См., напр.: постановление АС Северо-Западного округа от 11.10.2022 № Ф07-15941/2022 по делу № А52-6237/2021.

¹² Разъяснение ФАС России от 02.07.2021 № 20 «О системе внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 02.07.2021 № 4). См. также: <https://fas.gov.ru/pages/antimonopolnyj-komplaens> (дата обращения: 20.06.2024).

Несмотря на отсутствие в определении антимонопольного комплаенса слов «риск» и «контроль», он представляет собой именно документарно описанную систему управления рисками наступления неблагоприятных последствий нарушения обязательных требований, предполагающую в том числе контроль за бизнес-процессами, направленными на недопущение нарушений, выявление признаков возможных нарушений и недопущение возникновения последствий нарушений.

В силу ст. 53.1 ГК РФ и ст. 71 Закона об АО совет директоров и органы управления корпорации несут ответственность за причинение вреда корпорации своими неразумными и недобросовестными действиями. Неразумность, в частности, презюмируется, если орган управления не соблюдает обязательные для корпорации требования и процедуры. Поскольку Закон об АО и регулятор требуют от ПАО разработать и утвердить локальный акт, устанавливающий порядок выявления и оценки рисков, ежегодного определения риск-аппетита, но не конкретизируют ни содержание такого акта, ни перечень рисков и процедур, необходимо применить логический и системный подход для смыслового наполнения законодательного требования.

Так, Банк России в своих рекомендациях по построению системы управления рисками¹³ отмечает, что при проверке соответствия такой системы обязательным требованиям аудиторю следует обращать внимание на то, ведет ли совет директоров *мониторинг наиболее существенных рисков, которым подвержено общество* (таковой предполагает выявление тех рисков, которым подвержена корпорация), а также предусмотрена ли в обществе *процедура предварительной оценки рисков в отношении новых проектов, продуктов, услуг, бизнес-линий, рынков*.

Поскольку в Законе о защите конкуренции упоминается применение риск-ориентированного подхода, а у корпораций существует возможность получить подтверждение ФАС о соответствии их системы антимонопольного комплаенса требованиям закона, отсутствие во внутреннем документе по управлению рисками непосред-

¹³ Перечень вопросов для оценки организации обществом управления рисками, внутреннего контроля, внутреннего аудита в целях определения подхода к внедрению рекомендаций. Приложение 1 к Информационному письму Банка России от 01.10.2020 № ИН-06-28/143.



ственно антимонопольных рисков не позволит признать действия совета директоров, не обеспечившего создание и функционирование системы антимонопольного комплаенса, разумными и соответствующими обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску. И наоборот: утверждение советом директоров ПАО, во исполнение требований Закона об АО, внутреннего акта об управлении рисками и карты-рисков, содержащих указание на управление антимонопольными рисками, позволяет корпорации:

— доказать, что обществом были приняты все предусмотренные законом меры для соблюдения антимонопольных требований. В теории это может служить подтверждением разумности действий управленцев, освободить компанию от административной ответственности с учетом положений ч. 2, 4 ст. 2.1 КоАП РФ¹⁴ или снизить наказание за счет наличия смягчающих обстоятельств (вследствие прекращения и устранения последствий нарушения обязательных требований системой антимонопольного комплаенса);

— требовать освобождения от административной ответственности или назначения минимального штрафа в случае самостоятельного заявления в ФАС России о допущенном нарушении при выявлении корпорацией факта заключения антиконкурентного соглашения (согласованных действий);

— снизить число плановых проверок антимонопольного органа (за счет увеличения периода проверки с 3 до 5 лет) или вообще избежать таких проверок¹⁵.

Соответственно, построение системы предотвращения нарушений антимонопольного законодательства со стороны хозяйствующих субъектов на основе системы управления антимонопольными рисками не только полезно для устойчивости бизнеса¹⁶, но и является неотъемлемой частью корпоративной системы управления рисками и внутреннего контроля, обязательной

для ПАО ввиду значимости управления данным видом рисков для достижения его уставных целей.

Действующая, а не формальная система управления рисками минимизирует также риски личной имущественной ответственности членов органов управления за причинение обществу ущерба своими неразумными и недобросовестными действиями¹⁷. Поэтому необходимо выявить также те универсальные требования, исполнение которых является достаточным и разумным для корпорации с точки зрения баланса затраченных ресурсов и полученного эффекта¹⁸.

На уровне Верховного Суда РФ пока не сформировалась практика по освобождению компании от административной ответственности на основании положений ч. 4 ст. 2.1 КоАП РФ, т.е. в связи с принятием компанией всех предусмотренных законодательством мер для соблюдения антимонопольного законодательства. Высший судебный орган ориентирует на применение данной нормы КоАП РФ исключительно в случаях до-

¹⁴ См., напр.: Определения ВС РФ от 30.08.2023 № 309-ЭС23-7490, от 29.09.2023 № 306-ЭС23-10062, от 13.12.2023 № 309-ЭС23-14677, от 26.12.2023 № 309-ЭС23-17058.

¹⁵ См.: Разъяснение ФАС России от 02.07.2021 № 20 «О системе внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 02.07.2021 № 4).

¹⁶ См.: *Абрамов В.Ю.* Руководство по применению комплаенс-контроля в различных сферах хозяйственной деятельности: практическое пособие. М., 2020.

¹⁷ Анализ правоприменительной практики (Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»; Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств») позволяет нам утверждать, что наложение на организацию штрафа за нарушение законодательства, при наличии требования закона создать систему мер, направленных на предотвращение такого нарушения, свидетельствует о неразумных действиях членов органов управления, что формирует признаки виновных действий за причинение ущерба организации, выразившегося в выплаченном административном штрафе. Так, Определением ВС РФ от 29.05.2018 по делу № А45-11859/2017 признано законным требование о взыскании убытков с бывшего руководителя, бездействие которого повлекло привлечение компании к административной ответственности в виде штрафа (аналогичные выводы см.: Определение ВС РФ от 26.10.2018 по делу № А40-125133/2017, от 22.05.2018 по делу № А32-6519/2017). Также известны случаи взыскания с работников корпорации расходов, понесенных ею в связи с привлечением к административной ответственности, см., напр.: апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 07.09.2016 по делу № 33-16562/2016.

¹⁸ Аналогичный вывод см. у А.Н. Варламовой, указывающей, что «целью комплаенс-системы должен являться расчет грани между тем, когда антимонопольный риск является оправданным и когда он может нанести хозяйствующему субъекту ущерб» (*Варламова А.Н.* Правовые средства осуществления антимонопольного комплаенса // Конкурентное право. 2019. № 1).

казанного принятия компаниями всех мер для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность. По мнению многих авторов¹⁹, негативный правоприменительный опыт при разумном применении инструментов комплаенса переносит заявления государства о важности повсеместного внедрения комплаенса и риск-ориентированного подхода в категорию декларативных, не обеспеченных реальным интересом государства в стимулировании бизнеса предотвращать нарушения и минимизировать их последствия, если они совершены.

Вместе с тем при наличии не бумажной, а действующей системы антимонопольного комплаенса снижение риска нарушения антимонопольного законодательства и доказывание обоснованности применения ч. 4 ст. 2.1 КоАП РФ являются вполне реальной задачей²⁰, равно как и защита членов органов управления корпорации от рисков признания их действий неразумными по смыслу положений ст. 53.1 ГК РФ в случае причинения ущерба корпорации антимонопольными штрафами и ограничениями²¹.

Поскольку согласно Закону об АО система управления рисками, внутреннего контроля и внутреннего аудита как часть корпоративного управления подчинена совету директоров, возникают вопросы о распределении **полномочий в части формирования и функционирования системы антимонопольного комплаенса между советом директоров и исполнительными органами ПАО**, об элементах системы корпоративного управления, инте-

грированных в систему антимонопольного комплаенса, и об ответственности органов управления корпорации за нарушение антимонопольного законодательства.

Обязательными элементами системы антимонопольного комплаенса, в соответствии с требованиями ч. 2 ст. 9.1 Закона о защите конкуренции и согласно рекомендациям ФАС²², являются: наличие ответственного должностного лица, внедренные в корпорации процедуры оценки антимонопольных комплаенс-рисков, мероприятия по управлению такими рисками, процедуры контроля за функционированием комплаенса и процедуры ознакомления работников с документами, регулирующими антимонопольный комплаенс.

Ответственное за антимонопольный комплаенс лицо организует совместно с владельцами рисков (ответственными за бизнес-процессы лицами) работу по выявлению и оценке антимонопольных рисков с точки зрения как возможного ущерба для корпорации, так и вероятности наступления негативных последствий, формируя показатели риск-аппетита, карту антимонопольных рисков и планы мероприятий по управлению указанными рисками на конкретный отчетный период (например, год²³) с учетом деятельности корпорации и стоящих перед бизнес-подразделениями задач.

Контроль за функционированием системы антимонопольного комплаенса обеспечивается постоянным мониторингом, ежегодным утверждением отчета о ее функционировании (в том числе в составе подконтрольной совету директоров системы внутреннего контроля и управления рисками), установлением ключевых показателей соблюдения антимонопольного законодательства, отнесением антимонопольных рисков в состав критических рисков и нарушающих риск-аппетит (приемлемый уровень риска).

¹⁹ См.: *Есаков Г.А.* Комплаенс и предотвращение рисков уголовной и административной ответственности // Закон. 2021. № 5; *Овчарова Е.В.* Способы обеспечения эффективности административного принуждения в механизме правового регулирования налогообложения и сборов // Административное право и процесс. 2019. № 12; *Макарова О.А.* Корпоративный комплаенс: как много в этом слове... // Предпринимательское право. 2021. № 1.

²⁰ Например, после анализа повышения цен в связи с необходимостью модернизации производственных мощностей ПАО «Уралкалий», занимающего доминирующее положение на рынке карналлита обогащенного, ФАС России прекратила дело о нарушении антимонопольного законодательства в связи с отсутствием в действиях компании нарушения и с учетом того, что цены были установлены после проведения комплаенс-процедур. См.: *Абдульменов А., Пружанский В.* Процедура комплаенса при установлении цен: случай из практики // Конкуренция и право. 2015. № 5.

²¹ О связи системы комплаенса как системы управления рисками с ответственностью менеджмента по ст. 53.1 ГК РФ см.: *Попондопуло В.Ф., Петров Д.А.* Антимонопольный комплаенс: современное состояние и перспективы // Арбитражные споры. 2019. № 2.

²² Разъяснение ФАС России от 02.07.2021 № 20 «О системе внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства» (утверждено протоколом Президиума ФАС России от 02.07.2021 № 4).

²³ В соответствии с Информационным письмом Банка России от 01.10.2020 № ИН-06-28/143) *заявления о риск-аппетите целесообразно формулировать исходя из целей общества, в том числе на очередной период бизнес-планирования, среднесрочную или долгосрочную перспективу, т.е. на финансовый год, на пять лет в рамках среднесрочного планирования и более длительный период долгосрочного планирования, если это обоснованно.*



Таким образом, комплексное толкование обязательных требований антимонопольного регулирования, Закона об АО в части деятельности публичных обществ и актов Банка России о функционировании системы управления рисками, внутреннего контроля, внутреннего аудита, а также о деятельности корпоративного секретаря и полномочиях совета директоров и комитета по аудиту (рискам) позволяет утверждать, что:

- 1) антимонопольный комплаенс является частью системы корпоративного управления рисками публичного общества и является обязательным для ПАО;
- 2) совет директоров является уполномоченным органом по утверждению внутреннего акта (актов) об антимонопольном комплаенсе (например, Положения об антимонопольном комплаенсе), в котором в соответствии с требованиями ФАС должны быть определены: должностное лицо, ответственное за обеспечение антимонопольного комплаенса; требования к порядку проведения оценки антимонопольных комплаенс-рисков; меры по снижению антимонопольных комплаенс-рисков; меры по контролю за функционированием антимонопольного комплаенса; описан порядок оздоровления работников хозяйствующего субъекта с актом об антимонопольном комплаенсе²⁴;
- 3) совет директоров (а до него комитет по аудиту или рискам при его наличии) ежегодно в рамках мониторинга функционирования системы управления рисками рассматривает соответствующий отчет ответственного за антимонопольный комплаенс должностного лица с учетом позиции внутреннего аудитора²⁵ о достоверности отчета и дает ему оценку, принимает решение о включении антимонопольных рисков в состав карты критических рисков;
- 4) корпоративный секретарь незамедлительно информирует совет директоров о фактах реализации

антимонопольного риска на основании полученной от ответственного за комплаенс лица информации (или если сам является ответственным лицом). Также корпоративный секретарь обеспечивает своевременное вынесение на уполномоченный комитет и совет директоров материалов, касающихся утверждения и актуализации внутреннего акта (актов) об антимонопольном комплаенсе, об утверждении карты критических и стратегических рисков и риск-аппетите с включением в них антимонопольных рисков, об отчете о функционировании системы управления рисками, в том числе с учетом антимонопольного комплаенса;

5) утверждение карты антимонопольных рисков, плана мероприятий, установление показателей эффективности не обязательно должны входить в полномочия совета директоров и (или) уполномоченного комитета, поскольку за советом директоров как стратегическим органом управления законом закреплена задача обеспечения функционирования всей системы управления рисками и контроля за ее эффективностью. Соответственно, операционные задачи управления рисками логично возложить либо на исполнительный орган, либо на иное уполномоченное лицо, равноудаленное от владельцев рисков, во избежание конфликта интересов. Определение уполномоченного лица и должностного лица, ответственного за антимонопольный комплаенс, и их полномочий должно быть отражено в утверждаемом советом директоров внутреннем акте (актах) об антимонопольном комплаенсе.

Выполнение ответственным за антимонопольный комплаенс должностным лицом своих полномочий по обеспечению функционирования системы комплаенса в рамках корпоративного управления и прозрачных корпоративных процедур обеспечивает его независимость от подразделений — владельцев рисков. Подотчетность совету директоров повышает важность данного процесса, качество подготовки карты рисков и оценки возможных последствий реализации таких рисков.

²⁴ См.: Основные требования к акту об антимонопольном комплаенсе. URL: <https://fas.gov.ru/pages/antimonopolnyj-komplaens/osnovnyye-trebovaniya-k-aktu-ob-antimonopolnom-komplaense> (дата обращения: 20.06.2024).

²⁵ В соответствии с п. 2 ст. 87.1 Закона об АО для оценки надежности и эффективности управления рисками и внутреннего контроля в публичном обществе должен осуществляться внутренний аудит. Согласно Информационному письму Банка России от 01.10.2020 № ИН-06-28/143) внутренний аудит осуществляет оценку надежности и эффективности управления рисками и внутреннего контроля и предоставление рекомендаций по ее совершенствованию.

Система антимонопольного комплаенса призвана обеспечить, чтобы каждый работник — от руководителей до рядового специалиста — понимал свою роль и действовал с целью соблюдения компанией антимонопольного законодательства. Именно поэтому ФАС России называет информирование персонала одним из важнейших обязательных элементов системы предотвращения нарушений. Информирование на регулярной основе осуществляется посредством обучения, ин-

структажа сотрудников и обмена лучшими практиками, которые корпорация обязана включить в состав мер, направленных на недопущение реализации рисков.

В этих целях разрабатывается система обучающих мероприятий по вопросам соблюдения антимонопольного законодательства и приверженности комплаенс-культуре, обеспечивается проверка знаний, проводится инструктаж новых работников по вопросам системы антимонопольного комплаенса, формируются каналы связи для информирования о признаках нарушений или возможных нарушениях антимонопольного законодательства (например, «горячая линия»), проводятся открытые дискуссии, конференции и олимпиады.

Описание во внутренних документах процедур и процессов, корпоративная рамка²⁶ и четкое распределение ролей и ответственности работников корпорации позволяют минимизировать риски нарушений законодательства в тех сферах, где в силу незначительной правоприменительной практики и правовых лагун пока сохраняется большая неопределенность. Рассмотрим на примерах, как именно совет директоров может минимизировать и управлять наиболее распространенными, но сложными в интерпретации антимонопольными рисками, такими как злоупотребление доминирующим положением (ст. 10 Закона о защите конкуренции) и нарушения при проведении торгов, наиболее тяжкими из которых являются картельные соглашения на торгах, приводящие или способные привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах (п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Хозяйствующий субъект, обладающий доминирующим положением на товарном рынке, свободен в осуществлении экономической деятельности и вправе конкурировать с иными хозяйствующими субъектами, действующими на том же рынке, в том числе предлагать экономически эффективные для него условия до-

говора. Антимонопольный запрет установлен только на случаи *злоупотребления* доминирующим положением. Именно в части определения грани, разделяющей добросовестное поведение и злоупотребление, возникают вопросы в правоприменительной практике. Верховный Суд РФ²⁷, закладывая принцип разграничения гражданско-правовых и антимонопольных споров, обращает внимание на то, что наряду с установлением признаков злоупотребления следует учесть возможность совершения хозяйствующим субъектом определенных действий (бездействия), в том числе недобросовестных по отношению к своим контрагентам (потребителям) в отсутствие доминирующего положения на рынке.

Наличие у компании статуса хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, само по себе не означает, что любое несоблюдение им требований действующего законодательства свидетельствует о ведении монополистической деятельности, запрещенной ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. Иной подход не соответствовал бы предмету и целям правового регулирования, определенным в Законе о защите конкуренции²⁸.

Подходы Верховного Суда РФ к оценке нарушения запретов на злоупотребление доминирующим положением не расширяют пределы допустимого поведения, но в то же время ориентируют суды на то, что при оценке наличия признаков злоупотребления доминирующим положением следует принимать во внимание законные интересы соответствующего субъекта, которые вправе преследовать любой участник рынка вне зависимости от его положения на рынке.

Соответственно, для определения того, действовал ли субъект добросовестно или злоупотреблял своим положением, необходимо выявить признаки добросовестного поведения применительно к конкретному виду деятельности корпорации, определить границы его полномочий и интересов, границы прав и интересов иных субъектов, целеполагание участников рассматриваемого события²⁹. Поскольку мы имеем дело с юри-

²⁶ Корпоративной рамкой (*corporate frame*) автор предлагает считать систему принципов, правил, подходов, процедур и убеждений, принятых в корпорациях для соблюдения всеми работниками и управленцами, направленных на долгосрочное устойчивое развитие, а также прозрачное, законное, прогнозируемое поведение корпорации и ее сотрудников в строгом соответствии с законодательством и лучшими корпоративными практиками. Корпоративная рамка включает в себя несколько компонентов: систему корпоративного управления, стратегию и планирование, социальную ответственность, корпоративную культуру и этику, комплаенс.

²⁷ См.: п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

²⁸ Определение ВС РФ от 04.06.2021 № 309-ЭС21-119 по делу № А60-37315/2019.

²⁹ Например, Арбитражный суд Центрального округа расценил поведение доминирующего хозяйствующего субъекта, связанное с ущемлением интересов контрагента, граждан-



дическими лицами и действующими от их имени и в их интересах физическими лицами, целеполагание, волю и намерение юридического лица, занимающего доминирующее положение, можно выявить исключительно из существа принимаемых им формализованных решений, его внутренних нормативных документов, включая должностные инструкции работников, из формализованных рутинных операций, автоматизированных корпоративных систем, сложившейся практики.

При таком подходе для доказывания в суде своего добросовестного поведения корпорация должна представить сразу несколько письменных доказательств, отражающих осознанное и законное поведение представителей всех уровней управления корпорацией:

— документы, утвержденные советом директоров как стратегическим органом управления корпорации: стратегию и планы работы на соответствующий период (бизнес-план, ключевые показатели эффективности, карту рисков), внутренние документы, закрепляющие прозрачные и законные процедуры закупочной и торговой деятельности (правила торговой практики³⁰), положение об антимонопольном комплаенсе, корпоративные стандарты, регулирующие ключевые аспекты деятельности;

— документы, подтверждающие предварительную экспертизу (внутреннее согласование подразделений корпорации) соответствующих действий или отказов от их совершения, направленные на соблюдение законных интересов своих клиентов и контрагентов. Процедуры, обеспечивающие проведение экспертизы и принятия решений, должны быть описаны, утверждены исполнительным органом корпорации и доведены до сведения применяющих их сотрудников, а в отношении закупочной деятельности — и до участников торговых процедур. В частности, правила отказа контрагенту в допуске к торгам (заключению договора) должны быть понятными, прозрачными, а требования, предъявляемые к участникам торгов (контрагентам), — законными и исполнимыми³¹.

ско-правовым спором, не свидетельствующим о нарушении антимонопольного запрета (постановление от 06.12.2022 по делу № А35-7930/2019).

³⁰ См.: Разъяснение Президиума ФАС России № 5 «Оценка допустимости способов ведения бизнеса субъектами, занимающими доминирующее положение на рынке» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 24.02.2016 № 4).

³¹ См., напр.: определение АС г. Москвы от 28.07.2011 по делу № А40-148956/10-92-998.

Единообразного применения правил и понимания цели и задач можно достичь исключительно за счет фиксации показателей, описания процедур и корректной их экспертизы на уровне корпорации с соответствующим закреплением в ее обязательных документах.

Поскольку правила торговой практики для субъекта, занимающего доминирующее положение, являются тем самым документом, который позволяет провести границу между злоупотреблением и здоровой коммерческой практикой, представляется обоснованным признать такой документ частью антимонопольного комплаенса³². Это укладывается в логику сложившейся практики утверждения правил торговой практики (закупочной деятельности) советом директоров корпорации.

Утверждение соответствующих документов советом директоров не только придает им особую важность, но и обеспечивает проверку их применения через инструменты внутреннего аудита.

С 1 сентября 2023 года вступило в силу дополнение к ч. 7 ст. 11 Закона о защите конкуренции, согласно которому запрет на повышение, снижение или поддержание цен на торгах распространяется на компании, входящие в одну группу лиц. Ранее под него не попадали компании, если одной из них в отношении другой был установлен контроль либо если такие компании находились под контролем одного лица (ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

В настоящее время компании-конкуренты, входящие в одну группу лиц, не имеют иммунитета от запрета, установленного п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Действующее законодательство, с учетом судебной практики³³, не запрещает им участвовать в одних и тех же торгах, но их участие должно быть обеспечено на основе конкурентной борьбы. Поведение указанных компаний не должно приводить к реализации единой

³² Д.М. Ашфа считает торговые политики частью антимонопольного комплаенса и также приходит к выводу, что содержание системы антимонопольного комплаенса выражается в организационно-управленческих и правовых мерах, направленных на соблюдение антимонопольного законодательства и предупреждение его нарушения (*Ашфа Д.М.* Правовое обеспечение системы антимонопольного комплаенса хозяйствующего субъекта: дискуссия продолжается // Юрист. 2021. № 8).

³³ См.: Постановление КС РФ от 30.03.2023 № 12-П; п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2.

стратегии по повышению (снижению) цен на торгах в целях извлечения выгоды.

Антимонопольное законодательство запрещает хозяйствующим субъектам вступать в сговор при участии в торгах с целью нарушения механизма торгов — повышения, снижения или поддержания цен на торгах вследствие соглашения нескольких участников торгов, направленных на обеспечение победы в торгах одного из них и (или) исключение возможности победы на торгах иных субъектов, не являющихся участниками соглашения³⁴. При этом пассивное поведение одного из участников торгов либо отказ от участия в торгах после подачи заявки сами по себе не являются следствием участия в ограничивающем конкуренцию соглашении на торгах³⁵.

Хозяйствующие субъекты самостоятельно определяют свое экономическое поведение на торгах с учетом собственных интересов и ценовой политики; отказ от конкурентной борьбы может быть обусловлен различными обстоятельствами, в том числе целями исключения риска негативных последствий для их деятельности в случае отказа от заключения контракта или его неисполнения, применения к ним мер ответственности, включая публично-правовые³⁶. Однако это не означает, что при участии в торгах компании-конкуренты, входящие в одну группу лиц, могут реализовать стратегию добровольного отказа от конкурентной борьбы, в том числе имитировать конкуренцию между собой в целях воспрепятствования участию в торгах реальных конкурентов³⁷. Верховный

Суд РФ указал³⁸: для выявления картеля требуется доказать, что несколько хозяйствующих субъектов намеренно следовали общему плану поведения (преследовали единую противоправную цель), позволяющему извлечь выгоду из недопущения (ограничения, устранения) конкуренции на товарном рынке. Тем не менее сама по себе схожесть или даже координация действий конкурентов не является основанием для вывода о наличии между ними ограничивающего конкуренцию соглашения.

Управлять таким сложным риском в рамках деятельности группы лиц, предполагающей выявление воли и намерения нескольких лиц, практически невозможно без единой сквозной системы антимонопольного контроля, принципы, процедуры и методы которой должны быть единообразно интегрированы в деятельность каждого субъекта, входящего в группу.

Внедрить правила, хеджирующие риски контролирующего лица и его членов органов управления и объясняющие цели и задачи, законный характер принимаемых решений, возможно посредством внесения представителем контролирующего лица инициативы в повестку соответствующего органа управления подконтрольного лица (совета директоров, собрания акционеров или участников, решения единственного акционера или участника) о принятии в последнем внутренних актов и положений, предписывающих выполнение определенных действий: назначение ответственного лица, проведение регулярного информирования персонала, выявление, оценку и фиксацию рисков, сопровождающих деятельность подконтрольного лица, формирование плана мероприятий по снижению вероятности реализации выявленных рисков, ежегодную оценку качества и эффективности проведения всех запланированных мероприятий и анализ сложившейся за отчетный период практики нарушений и их последствий.

Система процедур, направленных на выявление конкретных рисков нарушения правил проведения торгов, также должна быть интегрирована во внутренние правила подготовки и участия подконтрольных лиц в торгах. Учитывая, что сделки, заключаемые на торгах, могут выходить за границы полномочий единоличного исполнительного органа в силу необходимости соблюдать правила одобрения крупных сделок и сделок

³⁴ См.: Определение ВС РФ от 06.06.2023 № 304-ЭС22-27912 по делу № А45-28299/2020.

³⁵ См.: абз. 4 п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2.

³⁶ См., напр.: ВС РФ от 28.09.2023 № 304-ЭС23-13688 по делу № А02-883/2022. В 2022 году УФАС по Республике Алтай признало компании — участники электронных аукционов нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. УФАС использовало стандартный набор косвенных доказательств для доказывания картеля: минимальное снижение, общий IP-адрес, схожие названия файлов, идентичные заявки. Однако суд кассационной инстанции заключил, что даже использование общей инфраструктуры и наличие между участниками общих кадровых и финансовых связей не свидетельствует о наличии картеля. Законодательство не запрещает взаимодействие субъектов в общей выгоде. См. также: постановления АС Западно-Сибирского округа от 26.09.2022 по делу № А75-15962/2020; АС Волго-Вятского округа от 18.10.2021 по делу № А28-11809/2019.

³⁷ См., напр.: решение АС Новосибирской области от 19.01.2024 по делу № А45-32427/2023, которым признано наличие картеля на торгах вследствие реализации стратегии добровольного отказа от конкурентной борьбы.

³⁸ Постановление Пленума ВС РФ от 04.03.2021 № 2.



с заинтересованностью, процедуры контроля и оценки законности деятельности подконтрольных лиц также ложатся непосредственно на членов органов управления (совета директоров), которыми, как правило, являются представители контролирующего акционера. В таких случаях наличие системы антимонопольного комплаенса, принятого советом директоров (в его отсутствие — вышестоящим органом) подконтрольных лиц, участвующих в торгах на конкурентной основе, хеджирует не только риски самого юридического лица, но и членов его органов управления, отвечающих лично за причиненные обществу убытки в соответствии с требованиями ст. 53.1 ГК РФ и ст. 71 Закона об АО.

Таким образом, система антимонопольного комплаенса является частью эталонного корпоративного управления, поддерживаемая элементами корпорации: советом директоров, корпоративным секретарем, подразделением (службой) внутреннего аудита и системой управления рисками и внутреннего контроля. Исполнительные органы (правление или дирекция, единоличный исполнительный орган, управляющая компания) обеспечивают реализацию процедур рутинной оценки, экспертизы (комплаенса) и применения тех правил, подходов и принципов, которые зафиксированы советом директоров, раскрывая и детализируя их в форме инструкций, положений и порядков, утвержденных приказами, распоряжениями и протоколами. Формирование системы антимонопольного комплаенса является обязанностью совета директоров, а ее эффективное функционирование как часть общей системы управления рисками и внутреннего контроля — предметом исполнения всеми работниками и объектом проверки и контроля со стороны совета директоров. 

The Role of the Board of Directors of a Public Joint Stock Company in Antitrust Risk Management

The board of directors, as a strategic management body, exercising general management of the corporation's activities and monitoring the activities of executive bodies, is responsible for its dishonest and unreasonable actions, including if its actions or inactions did not correspond to the usual conditions of civil turnover or normal business risk. Therefore, it is not surprising that the legislation gives the Board of Directors of a public joint stock company the authority to

create an effective risk management system. How do his powers and responsibilities in this area relate to the powers and responsibilities of the executive bodies of the company? This issue is especially important due to the active encouragement of entrepreneurs by the state to apply a risk-based approach in their activities.

Keywords: board of directors, risk management, internal control, compliance, antitrust compliance, antitrust risks, corporate governance, public joint stock company

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Tamara A. Merebashvili

Member of the Management Board, Head of the Corporate and Property Relations Centre of PJSC Inter RAO, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: tmerebashvili@mail.ru)

REFERENCES

Abdulmenov, A. and Pruzhanskiy, V. "The compliance procedure when prices are set: a case study" [*Protседura komplayensa pri ustanovlenii tsen: sluchay iz praktiki*]. Competition and Law [*Konkurentsiya i pravo*]. 2015. No. 5.

Ashfa, D.M. "The legal support of the system of antimonopoly compliance of a business entity: the discussion continues" [*Pravovoye obespecheniye sistemy antimonopol'nogo komplayensa khozyaystvuyushchego sub'yekta: diskussiya prodolzhayetsya*]. Jurist [*Yurist*]. 2021. No. 8.

Doronina, N.G., Semilyutina, N.G. and Tsirina, M.A. "Section 1. § 1. LegalTech: development of scientific activity and science of law" [*Razdel 1. § 1. LegalTech: razvitiye nauchnoy deyatel'nosti i nauki prava*], in: Ershova, I.V. and Sushkova, O.V. (eds.). LEGALTECH in the sphere of entrepreneurial activity: A monograph [*LEGALTECH v sfere predprinimatel'skoy deyatel'nosti: monografiya*]. Moscow, 2023.

Esakov, G.A. "Compliance and Prevention of Risks of Criminal or Administrative Liability" [*Komplayens i predotvrashcheniye riskov ugovnoy i administrativnoy otvetstvennosti*]. Statute [*Zakon*]. 2021. No. 5.

Makarova, O.A. "Corporate compliance: How much within that word there lies" [*Korporativnyy komplayens: kak mnogo v etom slove...*]. Entrepreneurial Law [*Predprinimatel'skoye pravo*]. 2021. No. 1.

Ovcharova, E.V. "Means of ensuring efficiency of administrative coercion in the mechanism of legal regulation of taxation and levies" [*Sposoby obespecheniya effektivnosti administrativnogo prinuzhdeniya v mekhanizme pravovogo regulirovaniya nalogo-oblozheniya i sborov*]. Administrative Law and Procedure [*Administrativnoye pravo i protsess*]. 2019. No. 12.

Popondopulo, V.F. and Petrov, D.A. "Antitrust Compliance: Current State and Prospects" [*Antimonopol'nyy komplayens: sovremennoye sostoyaniye i perspektivy*]. Commercial Disputes [*Arbitrazhnyye spory*]. 2019. No. 2.

Varlamova, A.N. "Legal means of performance of antimonopoly compliance" [*Pravovyye sredstva osushchestvleniya antimonopol'nogo komplayensa*]. Competition Law [*Konkurentnoye pravo*]. 2019. No. 1.



**СЕРГЕЙ ГЕННАДЬЕВИЧ
ПЕПЕЛЯЕВ**

управляющий партнер
«Пепеляев Групп»,
доцент юридического
факультета МГУ имени
М.В. Ломоносова,
кандидат юридических
наук, адвокат

ПРОГРЕССИВНАЯ МИСТИФИКАЦИЯ

Статья посвящена правовым условиям введения прогрессивной шкалы ставок налога на доходы физических лиц. Нет строго научного обоснования прогрессивной шкалы. Споры о прогрессии имеют идеологический характер, а ставки всегда произвольны. Однако можно четко определить, какие инструменты и подходы, применяемые при правовом конструировании прогрессии или совместно с прогрессией, не соответствуют общим конституционно-правовым принципам налогообложения и, следовательно, недопустимы. В статье раскрываются вопросы уравнительного налогообложения, необлагаемого минимума, обложения семьи, инфляционного налога и др.

***Ключевые слова:** налог на доходы, прогрессивное налогообложение, инфляционный налог, семейное налогообложение, необлагаемый минимум, социальные вычеты, стандартный вычет, уравнительное налогообложение, перераспределение доходов*

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-116-125

Как мало-помалу поглощает пищу пиявка, теленок и пчела, так мало-помалу царем должен быть получаем со страны ежегодный налог.

Законы Ману, Индия, II век до н.э., глава VII, п. 129

Идея прогрессивного налогообложения богатств очень стара, но за тысячи лет не появилось ни одной теории, дающей надежные данные о правильной величине ставок и базах доходов, к которым эти ставки должны применяться.

Спектр концепций широк — от романтической «теории равенства жертвы», основанной на библейской притче о лепте бедной вдовы, до фундаментальной «теории опережающего роста платежеспособности», предложенной американ-

ским экономистом Э. Селигменом. Однако на самом деле эти теории выступают только идеологическим основанием прогрессии, поскольку не предлагают никаких инструментов или методов точного измерения платежеспособности в целях градации ставок. Скажем: какой может быть максимальная ставка, на каком уровне налога заканчивается капиталистическая формация и начинается уравнительный социализм? Никто не отвечает на эти вопросы.

Но концепции задают два смысловых вектора: «пусть бедным будет легче» или «пусть богатым будет хуже». Они и определяют построение моделей прогрессивного налога.

Один из ранних примеров прогрессии — налоговая реформа Солона (VI в. до н.э.). Солон, входящий в круг семи мудрецов Древней Греции, объяснял прогрессивность так: чем меньше доход, тем меньшую его долю государство может забрать. По общему правилу налог на богатство взимался по ставке 2%, но у бедных облагалась лишь его небольшая часть. Все должны платить налоги, однако бедные меньше.

В противоположность этому в конце XIX века — периоде активного расцвета социалистических теорий и движений — прогрессия стала рассматриваться как инструмент классовой борьбы и панацея от засилья косвенных налогов, сдерживающих промышленное развитие и перелагающих тяжесть налогообложения на бедные слои. Вождь пролетариата писал, что «требование социал-демократов — полная отмена всех косвенных налогов и замена их настоящим, а не игрушечным прогрессивно-подходящим налогом»¹. Все должны платить налоги, а богатые больше всех.

Поскольку строго научное обоснование прогрессивного налогообложения отсутствует, все споры о нем имеют идеологический, почти что религиозный характер, а всякая шкала прогрессии неизбежно произвольна и основана на довольно грубом подходе к определению платежеспособности. Волонтаризм и политическая состоятельность — вот что лежит в основе законодательных решений о размерах прогрессивного налога. Принцип экономического основания налогообложения

при установлении как самих налоговых разрядов, так и размеров ставок тут никогда не соблюдается. Зато становится ясно, что имел в виду знаменитый министр финансов Людовика XIV Кольбер, сказавший: «Налогообложение — это искусство ощипать гуся так, чтобы получить максимум перьев и минимум писка». Искусство, а не наука.

В лучшем случае за основу берутся статистические данные, необходимые для решения задачи «либо облегчить налогообложение малоимущих, либо собрать запланированную сумму». Из этих данных (о размерах домохозяйств, о средних заработках и др.) безо всякой теории методом подбора выводятся нужные ставки, ориентированные на практические цели.

Экономические исследования в этой области состоят в построении сценариев на основе различных параметров прогрессии и моделировании их влияния на стимулы в инвестиционной, производственной и потребительской сферах². Они ситуативны, их выводы устаревают с изменением экономической, социальной и политической конъюнктуры. Поэтому разработкой теории такие исследования не назовешь.

По причине конъюнктурности решений практика зарубежных стран пестрит разными подходами к установлению четырех ключевых параметров налоговой прогрессии:

необлагаемый минимум где-то может устанавливаться на значительном уровне (в США стандартный вычет для индивидуального плательщика составил в 2024 году 14,6 тыс. долл.), а где-то вовсе отсутствует (Испания, Италия, Канада);

количество ступеней (характеризует плавность прогрессии) в Польше, например, составляет 2, а в Люксембурге — 18;

коридор ставок (значение минимальной и максимальной ставок) может быть узким — от 0,77 до 11,5% (Швейцария, федеральный уровень), а может и очень широким — от 10 до 52% (Израиль);

¹ Ленин В.И. Капитализм и налоги // Полное собрание сочинений. М., 1958–1965. Т. 23. URL: <https://marxism.online/lenin-v-i/volume-23/245/> (дата обращения: 13.06.2024).

² Мартьянова Е.В., Полбин А.В. Сценарная оценка макроэкономических эффектов прогрессивного налогообложения в России // Финансовый журнал. 2024. Т. 16. № 1. С. 8–30.

уровень дохода высшего разряда (к каким суммам налогооблагаемого дохода начинает применяться наи-высшая ставка налога) может составлять 56 тыс. евро (Нидерланды, ставка 52%), а может и 300 тыс. евро (Испания, те же 52%).

Исходя из этого, надо сделать вывод, что всякое прямое обоснование параметров прогрессивного налогообложения не имеет строгой научной базы. Подготовленная в таком ключе исследовательская работа, особенно по юриспруденции, неизбежно окажется по существу прокламацией или агитацией. Изыскания в этой области должны вестись методом от противного. Необходимо сосредоточиться на том, чего не должно быть при прогрессивном налогообложении: какие инструменты, варианты, подходы, практикуемые при правовом конструировании прогрессии или применяемые совместно с прогрессией, не соответствуют общим конституционно-правовым принципам налогообложения и, следовательно, недопустимы.

Вот обзор таких болевых точек.

1. Уравнительное налогообложение. В настоящее время фокус общественной дискуссии сместился с классовой борьбы на задачи социального популизма. Специалистам по кадровой работе хорошо известно, что сотрудника в большей степени раздражает не его маленькая зарплата, а высокий доход коллеги. Поэтому желательно держать уровень зарплат в тайне. То же правило действует и в масштабах крупных человеческих общностей. Но, поскольку чужое богатство оказывается на виду и его не скрыть, прогрессивное налогообложение выступает своего рода умиротворяющим средством. И маленькому человеку на душе легче, хотя сам он ничего не приобрел, богаче жить не стал. Далеко не факт, что уплаченные «богачами» деньги будут потрачены в его интересах.

Прогрессия мистифицирует широкие слои общества, но вовсе не гарантирует снижения социального неравенства. К примеру, страной с самым высоким уровнем неравенства доходов населения является ЮАР, хотя в ней действует прогрессивная шкала: минимальная ставка налога составляет 18%, а максимальная — 45%³.

³ См.: *Фесенко В.* Прогрессивная шкала: назад в прошлое или шаг вперед? URL: https://www.ey.com/ru_kz/workforce/

Но налогообложение — не причина неравенства и не лекарство от него.

Теоретически наилучшие результаты в снижении неравенства должны показывать максимально высокие ставки, которые в уравнительных целях могут достигать и конфискационных значений. Показателен декрет СНК РСФСР от 27 марта 1919 года: доходы, превышающие установленный уровень (дифференцированный по городам и губерниям), облагались по ставке 100%, т.е. изымались полностью⁴. В СССР по ставке 90% облагались суммы авторского вознаграждения, получаемые наследниками авторов. Российский закон о подоходном налоге, сохраняя советский подход, в своем первоначальном варианте предусматривал прогрессию ставок от 12 до 60%. Это инквизиционная практика.

Здесь в пору вспомнить русскую народную сказку о лисе, которая мирила медвежат: у одного кусок оказался больше. Лиса равняла куски, поочередно откусывая от обоих. В итоге спорщики стали равными в нищете. Короче, налогообложение — весьма сомнительный инструмент для снижения неравенства доходов.

Налогообложение в целом или какой-то налог в частности не могут оправдываться задачами перераспределения. Для этого правовые механизмы налогов должны каким-либо образом учитывать причины расхождения в уровнях доходов и размерах собственности. Без этого принцип экономической обоснованности налогообложения не соблюдается.

«Налоговое обложение, берущее в расчет только прирост доходов, размеры собственности и объем потребления, не способно уже в силу своей конструкции служить базой политики перераспределения»⁵.

Что действительно по силам правовым налоговым конструкциям — это учитывать «причины, по которым индивид не участвует вовсе или недостаточно активно

[progressive-tax-scale-step-into-the-future-or-right-back](#) (дата обращения: 13.06.2024).

⁴ Сборник декретов и распоряжений по финансам. 1917–1919. Пг., 1919. С. 102–103.

⁵ Государственное право Германии в 2 т. / изд. И. Изензее, П. Кирхофф. М., 1994. Т. 2. С. 143.



участвует в кругообороте капитала (безработица, болезнь, низкое образование или отсутствие стартового капитала)⁶. Но это не о повышенных ставках налога, а наоборот — о снижении ставок и предоставлении иных льгот социальной направленности.

Другая задача, которая может выполняться налогами, — снижение уровня демонстративного потребления, свойственного состоятельным гражданам. Оно, собственно, и мозолит глаза. С этой целью вводятся не прогрессивные ставки НДФЛ, а налоги на роскошь в различных формах.

2. Совокупная прогрессивность и фактическая ставка. При введении прогрессивного налогообложения доходов физических лиц необходимо оценивать прогрессивность налогообложения лица в совокупности. Ведь, например, высокий налог на дорогие и мощные автомобили вводился относительно недавно как форма налогообложения роскоши. Цель и была в том, чтобы «с тыла» добраться до высоких доходов, когда до них напрямую не добирается НДФЛ. В этом смысле есть и другие «обходные маневры», в частности налогообложение сверхдорогой жилой недвижимости (подп. 2 п. 2 ст. 406 НК РФ). Поэтому заявления, что у нас нет прогрессивного налогообложения, неточны.

Но НК РФ знает и регрессивное налогообложение, т.е. относительно меньшее налогообложение некоторых видов высоких доходов. Речь идет об уплате НДФЛ с фиксированной прибыли контролируемых иностранных компаний (ст. 227.2).

Очень важно и то, что в большинстве ситуаций налогом на доход фактически облагается не чистый доход лица (имущественное приращение, поступления за минусом деловых расходов), а полученные суммы в полном объеме.

В законодательстве термином «доход» обозначают и выручку от продажи (валовый доход), и экономическую выгоду (чистый доход). Неточные формулировки закона (ст. 210 НК РФ: «При определении налоговой базы учитываются все доходы налогоплательщика, полученные им как в денежной, так и в натуральной

формах...») порождают многочисленные споры о возможности вычесть затраты, понесенные для извлечения дохода. Например, в налоговой декларации нет строки, где гражданин, сдающий квартиру в аренду, может указать уплаченные им суммы коммунальных и других платежей. В результате полученная арендная плата облагается налогом в полном размере, хотя доход от операции меньше.

Наемный работник не может вычесть стоимость проезда к месту работы и прочие необходимые затраты, связанные с трудом. У предпринимателей, не имеющих формальной регистрации, нет возможности вычесть деловые расходы, что недавно подтвердил (к большому удивлению и сожалению) Конституционный Суд РФ⁷. В результате фактическая ставка налога существенно больше, чем нормативные 13%.

Такая ситуация — наследие советской эпохи, когда за пределами государственного сектора легальной экономики практически не существовало и не было задачи точно определять доход плательщика. Налогообложение было перекладыванием денег из одного государственного кармана в другой. Теперь экономическая ситуация изменилась, а налогообложение в этой части осталось на пещерном уровне. С ним можно было как-то мириться при ставке налога 13%, но при ощутимом росте ставок доход должен определяться не на глазок. При сохранении прежней ситуации внедрение прогрессии — это форма финансового насилия.

3. Бюджетное распределение. В настоящее время НДФЛ в основном объеме зачисляется в региональные бюджеты, а в части дополнительных 2% — в бюджет федеральный. Абсолютное большинство российских регионов ничего не выиграет от повышения ставок. Миллионеры не размазаны тонким слоем по всей территории страны. Если заметный прирост доходов региональных бюджетов и будет, то лишь у немногих субъектов РФ. Население большинства регионов никаких практических выгод не получит.

Это подтвердила практика взимания НДФЛ в части 2%-ной надбавки. В 2023 году от увеличения ставки с 13 до 15% в федеральный бюджет дополнительно

⁶ Там же.

⁷ Постановление КС РФ от 14.02.2024 № 6-П.

поступило 160 млрд руб. подоходного налога. Почти 70% от этой суммы дали всего четыре региона (рис. 1).

Изменение же системы таким образом, чтобы НДФЛ в повышенной части зачислялся в федеральный бюджет (именно это и планируется) и оттуда, возможно, перераспределялся регионам, будет означать явный ущерб и без того хилому российскому федерализму и еще более «разлучит» население с вносимыми им платежами.

Но, может быть, здесь применим рентный подход: Западная Сибирь богата нефтью, Якутия — алмазами, а Москва — миллиардерами. Все это общее достояние, налоговые доходы от которого должны перераспределяться через федеральный бюджет для общей пользы. Так что у Минфина есть шанс обосновать любой вариант.

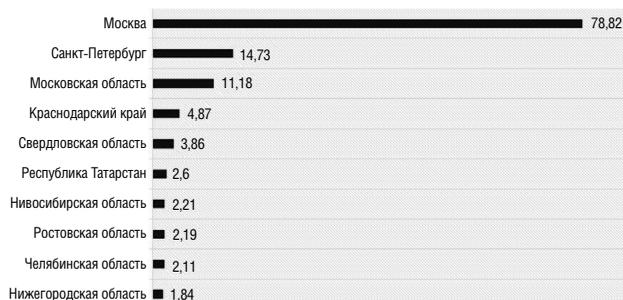


Рис. 1. Топ-10 регионов по размеру выплат в федеральный бюджет (млрд руб.)⁸

4. Семейное налогообложение. Прогрессия несправедлива в отношении семей, где зарабатывает только один. Например, отец «впахивает», а мать ухаживает за оравой ребятишек (пропагандируемый тип семьи). Ячейка общества — семья. Заработанный одним родителем доход потребляется всей семьей и ей же, по существу, принадлежит. Ведь, скажем, при разводе имущество супругов делится между ними. Часть заработанных средств перечисляется тому, с кем остаются дети. Так правильно ли и справедливо ли, что человек, стремящийся получить — зачастую на нескольких работах — высокий доход для достойного содержания

большой семьи, оказывается в зоне повышенного налогообложения? Очевидный ответ: нет.

Для определения истинного дохода налогоплательщика во многих странах применяется совместное декларирование доходов супругами, а в ряде случаев и другими членами семьи. Супруги могут заполнять совместную декларацию, к их общему доходу применяются особый вычет и специальная шкала налогообложения. В других случаях облагаемый доход делится между ними поровну. Могут применяться семейные коэффициенты, отражающие состав семьи. Вариантов много, но ни один из них не использовался ни в советское время, ни в пореформенной России. Между тем справедливое прогрессивное налогообложение без этого инструмента недостижимо.

Отсутствие семейного налогообложения стимулирует уклонение от налогообложения путем пресловутого дробления налоговой базы. Оформляются фиктивные соглашения, по которым доходы получают зятья, сватья и прочая родня фактического получателя дохода. И на бытовом уровне это воспринимается как справедливое решение. Борьба с этим явлением мало того что затратна и малоэффективна, так еще и социально контрпродуктивна: хотели справедливости, а получили голый фискализм с довеском в виде штрафов, пеней и иных взысканий.

Можно смягчить ситуацию, расширив зону применения минимальной ставки: скажем, подняв ее с нынешних 5 млн до 10 млн. Однако в этом случае выгоду получают не только многодетные семьи, но и все другие налогоплательщики. Может, это и рабочий вариант (мы же не хотим обездолить многодетных граждан только из соображений, как бы не стало лучше и остальным), но разумнее будет внедрить прямой механизм.

Обсуждался тем не менее другой вариант: начинать рост налоговой ставки не с пяти млн руб., как сейчас, а уже с одного⁹. Если применить это предложение к семье с тремя детьми, то прогрессия начнется с дохода на одного члена семьи, составляющего 16,7 тыс. руб.

⁸ ФНС раскрыла регионы с наибольшими сборами НДФЛ с состоятельных россиян. URL: https://www.rbc.ru/economics/18/03/2024/65f4177b9a794755ca641354?from=from_main_10 (дата обращения: 13.06.2024).

⁹ СМИ узнали параметры возможного повышения НДФЛ и налога на прибыль. URL: <https://www.forbes.ru/finansy/507896-smi-uznali-parametry-vozmoznogo-povyshenia-ndfl-i-naloga-na-pribyl> (дата обращения: 13.06.2024).



в месяц. Официальная сумма прожиточного минимума в 2024 году составляет в среднем по стране 15 453 руб. на человека. В некоторых регионах она существенно выше, например в Мурманской области 24 613 руб., а в Чукотском автономном округе 40 332 руб.¹⁰ Можно ли допустить налогообложение дохода, необходимого для простого выживания? Вопрос риторический.

Те формы укрепления справедливости налогообложения в отношении больших семей, которые сегодня существуют и предлагаются, в действительности этой цели не достигают и даже противоречат ей.

В настоящее время стандартный налоговый вычет на первого и второго ребенка составляет 1400 руб. в месяц, а на последующих — 3 тыс. руб. С момента, когда годовой доход родителя превысил 350 тыс. руб., вычет перестает предоставляться (подп. 4 п. 1 ст. 218 НК РФ). Щедрое предложение состоит в том, чтобы вычет на второго ребенка повысить до 2800 руб., на последующих — до 6 тыс. руб., а предельный уровень льготированного годового дохода поднять до 450 тыс. руб.¹¹

Простой расчет показывает, что семье с тремя детьми при одном работающем родителе льгота позволит сохранить в семейном бюджете минимум 1326 руб. (если в январе доход уже составит 450 тыс. руб.), максимум 15 912 руб. (если предельный доход будет получен только к концу года). При двух зарабатывающих родителях эффект в два раза выше. При максимальной семейной экономии около 32 тыс. руб. в год на одного ребенка приходится 884 руб. в месяц, тогда как душевой семейный доход — 15 тыс. руб. в месяц. Не разгуляешься.

Для семей с пятью детьми максимальная сохраненная сумма составит чуть менее 70 тыс. руб. за год, т.е. 1154 руб. в месяц на ребенка. Эффект большой семьи — дополнительные ежемесячные 270 рублей на ребенка в условиях снижения среднедушевого дохода такой семьи до 10 714 руб. в месяц.

Нужно согласиться со словами из Послания Президента РФ Федеральному Собранию, что *в семьях, где растет много детей, много и забот, и у родителей должно оставаться больше свободных средств на решение повседневных проблем*. Но нельзя согласиться с предложенным вариантом семейных льгот, ибо их общий посыл таков: либо получай максимальную льготу, но оставайся в глубокой бедности, либо зарабатывая на достойное содержание детей сам и не рассчитывая на налоговые «поблажки». В Послании указано, что большая многодетная семья должна стать нормой, философией жизни общества, ориентиром всей государственной стратегии, но сейчас среди многодетных семей уровень бедности составляет 30%, и его необходимо кардинально снизить. Если усилия в этом направлении приведут к результату, то сфера применения семейной льготы будет постоянно снижаться, налоговая поддержка семей будет сокращаться. Минфин, наверное, порадует. А многодетные семьи?

5. Необлагаемый минимум (стандартный вычет).

Другая застарелая проблема: крайне скупердяйски применяется институт необлагаемого налогового минимума. Это выражение конституционного права человека на жизнь: налоги не могут изымать ту часть дохода, которая абсолютно необходима для покрытия минимальных потребностей выживания.

Нищенский необлагаемый минимум никак не соответствует представлениям о справедливом налогообложении. Напротив, установление уровня необлагаемых доходов в размере, отвечающем реальному социально-гигиеническому уровню, привело бы к фактическому прогрессивному налогообложению безо всякого повышения ставок. В духе Солона: фактический доход малообеспеченных граждан в конечном счете облагался бы налогом лишь в малой части. Но Солон, готового решиться на этот шаг, с нами нет, а Минфин России противится: из бюджета выпадут значительные доходы. Но ведь не выпадут, если ставки будут увеличены. В 2024 году от 2%-ной надбавки НДФЛ запланированы поступления в размере 280 млрд руб. От следующего увеличения ставок следует ожидать триллионных поступлений. Почему бы их часть не направить на качественное, а не показушное реформирование НДФЛ? Или все задумано не ради справедливости, а ради фиска?

¹⁰ См.: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_407365/ (дата обращения: 13.06.2024).

¹¹ Послание Президента РФ Федеральному Собранию 29 февраля 2024 года. URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/73585> (дата обращения: 13.06.2024).

Увеличение необлагаемого минимума позволило бы компромиссно сочетать идеалистические представления о справедливости сторонников прогрессивного налогообложения со взглядами реалистов, отстаивающих преимущества пропорционального налогообложения. Многие экономисты убедительно доказывают, что пропорциональное (а не прогрессивное) налогообложение не снижает стимулы к труду, приводит к расширению налоговой базы и, следовательно, поступлениям налогов в бюджет¹². При этом оно порождает заметно меньше уклонений от налогообложения и всякого негатива, с этим связанного, в том числе затрат на контроль и судебных издержек.

6. Инфляционный налог. Прогрессивная шкала не должна вводиться в условиях стабильно высокой инфляции. Если не пересматривать регулярно пороговые значения для применения возросших ставок, обесценение денег будет приводить к уплате инфляционного налога: налогообложение, предназначенное для средних слоев населения, постепенно распространится на малообеспеченных граждан; предназначенное для очень богатых — на среднюю прослойку. Шкалу ставок надо периодически пересматривать, вводить коэффициенты-дефляторы, как по порогам для УСН.

Такая адаптация к инфляции будет постоянно запаздывать, что уже показал опыт 1990-х. Поэтому прогрессию можно вводить только в условиях экономической и валютной стабильности, чем наше время не отличается.

Цифры, которые заставляют задуматься: в 2021 году сборы от увеличения ставки НДФЛ на 2% составили 149 млрд. руб. В 2023 году они выросли до 160 млрд. руб. В 2024 году запланирован рост на 75% (!) — до 280 млрд. руб.¹³ Из-за чего же происходит такой рост поступлений? Ведь нет условий для роста личных богатств в такой степени. Но есть движение средних доходов «вправо»: из-за инфляции, приводящей к корректировкам зарплат, средние доходы переваливают за границу в 5 млн руб. и начинают об-

лагаться по повышенной ставке, хотя покупательная способность плательщика не выросла.

7. Бюджетная эффективность. Выводы о бюджетной эффективности плоского налогообложения убедительно доказываются цифрами. Минфин России, который сейчас бодро рапортует о всяческой поддержке прогрессивного налогообложения, в официальной отчетности приводит данные о росте собираемости НДФЛ (рис. 2).

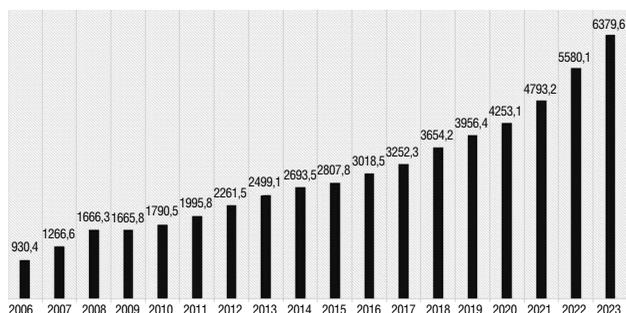


Рис. 2. Поступление НДФЛ в консолидированные бюджеты субъектов РФ (трлн руб.)¹⁴

В одном из отчетов Председателя Правительства РФ В.В. Путина Федеральному Собранию приводились данные, что за первые восемь лет применения плоской шкалы поступления налога в бюджет выросли в 12 раз¹⁵. Только за один 2001 год (первый год действия плоской шкалы) рост платежей налога по сравнению с предшествующим годом составил 28%¹⁶.

Не все соглашались с декларируемыми результатами. Исследователи указывали, что бюджетная эффективность не так значительна, если оценивать ее с учетом динамических показателей¹⁷. Но вот с чем не поспоришь: если в 1990-е годы подходящий

¹⁴ Краткая ежегодная информация об исполнении консолидированных бюджетов субъектов Российской Федерации (млрд. руб.). URL: https://minfin.gov.ru/ru/statistics/subbud/execute?id_57=90143-kratkaya_ezhгодnaya_informatsiya_ob_ispolnenii_konsolidirovannykh_byudzhetov_subektov_rossiiskoi_federatsii_mlrd_rub (дата обращения: 13.06.2024).

¹⁵ В.В. Путин выступил в Государственной Думе с отчетом Правительства РФ о результатах его деятельности за 2008 год. URL: <http://archive.government.ru/docs/3790/>. (дата обращения: 13.06.2024).

¹⁶ Письмо Минфина России от 31.08.2012 № 03-04-05/8-1038.

¹⁷ См.: Васильева И.А. Ввод плоской шкалы НДФЛ: оценки «сверху» и «снизу» // Россия: тенденции и перспективы развития. М., 2011. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/vvod>

¹² Шаталов С.Д. Тридцать лет и три года: оглядывая российский опыт налогообложения: интервью // Налоговед. 2024. № 4. С. 21–33.

¹³ Налоги готовят к оптимизации // Коммерсант. 2024. 20 марта.



налог с населения формировал порядка 10% доходов бюджета, то в настоящее время эта доля выросла до 26%¹⁸. Парламентские деятели даже заявляли, что плоская шкала налогообложения является одним из основных конкурентных преимуществ отечественной экономической системы¹⁹.

Российские результаты внедрения плоской шкалы вдохновили и другие страны. Зарубежные экономисты признали успех реформы²⁰. Около 30 государств перешли от прогрессивного налогообложения к пропорциональному. И это не только страны, решающие задачи ускорения экономического роста, но и развитые в экономическом отношении. Пропорциональное налогообложение не чуждо, например, канадской провинции Альберта и отдельным штатам США: Иллинойсу, Индиане, Массачусетсу, Мичигану и Пенсильвании²¹.

Россия же делает очередной зигзаг, и совершенно неочевидно, что это зигзаг удачи. Введение плоской шкалы резко снизило стимулы к уклонениям от налогообложения, чем и был обусловлен всплеск собираемости. Возвращение прогрессивности вновь их оживит, а также снизит желание трудиться: зачем стремиться зарабатывать больше, если значительная часть приработка уйдет в налог?²²

Поэтому при любых сценариях прогрессивного повышения ставок НДФЛ произойдет сокращение ВВП

ploskoy-shkaly-ndfl-otsenki-sverhu-i-snizu/viewer (дата обращения: 13.06.2024).

¹⁸ Динамика поступления налогов и сборов, администрируемых ФНС России, по состоянию на 01.04.2022. URL: https://www.nalog.gov.ru/rn12/related_activities/statistics_and_analytics/12146227/ (дата обращения: 13.06.2024).

¹⁹ Андрей Макаров: плоская шкала налогообложения — конкурентное преимущество российской экономики. URL: <https://er-gosduma.ru/news/andrey-makarov-ploskaya-shkala-nalogooblozheniya-konkurentnoe-preimushchestvo-rossiyskoy-ekonomiki/> (дата обращения: 13.06.2024).

²⁰ Rabushka A. The Flat Tax at Work in Russia: Year Three. URL: <https://www.hoover.org/research/flat-tax-work-russia-year-three> (дата обращения: 13.06.2024).

²¹ Плоская и прогрессивная шкала налогообложения. Мировой опыт. URL: <https://ria.ru/20131108/975541579.htm> (дата обращения: 13.06.2024).

²² Этот риск признается политиками. См., напр.: <https://www.kommersant.ru/doc/6596376?query=%D0%BD%D0%B0%D0%B%D0%BE%D0%B3>; <https://rg.ru/2024/03/13/v-gosdume-rasskazali-o-perspektivah-vvedeniia-progressivnogo-nalogooblozheniia.html> (дата обращения: 13.06.2024).

от 0,3 до 1,3% в расчете на год²³. Произойдет и повышение цен на товары, работы и услуги, поскольку в ряде случаев бизнес будет вынужден повысить суммы оплаты труда, чтобы сохранить работникам прежний уровень достатка. А это, естественно, повысит себестоимость производства и, как следствие, цены.

Прогрессивное налогообложение влечет необходимость либо широкого самостоятельного декларирования доходов, либо увеличения нагрузки на налоговые инспекции. Система удержания налога у источника выплаты дохода больше не будет самодостаточной. Следовательно, издержки налогового администрирования и конфликтный потенциал отношений вырастут.

8. Решение иных политико-экономических задач.

В ситуации высокой инфляции у прогрессивного налогообложения есть еще одна задача, для решения которой важны просто высокие, необязательно экономически обоснованные ставки: перенаправить средства граждан в долгосрочные вложения. Параллельно с увеличением ставок обсуждается, например, вопрос об освобождении от налогообложения процентов, полученных по долгосрочным депозитам. Процессы, казалось бы, разнонаправленные. На самом деле их связывает одна политико-экономическая цель — сдерживание инфляции через ограничение потребления, заморозка свободных средств населения, в том числе на длительных депозитах.

С этой же целью приняты и некоторые другие новеллы о налоговых вычетах в связи с долгосрочными сбережениями граждан. Налогооблагаемый доход сокращается на суммы уплаченных пенсионных взносов по договорам о выплате негосударственной пенсии по достижении пенсионного возраста; уплаченных сберегательных взносов по договорам долгосрочных сбережений, заключенным с негосударственным пенсионным фондом (НПФ); денежных средств, внесенных на индивидуальный инвестиционный счет (ИИС), открытый начиная с 1 января 2024 года, а также доходов по операциям на таком ИИС. Льготы действуют при условии, что размер вложений не превышает 400 тыс. руб. в год и они долговременны — как правило, не менее 10 лет.

²³ Мартянова Е.В., Полбин А.В. Указ. соч. С. 8–30.

Фактически же эти льготы не приведут к повышению благосостояния граждан, которые решат ими воспользоваться. Их экономическая суть — перекачка ресурсов в пользу банков. Уже сейчас некоторые банки искусственно учитывают размер налоговых вычетов в доходности финансовых инструментов, снижая тем самым собственные выплаты лицам, разместившим свои средства на пенсионных и других «льготируемых» счетах. В результате инвестиционные доходы физических лиц, получаемые непосредственно от банка, скромнее доходов от других финансовых инструментов, а эффект от налоговых льгот искусно транслируется банку.

9. Социальное восприятие прогрессии. В конце 2023 года министр финансов РФ обещал, что в ближайшие три года ставки НДФЛ не изменятся, а вернуться к этому вопросу власти намерены в следующем бюджетном цикле²⁴. Ситуация, которая развернулась в действительности, подрывает всякое доверие к стратегическим заявлениям лиц, в чьей прямой зоне ответственности находится налогообложение. А доверие — важный экономический фактор, особенно при принятии инвестиционных решений.

Может быть, экономическая ситуация, ранее предопределявшая успех плоской шкалы, резко изменилась так, что плоская шкала перестала показывать результаты? Или весь вопрос в том, что из-за режима санкций мобильность россиян резко снизилась, бежать с подводной лодки им некуда, а с птички в клетке можно хоть все перья ощипать? Тем более что информационные возможности налоговых органов, их техническое оснащение существенно возросли?

Население, как бы оно ни жаждало слез богатых, со временем все равно даст отрицательные оценки реформе, несмотря на все сегодняшние показатели соцопросов, демонстрирующие общественную поддержку инициативы. Одно дело отвечать абстрактно, другое — столкнуться с действительностью. Увеличение налогов с неизбежностью будет примерено на себя всеми слоями населения: раз уж ступили на эту дорожку, то не сегодня завтра и меня это кос-

нется, в том числе из-за инфляции, неэффективных малозначимых льгот. Если реформа не будет сопровождаться ощутимыми благами для малообеспеченных и семейных граждан, то социальная поддержка и одобрение мероприятия будут, мягко говоря, сдержанными. А у экономически активной части населения и вовсе серьезно ухудшится. На это могут повлиять следующие обстоятельства.

Важный аспект: что будет с основным инструментом налогового планирования для среднего класса — упрощенной системой налогообложения, которой прогрессия противопоказана? Ставки налога для лиц на УСН довольно низкие, что и делает этот режим привлекательным. Можно предвидеть резкий рост числа лиц, зарегистрированных как ИП, а затем рост споров о правомерности применения спецрежима.

Без ответа пока остается и вопрос о том, как сочтется с прогрессивной системой существующий налог на профессиональный доход. Должны ли обложенные им суммы учитываться в общем составе доходов, существенных для определения ставки НДФЛ? Уже прозвучало, что наемные работники, самозанятые, индивидуальные предприниматели платят налоги по различным ставкам, а это «оказывает негативное влияние на рынок труда и способствует получению налоговой выгоды без какой-либо деловой цели. Такую диспропорцию также необходимо проработать»²⁵. Так что и специальные режимы, стимулирующие выход из серой необлагаемой зоны и упрощающие налоговую бюрократию, оказались в зоне риска.

В каком направлении будет реализована идея прогрессивного налогообложения, высказанная в период недавно завершенной президентской избирательной кампании? Пока отчетливо видны лишь общие контуры пробюджетного варианта развития событий.

В Послании Федеральному Собранию Президент призвал «подумать о более справедливом распределении налогового бремени в сторону тех, у кого более высо-

²⁴ Силуанов исключил пересмотр базовых налоговых ставок в ближайшие 3 года. URL: <https://www.rbc.ru/economics/16/10/2023/652d221a9a7947e604c5af0c> (дата обращения: 13.06.2024).

²⁵ В Госдуме рассказали о перспективах введения прогрессивного налогообложения. URL: <https://rg.ru/2024/03/13/v-gosdume-rasskazali-o-perspektivah-vvedeniia-progressivnogo-nalogooblozheniia.html> (дата обращения: 13.06.2024).



кие личные и корпоративные доходы»²⁶. И дискуссия, как она отражена в прессе, ведется вокруг размера новых ставок и уровней дохода²⁷.

Но в Послании прозвучали и другие идеи, важные для конструкции прогрессивного налога: налоговая система призвана сокращать неравенство, надо снизить налоговое бремя для многодетных семей, в том числе за счет вычетов. Будет ли совершен отвлекающий маневр или НДФЛ в этой части будет существенно реформирован — основной вопрос.✉

Progressive Hoax

The article is devoted to the legal conditions for the introduction of a progressive scale of personal income tax rates. There is no strictly scientific justification of the progressive scale. Disputes about progression are ideological in nature, and the rates are always arbitrary. However, it is possible to clearly define what tools and approaches applied in the legal construction of progression or in conjunction with progression do not comply with the general constitutional and legal principles of taxation and, therefore, are inadmissible. The article reveals the issues of equalised taxation, non-taxable minimum, family taxation, inflation tax, etc.

Keywords: *income tax, progressive taxation, inflation tax, family taxation, non-taxable minimum, social deductions, standard deduction, equalised taxation, redistribution of income*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Sergey G. Pepeliaev

Managing Partner at Pepeliaev Group, Associate Professor of the Law Faculty of Lomonosov Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences, Advocate (e-mail: s.pepeliaev@pgplaw.ru)

REFERENCES

Fesenko, V. Progressive scale: back to the past or a step forward? [*Progressivnaya shkala: nazad v proshloye ili shag vpered?*], available at: https://www.ey.com/ru_kz/workforce/progressive-tax-scale-step-into-the-future-or-right-back (accessed 13 June 2024).

Martyanova, E.V. and Polbin, A.V. “Scenario Assessment of Macroeconomic Effects of Progressive Taxation in Russia” [*Stsenarnaya otsenka makroekonomicheskikh effektov progressivnogo nalogooblozheniya v Rossii*]. Financial Journal [*Finansovyy zhurnal*]. 2024. Vol. 16. No. 1. P. 8–30.

Rabushka A. The Flat Tax at Work in Russia: Year Three, available at: <https://www.hoover.org/research/flat-tax-work-russia-year-three> (accessed 13 June 2024).

Shatalov, S.D. “Thirty and Three Years: Looking Back at Russia’s Taxation Experience: An Interview” [*Tridtsat’ let i tri goda: ogyadyvaya rossiyskiy opyt nalogooblozheniya: interv’yu*]. Tax Expert [*Nalogoved*]. 2024. No. 4. P. 21–33.

Vasilyeva, I.A. “Introduction of a flat personal income tax scale: ‘top’ and ‘bottom’ assessments” [*Vvod ploskoy shkaly NDFL: otsenki “sverkhu” i “snizu”*]. Russia: trends and prospects of development [*Rossiya: tendentsii i perspektivy razvitiya*]. Moscow, 2011, available at: <https://cyberleninka.ru/article/n/vvod-ploskoy-shkaly-ndfl-otsenki-sverhu-i-snizu/viewer> (accessed 13 June 2024).

²⁶ Послание Президента РФ Федеральному Собранию 29 февраля 2024 года.

²⁷ Госдума и правительство начали готовить проект прогрессивного налогообложения. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/6563370> (дата обращения: 13.06.2024).



DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-126-156

В июльской хронике эксперты комментируют новые изменения в Законе о банкротстве, обзоры практики Верховного Суда по семейным правоотношениям и защите авторских и смежных прав в Интернете, решения Верховного и Конституционного судов о порядке уплаты налогов в процессе банкротства должника, новые подходы судебной практики применительно к ответственности контролирующих должника лиц, законодательную инициативу Верховного Суда по включению клеветы в дела частно-публичного обвинения, а также заключение Международного трибунала по морскому праву, в котором суд сформулировал несколько новых выводов по проблемам ответственности за изменение климата.

***Ключевые слова:** банкротство, Закон о банкротстве, контролирующее должника лицо, субсидиарная ответственность, кредиторские убытки, корпоративные убытки, семейные споры, защита прав детей, собственность супругов, изменение климата, Конвенция по морскому праву, Международный трибунал по морскому праву*



**ОЛЬГА ПАВЛОВНА
ПЛЕШАНОВА**

руководитель
аналитической службы
юридической фирмы
«Инфралекс»,
магистр частного
права

Налогам в банкротстве указали место

Конституционный и Верховный суды РФ вынесли два важных решения о порядке уплаты налогов в процессе банкротства должника. Суды разграничили разные виды налогов, определив для каждого свой правовой режим, в том числе в соотношении с залогом имущества. Не менее важными оказались сопутствующие выводы судов: Конституционный Суд (КС) попытался повысить значимость залога, а Верховный (ВС) прямо отказался признать приоритет налоговых требований перед частноправовыми.

Постановление КС РФ от 9 апреля 2024 года № 16-П и решение СКЭС ВС РФ от 3 июня по делу ООО «Парк Подвязново»¹ довершили недавнюю эпопею судебного толкования норм об очередности уплаты налогов на имущество и результаты хозяйственной деятельности должника. Закон о банкротстве² четко не определил, какие налоговые требования относятся к текущим платежам, какие — к реестровым, а какие должны приоритетно погашаться из выручки от реализации заложенного имущества.

¹ Определение ВС РФ от 03.06.2024 № 305-ЭС23-19921 по делу № А41-63047/2017.

² Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Правовые позиции ВС РФ активно формировались с 2020 года, начиная с дела ООО «Группа „Техмаш“»³. Другое знаковое решение СКЭС ВС РФ вынесла по делу ОАО «Московский завод „Электроцит“»⁴. В обоих делах Суд применил в пользу налоговой службы п. 6 ст. 138 Закона о банкротстве, расценив текущие требования по имущественным налогам как издержки, подлежащие приоритетному погашению из стоимости заложенного имущества. Арбитражные суды пытались использовать это толкование в делах о налоге на прибыль от реализации имущества должника (включая предмет залога), но запутались, и вмешаться пришлось КС РФ, куда в декабре 2022 года обратилась СКЭС ВС РФ в связи с делом ООО «Аванд Капитал»⁵.

В мае 2023 года появилось известное Постановление КС РФ № 28-П⁶, в котором Суд констатировал: формально налог на прибыль от реализации имущества должника можно отнести к текущим платежам, но такой подход ущемляет права значительной части кредиторов должника, поэтому налог на прибыль должен относиться к третьей очереди реестровых требований. КС РФ здесь сам восполнил пробел Закона о банкротстве, не дожидаясь федерального законодателя.

При таком решении вопрос о залоге реализуемого имущества должника и применении п. 6 ст. 138 Закона о банкротстве роли не играл — его толкованию КС РФ посвятил Постановление № 16-П, вынесенное в апреле нынешнего года в отношении требований об уплате имущественных налогов должника (налога на имущество, транспортного, земельного налогов). Подход, изложенный в Постановлении № 28-П, не стал универсальным: КС РФ отказался считать реестровыми требования по имущественным налогам, подчеркнув, что к ним нельзя применить правовые позиции для налога на прибыль. Жалобы Сбербанка и ТД «Агроторг» удовлетворены не были — КС РФ признал конституционным порядок, при котором текущая задолженность и пени по имущественным налогам, связанным с предметом залога, уплачиваются за счет выручки от реализации заложенного имущества до начала расчетов с залоговым кредитором на основании п. 6 ст. 138 Закона о банкротстве.

Постановление КС РФ № 16-П ценно теоретическими выводами, которые явно шире предмета спора. КС РФ не только исследовал различия в видах налогов, но и детально проанализировал предшествующую практику, включая позиции ВС РФ по делам «Техмаша» и «Электроцита». Главное — КС РФ расставил точки над *i*: к налогу на прибыль — один подход (Постановление № 28-П), к имущественным налогам — другой (Постановление № 16-П). Таким образом, определение очередности уплаты налога, в том числе из

³ Определение ВС РФ от 19.10.2020 № 305-ЭС20-10152, включено в Обзор судебной практики Верховного Суда РФ № 4 за 2020 год (утв. Президиумом ВС РФ 23.12.2020). П. 11.

⁴ Определение ВС РФ от 08.04.2021 № 305-ЭС20-20287, включено в Обзор судебной практики Верховного Суда РФ № 3 за 2021 год (утв. Президиумом ВС РФ 10.11.2021). П. 14.

⁵ Определение ВС РФ от 08.12.2022 № 310-ЭС19-11382 (2).

⁶ Постановление КС РФ от 31.05.2023 № 28-П.

стоимости заложенного имущества должника, зависит прежде всего от вида налога.

Следует также отметить попытку КС РФ коротко и емко сформулировать цель института банкротства — этот вопрос стал камнем преткновения в поиске современной концепции банкротства и широко обсуждается в научных кругах⁷. В п. 2 Постановления № 16-П банкротство отнесено к неблагоприятным экономическим условиям, при которых государство вправе вмешаться в частноправовые отношения. Регулирование механизма банкротства, подчеркнул КС РФ, должно исходить из ограниченности ресурсов для расчетов с кредиторами, поэтому публично-правовая цель банкротства — «создать условия для защиты экономических и юридических интересов всех кредиторов при наименьших отрицательных последствиях неплатежеспособности должника».

Упомянул КС РФ и свое Постановление № 34-П⁸, которым, по сути, согласился с обнулением залога задним числом при банкротстве застройщиков, предложив залоговым кредиторам лишь утешительную компенсацию. История с обнулением залога существенно ослабила ценность залога как способа обеспечения исполнения обязательств. Сейчас в Постановлении № 16-П КС РФ постарался реабилитировать залог, написав много теплых слов о приоритете прав залогового кредитора, защите его как инвестора, а также важности залога для развития экономики (п. 3). Резолютивная часть Постановления тоже делает реверанс: если размер имущественных налогов делает залог экономически бессмысленным для кредитора, то суд вправе распределить выручку соразмерно между залоговым кредитором и налоговой службой, т.е. уменьшить размер налогового требования.

Правовые позиции КС РФ, изложенные в постановлениях № 16-П и № 28-П, легли в основу выводов СКЭС ВС РФ по делу ООО «Парк Подвьязово», где спор возник об очередности восстановленного НДС. Определение СКЭС (судьи — И.А. Букина, Д.В. Капкаев, О.Ю. Шилохвост) по форме напоминает чуть ли не постановление Пленума ВС РФ: в нем мотивировка не просто разложена по пронумерованным пунктам⁹, а еще и разделена на тематические разделы с заголовками.

По содержанию это Определение тоже изобилует теорией. Отправной точкой можно считать позицию, изложенную в п. 2.5 и абз. 2 п. 2.8 документа: налоговые и сходные с ними иные публичные обязательства не существуют сами по себе, а базируются на гражданско-правовых отношениях либо тесно с ними связаны, поэтому уровень защиты кредиторов по гражданско-правовым и на-

⁷ В частности, на Международной научно-практической конференции «Право и бизнес: предпринимательское право и его роль в социально-экономическом развитии России», прошедшей 6–8 июня 2024 года в Казани (организаторы — Казанский (Приволжский) федеральный университет, МГУ им. М.В. Ломоносова, МГЮА им. О.Е. Кутафина).

⁸ Постановление КС РФ от 21.07.2022 № 34-П.

⁹ Такая практика началась ранее — см., в частности, Определение ВС РФ от 28.03.2024 № 305-ЭС23-22266. См. также комментарий А. Серобына на с. 134–137.



логовым обязательствам должен быть сопоставимым, режим удовлетворения требований — аналогичным, на основе принципов очередности и пропорциональности. Иными словами, СКЭС ВС РФ сделала акцент на принципе равного отношения ко всем кредиторам, недопустимости ущемления интересов конкурсных кредиторов и отказалась рассматривать налоговые требования как приоритетные.

На этом основаны выводы, касающиеся непосредственно предмета спора — очередности удовлетворения требований по НДС, восстановленному в процессе банкротства. Арбитражные суды трех инстанций запутались, какой НДС считать текущим, какой — реестровым. СКЭС ВС РФ вынесла решение по существу: все зависит от момента окончания налогового периода, в который совершались операции, ставшие основанием для формирования налоговой базы для осуществления вычета. Если налоговый период окончился до возбуждения дела о банкротстве, то восстановленный вычет по НДС включается в третью очередь реестра требований кредиторов должника. Если же налоговый период окончился после возбуждения дела о банкротстве, то требование относится к текущим платежам пятой очереди.

СКЭС ВС РФ сочла возможным применить к восстановленному НДС правовые позиции из Постановления КС РФ № 28-П по налогу на прибыль: формально хотя и есть основания целиком относить к текущим требованиям восстановленный НДС, связанный с хозяйственной деятельностью должника до банкротства и ранее принятый им к вычету, однако исходить из формального подхода нельзя. Приоритетное погашение значительных сумм налогов из выручки от реализации имущества должника может существенно ограничить размер выплат иным кредиторам должника (п. 2.2, 2.3 Определения).

Повысить весь восстановленный НДС до текущих платежей пятой очереди суд может только в исключительных случаях, если выявит злоупотребление — использование процедуры банкротства ради льготного налогового режима для передачи актива (п. 4.2 Определения СКЭС ВС РФ). При этом, однако, тоже нельзя ущемлять интересы независимых кредиторов должника.

Еще один важный аспект — права залоговых кредиторов. В деле ООО «Парк Подвязново» залога не было, но СКЭС ВС РФ затронула и этот вопрос, сославшись на Постановление КС РФ № 16-П и необходимость четкого разграничения видов налогов. Налог на прибыль и НДС имеют сходство: оба образуются в связи с участием налогоплательщика в гражданском обороте и совершением хозяйственных операций. Имущественные же налоги отличаются тем, что взимаются с налогоплательщика ввиду обладания им определенным имуществом (абз. 2 п. 2.3 Определения). СКЭС ВС РФ подчеркнула (п. 4.1 Определения), что КС РФ в Постановлении № 16-П существенно разграничил правовой режим погашения имущественных налогов и налога на прибыль в деле о несостоятельности. Это значит, что к восстановленному НДС (также, как и к налогу на прибыль от реализации имущества должника) нельзя применить положения п. 6 ст. 138 Закона о банкротстве, т.е. восстановленный НДС, в отличие от имущественных налогов, не должен приоритетно погашаться из выручки от продажи предмета залога.



**ВЛАДИСЛАВ
ЛЕОНИДОВИЧ
ТОЛСТЫХ**

профессор кафедры
международного права
МГИМО МИД России,
ведущий научный
сотрудник Института
востоковедения РАН,
доктор юридических
наук

Заключение Международного трибунала по морскому праву от 21 мая 2024 года: системный комментарий климатического дискурса

21 мая 2024 года Международный трибунал по морскому праву вынес консультативное заключение по запросу Комиссии малых островных государств по изменению климата и международному праву («Каковы обязательства участников Конвенции по морскому праву 1982 года, в том числе в соответствии с частью XII: а) по предупреждению, уменьшению и контролю загрязнения морской среды в связи с последствиями изменения климата; б) по защите и охране морской среды в связи с изменением климата?»).

Заключение представляет собой *первый системный комментарий* климатического дискурса со стороны международного суда. Именно этим объясняется акцент на естественно-научной стороне вопроса и общих обязательствах. На первый взгляд может показаться, что заключение лишь кодифицирует уже существующие нормы и теории; это, однако, не так: Трибунал сформулировал несколько новых выводов, которые, вероятно, определяют вектор развития международного права в ближайшие годы и, конечно, будут учтены Международным судом ООН при ответе на «климатический» запрос Генеральной Ассамблеи¹⁰.

В начале Трибунал изложил выводы Межправительственной группы экспертов по изменению климата. По мнению Группы, глобальное потепление обусловлено концентрацией парниковых газов (ПГ): углекислого газа (CO_2), метана и закиси азота. Океан аккумулирует тепло и таким образом замедляет потепление поверхности; одновременно он поглощает избыток CO_2 . Накопление ПГ вызывает нагревание воды, повышение уровня моря и подкисление. Нагревание уменьшает объем кислорода, вмещаемого океаном, и приводит к его стратификации: меньше кислорода переносится на глубину, что негативно влияет на поступление в воду питательных веществ и объемы рыбных запасов. Уровень моря повышается за счет таяния льдов и теплового расширения воды; с 1901 по 2018 год он повысился на 0,2 м. Повышение уровня моря меняет характер приливов, приводит к увеличению частоты циклонов и угрожает низким побережьям. Подкисление состоит в снижении водородного показателя (pH) океана, вызываемом поглощением CO_2 ; с начала индустриальной эпохи pH поверхностных вод снизился на 0,1 (увеличение кислотности на 26%). Подкисление негативно влияет на экосистемы и функции морских организмов; растворенный CO_2 делает воду более едкой. Ограничение потепления до 1,5°C предполагает достижение чистого нуля выбросов CO_2 к 2050 году. Для этого необходимо сократить спрос на энергию, декарбонизировать электричество, снизить спрос на энергоемкие

¹⁰ Данный запрос был передан в Суд в апреле 2023 года и состоит из двух вопросов: а) каковы обязательства государств по обеспечению защиты климатической системы и других частей окружающей среды от антропогенных выбросов парниковых газов; б) каковы правовые последствия, наступающие в случае причинения государствами серьезного ущерба климатической системе: по отношению к государствам (в частности, малым островным развивающимся государствам), народам и индивидам, относящимся к настоящему и будущим поколениям?



товары и др. Это требует значительных политических усилий. В целом «изменение климата представляет собой экзистенциальную угрозу и вызывает озабоченность с точки зрения прав человека» (§ 66). Следует отметить, что Трибунал не стал рассматривать альтернативные научные оценки.

При ответе на *первый вопрос* Трибунал квалифицировал антропогенные выбросы ПГ в атмосферу как *загрязнение морской среды* по смыслу ст. 1 (1) (4) Конвенции по морскому праву 1982 года (далее — Конвенция): CO₂ растворяется в морской воде и смешивается с ней в глубинах океана (прямое привнесение вещества); кроме того, ПГ задерживают в атмосфере тепло, которое затем аккумулируется океаном (косвенное привнесение энергии); данные выбросы влекут пагубные последствия для морской среды (§ 175–178).

Статья 192 Конвенции закрепляет общий принцип (обязанность защищать и сохранять морскую среду); ст. 193 упоминает «суверенное право» государств «разрабатывать свои природные ресурсы в соответствии со своей политикой в области окружающей среды и в соответствии с их обязанностью защищать и сохранять морскую среду»; ст. 194 обязывает государства «в соответствии со своими возможностями» принимать меры, необходимые для предотвращения и сокращения загрязнения морской среды; а также меры, необходимые для обеспечения того, чтобы деятельность под их юрисдикцией не причиняла ущерба другим государствам и их морской среде и чтобы загрязнение не распространялось за пределы района, где они осуществляют юрисдикцию.

Трибунал подробно прокомментировал ст. 194. *Во-первых*, государства должны применять подход, основанный на предосторожности, который не упомянут в Конвенции, но предполагается понятием загрязнения, включающим потенциальные пагубные последствия, и закреплен в ряде инструментов (§ 212–213). *Во-вторых*, обязательство по ст. 194 не должно выполняться только за счет выполнения Парижского соглашения: Конвенция и Соглашение — это отдельные договоры с отдельными наборами обязательств; Соглашение дополняет, но не отменяет Конвенцию (§ 223). *В-третьих*, ст. 194 (1) закрепляет обязательство *due diligence*: оно требует не гарантировать предотвращение или сокращение загрязнения, но прилагать максимум усилий для этого, в частности создать национальную систему, включающую законодательство, административные процедуры и правоприменительный механизм, и проявлять бдительность для обеспечения ее эффективного функционирования. Неразумно возлагать ответственность на государство, проявившее *due diligence*, лишь потому, что произошло загрязнение (§ 233–236). *Due diligence* — это «переменная концепция», стандарт которой варьируется в зависимости от обстоятельств: необходимо учитывать ряд факторов, к числу которых относятся научные данные, международные правила и стандарты, риск причинения ущерба, срочность. Поскольку эти факторы постоянно меняются, меняется и стандарт *due diligence*. Данный стандарт является строгим, учитывая высокий риск причинения серьезного ущерба, но выполнение обязательства может варьироваться в зависимости от имеющихся возможностей и ресурсов. При проявлении *due diligence* следует применять принцип предосторожности. *В-четвертых*, учитывая рассеянные и

кумулятивные причины и глобальные последствия изменения климата, трудно установить, как выбросы ПГ в результате деятельности, находящейся под юрисдикцией одного государства, причиняют ущерб другим государствам. Однако эта трудность касается причинно-следственной связи и не затрагивает вопрос о *применимости* обязательства по ст. 194 (2) к загрязнению моря в результате выбросов (§ 252).

Далее Трибунал прокомментировал другие положения части XII Конвенции. Он отметил, что ст. 207, 211, 212 (Загрязнение из наземных источников, с судов и из атмосферы) закрепляют три обязательства: принимать национальное законодательство для борьбы с загрязнением; принимать другие необходимые меры и стремиться установить международные правила и процедуры. Обязательство оценки воздействия на окружающую среду является частью обычного права. Условиями проведения оценки являются юрисдикция государства над планируемой деятельностью и разумные основания полагать, что эта деятельность может причинить серьезный ущерб морской среде. Ущерб не обязательно должен быть фактическим, он может быть и потенциальным, поэтому государства должны руководствоваться принципом предосторожности (т.е. проводить оценку даже в отсутствие твердой уверенности в том, что ущерб будет причинен (§ 361).

Трибунал отказался рассматривать ряд спорных вопросов, посчитав, что они выходят за пределы запроса, в частности ответственность за загрязнение, влияние повышения уровня моря на морские титулы, влияние концепции прав человека на толкование Конвенции и особые потребности малых островных государств¹¹. Он также ограничился довольно общим комментарием ст. 202 и 203 Конвенции, указав, что техническая помощь развивающимся государствам должна оказываться с учетом принципа общей, но дифференцированной ответственности (она, соответственно, не предполагает обязательств по передаче технологий или выделению субсидий).

Указанные выводы Трибунала выглядят *активистскими*: они, по сути, устанавливают новые имплицитные обязательства, которые прямо не предусмотрены в Конвенции и сообщают ей несвойственную для нее функцию природоохранного инструмента. Самым важным из этих обязательств является обязательство сокращать выбросы *CO₂ в атмосферу*. Его выполнение может оказаться *более обременительным*, чем выполнение обязательств по «мягкому» Парижскому соглашению, и потребовать серьезной корректировки Конвенции МАРПОЛ 73/78¹² и национального законодательства (например,

¹¹ По словам Д. Дезьерто, молчание Трибунала о насущных проблемах островных государств стало самым вопиющим пробелом и упущенной возможностью быть последовательным в толковании Конвенции как «живого инструмента», гибко взаимодействующего с внешними нормами (*Desierto D. "Stringent Due Diligence", Duties of Cooperation and Assistance to Climate Vulnerable States, and the Selective Integration of External Rules in the ITLOS Advisory Opinion on Climate Change and International Law // EJIL: Talk. 2024. 3 June. URL: <https://www.ejiltalk.org/stringent-due-diligence-duties-of-cooperation-and-assistance-to-climate-vulnerable-states-and-the-selective-integration-of-external-rules-in-the-itlos-advisory-opinion-on-climate-change-and-inte/> (дата обращения: 24.06.2024)*).

¹² Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов.



предъявления более строгих требований к характеристикам судовых двигателей). Перечень факторов, влияющих на соблюдение стандарта *due diligence*, выглядит широким и требующим *экспертной оценки*, — отсюда потребность в авторитетном органе, осуществляющем эту оценку. Трибунал не определил в качестве такого органа Группу или какую-либо иную организацию. В этом умолчании можно усмотреть претензию на резервирование данной компетенции за самим Трибуналом и арбитражами, создаваемыми на основе Конвенции, тем более что их юрисдикция в силу ст. 287 является обязательной. Отсюда довольно высокая вероятность возникновения новой и многочисленной категории морских споров, касающихся выбросов CO_2 . Одним из вероятных ответчиков по таким искам станет *Китай*, категорически возражавший против права Трибунала выносить заключение (см. письменное заявление КНР от 15 июня 2023 года, размещенное на сайте Трибунала). Это подтверждает тезис Лан Нгок Нгуена о том, суды, создаваемые на основании Конвенции, не только разрешают споры, но и все в большей степени выполняют *функцию управления*¹³.

В целом заключение является очередным и очень важным этапом в развитии правового дискурса, связанного с изменением климата. Оно также является хорошей иллюстрацией некоторых настораживающих аспектов этого дискурса — его *активизма* (нацеленности на создание новых обязательств), *закрытости* (ограниченности круга субъектов, участвующих в его формировании), *организованности* (согласованности действий государств, организаций и судебных органов¹⁴), *недостаточной естественно-научной проработки*, *избирательности* (подчеркивания одних вопросов и игнорирования других) и *политизированности* (направленности против отдельных государств, прежде всего Китая).

Эти аспекты свидетельствуют о том, что климатический дискурс представляет собой не только и не столько очередной этап эволюции экологического права, сколько новое основание легитимности международного порядка (его *raison d'être*). Действительно, изменение климата постепенно определяется как главная угроза миру и безопасности, соблюдение климатических обязательств — как критерий разделения государств на законопослушных и изгоев, обещание суверена обеспечить биологическое выживание — как предмет общественного договора, а невыполнение этого обещания — как повод для санкций и внешнего вмешательства.

¹³ Lan Ngoc Nguyen. The Development of the Law of the Sea by UNCLOS Dispute Settlement Bodies. CUP, 2023. P. 285–287.

¹⁴ В формировании климатического дискурса принимают участие суды европейских стран (см., напр.: решения Верховного суда Нидерландов от 20.12.2029 по делу *Urgenda*; Конституционного суда Германии от 29.04.2021 по делу *Neubaurer et al.*); суды по правам человека (см.: заключение Межамериканского суда по правам человека об обязательствах, касающихся окружающей среды, от 15.11.2017; решения ЕСПЧ от 09.04.2024 по делам *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* и *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others*); комитеты по правам человека (см.: решения Комитета по правам ребенка от 22.09.2021 по делу *Sacchi, et al. v. Argentina, et al.*; Комитета по правам человека от 23.09.2022 по делу *Daniel Billy at al. versus Australia* (“Torres Strait Islanders case”)) и, наконец, универсальные суды — Трибунал и Международный суд ООН.



**АРМЕН ГАГИКОВИЧ
СЕРОБЯН**

генеральный партнер
Legal Eagles

Разграничение видов ответственности лиц, контролирующих должника: новые подходы в практике Верховного Суда

В недавно рассмотренных делах СКЭС ВС РФ определила соотношение субсидиарной ответственности и убытков в процессе банкротства, затронув одну из наиболее тонких, запутанных и пробельных тем. Оба вида ответственности лиц, контролирующих должника (далее — КДЛ), предусмотрены Законом о банкротстве¹⁵, однако многие вопросы оставались неурегулированными.

Основополагающее Постановление Пленума ВС РФ № 53¹⁶ посвящено в основном субсидиарной ответственности; взыскания убытков вскользь касается п. 20 и небольшой раздел об особенностях привлечения к ответственности по корпоративным основаниям (п. 68, 69¹⁷). Разъяснений оказалось явно недостаточно, и развитие практики пошло в рамках конкретных дел. Прорывным стал спор, рассмотренный СКЭС ВС РФ в конце марта 2024 года¹⁸ с участием статусных лиц — ВЭБ.РФ, ГлавУпДК при МИД России. Дело направлено на новое рассмотрение, при этом правовая позиция изложена в новой для ВС РФ форме.

Определение СКЭС ВС РФ напоминает, скорее, постановление Конституционного Суда РФ: правовая природа требований и их оценка, данная судом, детально излагаются в пронумерованных пунктах и подпунктах, каждый из которых посвящен конкретному элементу проблемы. Такая форма не только делает документ логически выстроенным, удобным для восприятия и последующих ссылок, но и создает впечатление фундаментального исследования, глубокого проникновения в существо отношений с максимально возможным охватом спорных моментов.

Суть спора: в деле о банкротстве ООО «Элит Дизайн» с КДЛ были взысканы убытки в пользу самого должника. ВЭБ.РФ, один из его кредиторов, решил, что он вправе распорядиться требованием об убытках так же, как если бы речь шла о субсидиарной ответственности (по правилам подп. 3 п. 2 ст. 61.17 Закона о банкротстве). ВЭБ.РФ настаивал на передаче части требования о взыскании убытков ему с выдачей исполнительного листа. Арбитражные суды трех инстанций отказали, формально сославшись на то, что расчеты с кредиторами не завершены.

СКЭС ВС РФ углубилась в теорию: в Определении по делу разграничена субсидиарная ответственность, кредиторские убытки (ст. 61.13 Закона

¹⁵ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Федеральным законом от 29.07.2017 № 266-ФЗ в Закон о банкротстве введена специальная глава III.2 «Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве».

¹⁶ Постановление Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».

¹⁷ Разъяснения даны в отношении ст. 61.20 Закона о банкротстве.

¹⁸ Определение ВС РФ от 28.03.2024 № 305-ЭС23-22266 по делу № А40-169761/2018.



о банкротстве) и корпоративные убытки (ст. 61.20 Закона о банкротстве). Исследование позволило определить, у каких лиц в каких случаях имеется материально-правовой интерес, и исходя из этого прийти к выводу о наличии либо отсутствию у кредиторов права распоряжаться требованием о взыскании убытков.

СКЭС ВС РФ констатировала, что ст. 61.17 Закона о банкротстве хоть и говорит только о субсидиарной ответственности, но не запрещает в определенных случаях использовать указанный механизм применительно к убыткам. И субсидиарная ответственность, и возмещение убытков направлены на достижение цели конкурсного производства — максимальное наполнение конкурсной массы для соразмерного удовлетворения требований кредиторов должника. В этом — сходство различных форм привлечения КДЛ к ответственности.

Дальше, однако, начинаются различия. Привлечение к субсидиарной ответственности — это специальный вид группового косвенного иска, направленного на возмещение вреда (генеральное правовое основание — в том числе ст. 1064 ГК РФ); разновидность иска об убытках, но с упрощенным процессом доказывания (действует презумпция вины ответчика — п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве), своим порядком определения размера ответственности (п. 11 ст. 61.11 Закона), правилами исковой давности¹⁹. Основное же отличие от убытков в том, что субсидиарная ответственность всегда направлена на погашение требований кредиторов, взыскание осуществляется в их пользу, у них — материально-правовой интерес.

Взыскание убытков, в отличие от субсидиарной ответственности, не всегда происходит в пользу кредиторов — нередко убытки направлены на возмещение потерь самой корпорации. Истцами по такому корпоративному иску вправе выступать также и кредиторы должника, но они являются только процессуальными истцами, а выгодоприобретателем (носителем материально-правового интереса) будет должник. Кредиторы могут претендовать на взысканные средства только в порядке распределения конкурсной массы по общим правилам.

Наряду с корпоративными СКЭС ВС РФ выделила кредиторские убытки, обладающие иной правовой природой (ст. 1064 ГК РФ, ст. 61.13 Закона о банкротстве). Они взыскиваются в пользу кредиторов, если недобросовестная деятельность корпорации причинила им вред. В этом случае именно кредиторы являются носителем субъективного права требовать возмещения убытков, материальный интерес — у них, а корпорация выступает лишь номинальным держателем прав от имени сообщества кредиторов.

Ответ на вопрос о праве кредитора распорядиться требованием о взыскании с КДЛ убытков напрямую зависит от квалификации этих убытков — яв-

¹⁹ Данные характеристики указаны в Определении ВС РФ от 03.07.2020 № 305-ЭС19-17007 (2), ссылка на которое содержится в п. 2 Определения ВС РФ от 28.03.2024 № 305-ЭС23-22266 по делу ООО «Элит Дизайн».

ляются ли они корпоративными или кредиторскими. Кредиторские убытки, как и субсидиарная ответственность, принадлежат самим кредиторам, поэтому применить к ним правила ст. 61.17 Закона о банкротстве СКЭС ВС РФ сочла возможным. В отношении корпоративных убытков данный механизм распоряжения неприменим.

Еще одно значимое дело, связанное с распоряжением кредиторами правом требования к КДЛ, СКЭС ВС РФ разрешила в мае²⁰. Правовая позиция также основана не на формальном подходе, а на наличии у кредитора материального права. Один из кредиторов ООО «Уфаспецстрой», контролирующие лица которого были привлечены к субсидиарной ответственности на многомиллионные суммы, распорядился правом требования — в соответствии с подп. 3 п. 2 ст. 61.17 Закона о банкротстве выбрал уступку части требования в размере непогашенной перед ним задолженности (чуть более 2 млн руб.). На имя кредитора был выдан исполнительный лист.

Взыскать денежные средства с КДЛ «Уфаспецстройка» кредитору не удалось, и он потребовал выплат из конкурсной массы должника, куда уже после уступки права требования поступили 6,24 млн руб., взысканные с дебитора должника. Арбитражные суды трех инстанций притязания кредитора отклонили, посчитав, что его требования погашены, поскольку он выбрал способ распоряжения субсидиарной ответственностью и получил исполнительный лист.

СКЭС ВС РФ судебные акты отменила и направила дело на новое рассмотрение. Основной аргумент: выбор кредитором способа распоряжения субсидиарной ответственностью не уменьшает размер требований этого кредитора и не дает оснований для признания их полностью погашенными. Соответственно, суд должен всякий раз проверять, состоялось ли фактическое погашение задолженности перед кредитором и в каком размере.

Тщательно исследовать материально-правовые отношения при взыскании с КДЛ убытков СКЭС ВС РФ потребовала также в деле КДЛ ООО «Севертранс»²¹, рассмотренном в начале марта. Это дело, вероятно, легло в основу глубокого исследования правовой природы убытков и субсидиарной ответственности при банкротстве, поиска материального интереса, что и позволило разграничить близкие институты и разобраться в ряде сложных моментов.

В деле «Севертранса» спор возник из-за займов на 65,7 млн руб., которые компания в предбанкротный период выдавала своему КДЛ. Арбитражный суд в деле о банкротстве поначалу отказался признать сумму непогашенных займов корпоративными убытками (по ст. 61.20 Закона о банкротстве),

²⁰ Определение ВС РФ от 03.05.2024 № 305-ЭС21-19337 (2) по делу № А40-242492/2018.

²¹ Определение ВС РФ от 07.03.2024 № 307-ЭС23-22696 по делу № А56-75868/2021.



посчитав, что можно предъявить иск о возврате заемных средств. Суды апелляционной и кассационной инстанций, напротив, взыскали всю сумму займов в качестве убытков, усмотрев причинение вреда кредиторам. Убытки взыскивались в пользу должника.

СКЭС ВС РФ направила дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Основная причина опять-таки в существовании материально-правовых отношений. СКЭС ВС РФ отметила, что цена иска об убытках по ст. 61.20 Закона о банкротстве, в отличие от требований о привлечении к субсидиарной ответственности, не ограничена размером требований кредиторов. В деле «Севертранс», однако, сумма убытков (65,7 млн руб.) существенно превысила размер требований кредиторов должника (11,35 млн руб.). Таким образом, взыскание убытков в пользу должника позволило бы не только рассчитаться с кредиторами, но и обеспечить выплаты лицу, имеющему право на получение ликвидационной квоты, — тому самому КДЛ, с которого взыскиваются убытки. СКЭС ВС РФ подчеркнула, что КДЛ стало бы одновременно взыскателем и должником по иску о взыскании убытков, что недопустимо. Вывод: в части размера убытков, превышающих сумму требований кредиторов, «отсутствовал субъект, чей правомерный интерес подлежал защите, что является самостоятельным основанием для отказа в удовлетворении требования о взыскании убытков в заявленном размере»²².

Все три определения СКЭС ВС РФ исключительно важны как с точки зрения практики привлечения КДЛ к ответственности в делах о банкротстве, так и с позиции теории банкротного права. Суд не ограничился формальным применением норм Закона о банкротстве, многие из которых имеют сугубо процессуальный характер, а исследовал отношения по существу и выявил материально-правовые интересы, подлежащие защите. Материально-правовой интерес стал отправной точкой, ключом к пониманию того, кто в какой ситуации выступает материальным истцом, а кто — процессуальным, в чью пользу — кредиторов или должника (конкурсной массы) — взыскиваются денежные суммы, когда можно и когда нельзя кредитору потребовать перевода права требования к КДЛ на себя. Кроме того, четкое разграничение видов исков позволяет определить предмет доказывания, распределить бремя доказывания, установить допустимый размер взыскания. Это важно для развития как материального, так и процессуального права.

Ранее эти вопросы не имели четких разъяснений ни в нормах Закона о банкротстве, ни в Постановлении Пленума ВС РФ № 53. Судебная практика постоянно сталкивается с новыми проблемами, решать которые приходится в конкретных делах, однако сейчас СКЭС ВС РФ вышла на качественно более высокий уровень как теоретической проработки вопросов, так и подачи правовых позиций.

²² Определение ВС РФ от 07.03.2024 № 307-ЭС23-22696.



**ОКСАНА ИВАНОВНА
ВЕЛИЧКОВА**

доцент кафедры
гражданского права и
процесса юридического
факультета ВГУ,
управляющий
партнер Адвокатской
конторы «Величкова и
партнёры», кандидат
юридических наук

Новый обзор судебной практики ВС РФ: в фокусе права — интересы детей

В рамках настоящей краткой заметки рассмотрим три правовые позиции Верховного Суда (ВС) РФ, включенные в Обзор судебной практики ВС РФ № 1 за 2024 год (далее — Обзор) и посвященные семейным правоотношениям. Некоторые из них являются новыми и ранее не упоминались в судебных постановлениях, иные, напротив, долго и последовательно развиваются судебной практикой, но в силу своей важности включены в текст Обзора.

1. Дело последнего рода было включено в п. 7 Обзора. Споры об определении места жительства детей при раздельном проживании родителей всегда требовали от суда тщательного и пристального изучения материалов дела, представленных сторонами доказательств и, что самое главное, учета мнения ребенка, достигшего десятилетнего возраста (ст. 57, п. 3 ст. 65 СК РФ). Шаблона решения по данной категории споров нет и быть не может, поскольку такие споры всегда индивидуальны, разнообразны и очень сложны.

Согласно обстоятельствам дела несовершеннолетний ребенок (девочка) до судебного разбирательства проживал с отцом, индуцированию²³ со стороны одного из родителей не поддавался (подтверждается психолого-педагогической экспертизой). В своем заключении орган опеки и попечительства пришел к выводу о целесообразности проживания ребенка с отцом, да и сама девочка выразила желание остаться с ним. Между тем суд апелляционной инстанции принимает решение об определении места жительства с матерью по гендерному признаку со ссылкой на ст. 6 Декларации прав ребенка²⁴. Указанная норма гласит: «Ребенок для полного и гармоничного развития его личности нуждается в любви и понимании. Он должен, когда это возможно, расти на попечении и под ответственностью своих родителей и во всяком случае в атмосфере любви и моральной и материальной обеспеченности; малолетний ребенок не должен, кроме тех случаев, когда имеются исключительные обстоятельства, быть разлучаем со своей матерью».

Отметим, что с точки зрения классической теории права указанная Декларация применению не подлежит, поскольку не относится к международным договорам и, как следствие, не имеет приоритета над нормами национального законодательства²⁵.

²³ Психологическое индуцирование — механизм формирования у ребенка негативного отношения к одному из родителей, запускаемый поведением другого родителя (индуктора) либо кого-либо из ближайшего окружения.

²⁴ Принята Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1959 года.

²⁵ Ранее автор акцентировала внимание на этом вопросе и рекомендует к прочтению глубокое исследование по данной теме О. А. Хазовой: *Хазова О.А.* Принцип 6 Декларации ООН прав ребенка 1959 года в контексте Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей 1980 года // Труды Института государства и права РАН. 2017. № 6. См. также: *Величкова О.И.* Влияние норм международного права на практику рассмотрения споров о месте жительства ребенка при раздельном проживании родителей // Семейное право и законодательство: политические и социальные ориентиры совершенствования: сб. тр. конференции. Тверь, 2015. С. 47–50.



ВС РФ²⁶ с позицией нижестоящих судов не согласился, указав на следующие ошибки.

Во-первых, суд апелляционной инстанции не мотивировал причины, руководствуясь которыми он пришел к выводу о целесообразности проживания несовершеннолетней с матерью. Во-вторых, не была дана надлежащая правовая оценка заключению органа опеки и попечительства и результатам судебной психолого-педагогической экспертизы. В-третьих, он не учел мнение ребенка, достигшего возраста десяти лет.

Наконец, ВС РФ вновь высказал идею о необходимости индивидуального подхода к рассмотрению данной категории споров — с учетом интересов ребенка и совокупности всех обстоятельств дела. В очередной раз было сказано о необходимости обосновать, почему отдается предпочтение одному из родителей и насколько такое решение соответствует интересам ребенка²⁷.

В чем заключается уникальность включенного в Обзор дела? Впервые ВС РФ сослался на ст. 6 Декларации прав ребенка в 2015 году²⁸, в то время как нижестоящие суды уже давно начали оперировать им при разрешении споров об определении места жительства²⁹. В этом деле ВС РФ дал направление для дальнейшего толкования понятия «исключительные обстоятельства» в смысле ст. 6 Декларации прав ребенка. Ранее под исключительными обстоятельствами понималось асоциальное поведение матери, подлежащее доказыванию и выражающееся, например, в пренебрежительном отношении к ребенку³⁰, алкоголизме, злоупотреблении наркотическими веществами³¹, инфантилизме и пр. В представленном Определении к исключительным обстоятельствам ВС РФ отнес «интересы ребенка и его психологическое состояние», которые устанавливаются посредством проведения психолого-педагогической экспертизы и мнения ребенка, достигшего возраста десяти лет. Тем самым суд кассационной инстанции, формально не отступив от изложенного в ст. 6 Декларации прав ребенка принципа, более четко определил границы применения данного правила, упирающиеся в благополучие и интересы несовершеннолетнего.

2. Интересный прецедент, связанный с защитой имущественных прав несовершеннолетних детей, можно обнаружить в п. 5 Обзора, хотя он и расположен

²⁶ Определение ВС РФ № 16-КГ23-20-К4.

²⁷ Аналогичный вывод воспроизводился в Обзоре практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.07.2011).

²⁸ Обзор судебной практики Верховного Суда РФ № 4 (2015) (утв. Президиумом ВС РФ 23.12.2015) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ См., напр.: решения Архангельского областного суда от 03.04.2013 по делу № 33-1551/2013 // СПС «КонсультантПлюс»; Коминтерновского районного суда г. Воронежа от 01.08.2014 по делу № 2-2525/14 // Архив Коминтерновского районного суда г. Воронежа.

³⁰ Решение Центрального районного суда города Тулы от 11.02.2020 по делу № 2-179/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

³¹ Заочное решение Советского районного суда города Орла от 11.09.2023 по делу № 2-2876/2023 // СПС «КонсультантПлюс».

в разделе «Разрешение споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

Дано: отец двух несовершеннолетних детей заключил договор приватизации квартиры, не включив в него детей (до заключения договора они были выписаны из указанной квартиры по его заявлению) и, как следствие, не запросив предварительное разрешение органов опеки и попечительства. В дальнейшем спорная квартира была продана лицу, признанному добросовестным приобретателем. Мать просила признать договор приватизации недействительным в части, касающейся невключения в него несовершеннолетних в качестве приобретателей, и истребовать по 1/3 доли в праве собственности. Суды исковые требования удовлетворили частично: признали договор недействительным в указанной части, но в истребовании доли в праве отказали исходя из необходимости защиты интересов добросовестного приобретателя.

ВС РФ³² не смог пройти мимо нарушения имущественных прав несовершеннолетних детей, которые не могут самостоятельно защищать свои права и законные интересы. Суд указал, что исследованию подлежали вопросы: 1) «соблюдения прав детей при заключении договора приватизации и договора купли-продажи жилого помещения»; 2) соблюдения порядка приватизации и отчуждения имущества, в частности — получение согласие органов опеки и попечительства; 3) выбытия спорного имущества из владения несовершеннолетних. Также ВС РФ пришел к выводу, что несовершеннолетних незаконно лишили права быть участниками приватизации: их исключение является по сути распоряжением имущественным правом, на что в соответствии со ч. 2 ст. 37 ГК РФ требовалось разрешение органа опеки и попечительства. По мнению высшей судебной инстанции, указанные обстоятельства позволяют говорить о выбытии недвижимого имущества помимо воли, что дает право суду отступить от идеи защиты прав добросовестного приобретателя.

Настоящее дело довольно ярко иллюстрирует путь защиты имущественных прав детей в случаях, когда их родители в силу различных причин пытаются избежать получения согласия органа опеки и попечительства для распоряжения имуществом. Высказанная позиция ВС РФ об ограничении прав на защиту добросовестного приобретателя может быть использована в интересах не только несовершеннолетних, но и иных уязвимых категорий лиц, которые были незаконно лишены права на участие в приватизации жилья.

3. Казус, приведенный в п. 6 Обзора, нельзя назвать новым. На протяжении нескольких лет судебная практика складывалась соответствующим ему образом³³, впервые ВС РФ прямо высказал аналогичную позицию

³² Определение ВС РФ № 41-КГ23-6-К4.

³³ См., напр.: апелляционное определение Рязанского областного суда от 20.06.2018 № 33-1466/2018; решение Щербинского районного суда города Москвы от 10.12.2018 по делу № 2-3977/2018; определение Свердловского районного суда города Костромы от 17.09.2020 № 2а-2701/2020 // СПС «КонсультантПлюс».



в 2022 году³⁴, а потом повторил ее в 2023-м³⁵ (последнее дело и было включено в Обзор).

Согласно обстоятельствам дела супруги приобрели в долях квартиру в 2018 году, оформив на супругу 9/10 доли в праве, супруга — 1/10. После расторжения брака супруга обратилась в суд с требованием о признании доли бывшего мужа в праве собственности на недвижимое имущество незначительной и взыскании денежной компенсации. Бывший муж подал встречный иск о признании имущества совместной собственностью и его разделе. Суды нижестоящих инстанций, удовлетворяя иски, посчитали, что супруги, приобретая имущество в долях, произвели раздел спорной квартиры еще при ее покупке. Отметим, что до 29 декабря 2015 года данный подход считался верным ввиду действовавшей в то время редакции п. 2 ст. 38 СК РФ, которая допускала заключение соглашения о разделе общего имущества супругов в простой письменной форме. Это в итоге приводило к невозможности перерасдела приобретенного таким образом имущества между супругами.

С данными выводами судов ВС РФ не согласился ввиду следующего. После внесения изменений в п. 2 ст. 38 СК РФ³⁶ нотариальная форма соглашения о разделе имущества супругов стала обязательной, а значит, приобретение имущества в долях в отсутствие нотариально удостоверенного соглашения не могло уже изменять режим общей совместной собственности. Следовательно, имущество, приобретенное супругами в долях (а это может касаться как недвижимости, так и, например, долей в уставном капитале), после внесения изменений в СК РФ является их общей совместной собственностью и может быть в дальнейшем разделено. Однако данное обстоятельство не всегда учитывается судами, которые путаются в действии закона во времени, что приводит к принятию не основанных на нормах права решений.

Подобное изменение практики было прогнозируемо после изменения закона, о чем автор упоминала в своей работе³⁷. Включив дело в Обзор, ВС РФ попытался предупредить повторение ошибок, допускаемых судами, подзабывшими правила действия нормативных правовых актов во времени и не учитывающими ранее принятые ВС РФ постановления. Как известно, судебные акты ВС РФ по конкретным делам иногда игнорируются нижестоящими судами, тогда как с позициями, изложенными в Обзорах, нельзя не считаться.

³⁴ Определение ВС РФ от 12.07.2022 № 77-КГ22-2-К1.

³⁵ Определение ВС РФ от 20.06.2023 № 18-КГ23-45-К4.

³⁶ См.: Федеральный закон от 29.12.2015 № 391-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «Консультант-Плюс».

³⁷ См.: *Величкова О.И.* Приобретение супругами имущества в общую долевую собственность: теоретические и практические проблемы // Семейное и жилищное право. 2018. № 1. С. 45–46. Более подробно эти вопросы рассматриваются на курсе автора «Семейно-правовая специализация под ключ» в Санкт-Петербургском институте адвокатуры.



**СЕРГЕЙ ГЕННАДЬЕВИЧ
КОНОВАЛОВ**

доцент кафедры
уголовного процесса,
правосудия и
прокурорского
надзора юридического
факультета МГУ имени
М.В. Ломоносова,
кандидат юридических
наук

Верховный Суд РФ против частного обвинения: попытка фрагментации реформы?

В конце мая Верховный Суд РФ выступил с очередной законодательной инициативой в сфере уголовного процесса. На этот раз речь идет о том, чтобы превратить дела о клевете из частных в частно-публичные³⁸.

Надо сказать, что эта идея не совсем нова. Еще три года назад Верховный Суд предлагал провести даже более радикальную реформу: упразднить институт частного обвинения как таковой, а дела о повторных побоях, легком вреде здоровью и клевете сделать делами частно-публичного обвинения³⁹. Однако инициатива закончилась неудачей: проект поправок не дошел даже до первого чтения. Сперва он два года пылился в ответственных комитетах Госдумы, а затем был возвращен инициатору по формальным мотивам⁴⁰.

Складывается ощущение, что Верховный Суд не готов мириться с этим провалом и теперь пробует провести задуманную реформу поэтапно. По крайней мере, сопоставление старого и нового проектов показывает, что перед нами — не более чем фрагмент прежней инициативы. В пояснительной записке к законопроекту 2024 года нет, кажется, ни одного нового аргумента. Обновилась разве что статистика, но выводы из нее те же. При этом в представленных рассуждениях между строк по-прежнему читается мысль о том, что частное обвинение должно исчезнуть.

Если цель Верховного Суда действительно в этом, то стоит отдать ему должное: начинать задуманную реформу с дел о клевете — тактически грамотный ход. В прошлый раз конкретно этим делам уделялось мало внимания. Основной акцент был сделан на насильственных составах, а главным аргументом против частного обвинения были позиции ЕСПЧ и его озабоченность проблемой домашнего насилия.

Понятно, что смена политической и идеологической обстановки в стране, а также провал прежней инициативы требовали нового подхода. Поэтому теперь мы видим акцент не на позициях ЕСПЧ, а на поручении Президента РФ, который в конце 2020 года, как утверждается, «рекомендовал Верховному Суду РФ подготовить законодательную инициативу об отнесении клеветы к категории дел

³⁸ Постановление Пленума ВС РФ от 28.05.2024 № 9 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта Федерального закона „О внесении изменений в статью 20 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации“» // СПС «КонсультантПлюс».

³⁹ Постановление Пленума ВС РФ от 06.04.2021 № 3 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта Федерального закона „О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (в части изменения вида уголовного преследования в отношении преступлений, предусмотренных частью первой статьи 115, статьей 116.1 и частью первой статьи 128.1 Уголовного кодекса Российской Федерации)“» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁰ В решении о возвращении указывалось, что проект не может быть рассмотрен, поскольку он предполагает внесение поправок в те положения УПК РФ, которые за это время успели измениться. См.: п. 42 Протокола заседания Совета Государственной Думы от 12.04.2023 № 09. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/download/60822CB4-CF87-40FF-9922-88E3A67E865D> (дата обращения: 02.07.2024).



частно-публичного обвинения»⁴¹. Разумеется, все доводы, лежащие в русле «прозападной идеологии»⁴², также исчезли. Впрочем, сути дела это не меняет. Даже без упоминания «международно-правовых стандартов» очевидно, что данная инициатива лежит в русле глобальных трендов. Достаточно вспомнить, что в 2021 году, в год внесения первого проекта Верховного Суда РФ, соседняя с нами Киргизия не без участия зарубежных акторов провела аналогичную реформу, полностью отказавшись от института частного обвинения⁴³.

Как бы то ни было, для оценки инициативы Верховного Суда важна не столько ее подоплека, сколько его аргументы. Но для их обсуждения сперва следует вспомнить несколько азбучных истин.

В российском уголовном процессе традиционно существует три вида обвинения: публичное, частно-публичное и частное (ст. 20 УПК РФ). Последнее имеет ряд важных процедурных особенностей. *Во-первых*, движение дел частного обвинения напрямую зависит от воли потерпевшего: их возбуждение возможно лишь по его заявлению, а его решение не продолжать преследование (примирение с обвиняемым, неявка в суд) влечет прекращение производства. При этом суд не вправе отказать потерпевшему в возбуждении уголовного дела. *Во-вторых*, в таких делах нет предварительного расследования. Сбор всех значимых материалов ложится на плечи самого пострадавшего (при необходимости ему содействует суд). *В-третьих*, обвинение по таким делам также поддерживает сам потерпевший, выступая в роли *частного обвинителя*.

Разумеется, столь явное преобладание частных (*диспозитивных*) начал не связано с отрицанием антиобщественного (т.е. *публичного*) характера клеветы, повторного нанесения побоев или причинения легкого вреда здоровью. Каждое из этих деяний признано преступным именно потому, что их общественная опасность несомненна. Причины выделения дел частного обвинения в другом.

Во-первых, перечисленные деяния, как правило, совершаются на бытовой почве. Они «возникают в результате различных семейных и бытовых дразг и неурядиц, родственных и дружеских осложнений, всяческих склок и столкновений»⁴⁴. Отказ государства вмешиваться в подобные конфликты против воли потерпевших продиктован заботой не столько об их *частных* интересах, сколько о таких *общественных* ценностях, как семья, дружба, коллектив и т.д.

Во-вторых, квалификация таких деяний как преступных часто напрямую зависит от субъективных оценок пострадавшего. Например, он может заявить,

⁴¹ Само поручение от 24 октября 2020 года № Пр-1734 не опубликовано, поэтому его точное содержание и причины появления неизвестны.

⁴² Стремление к продвижению западных ценностей вроде идеологии борьбы с домашним насилием было одним из пунктов критики прежней инициативы Верховного Суда. См., напр.: *Дорошков В.В.* Нужна ли ликвидация частного обвинения? // *Мировой судья*. 2021. № 4. С. 3–11.

⁴³ См.: *Коновалов С.Г.* Новейший УПК Киргизии: акт контрреформы или очередной симптом законодательной инфляции? // *Закон*. 2024. № 4. С. 155–156.

⁴⁴ *Строгович М.С.* Уголовные дела, возбуждаемые по жалобе потерпевшего // *Еженедельник советской юстиции*. 1926. № 4. С. 1186. См. в том же ключе Постановление КС РФ от 28.06.2023 № 36-П // СПС «КонсультантПлюс».

что не испытывал боль (что будет препятствовать вменению побоев) или не считает свою честь затронутой (что ставит под сомнение наличие клеветы).

В-третьих, особое значение в делах такого рода приобретает доказательственная активность потерпевшего. Установить факт клеветы без его содействия обычно непросто, а иногда и невозможно. К тому же само доказывание в таких случаях редко требует досудебного инструментария (разноплановых следственных действий, соблюдения тайны следствия и т.п.).

Что же противопоставляет этим доводам Верховный Суд РФ? Напомню, что он предлагает перевести дела о клевете в разряд дел частного-публичного обвинения, движение которых зависит от потерпевшего только в одном аспекте: их возбуждение невозможно без его заявления. Тем не менее Верховный Суд уверен, что такая реформа пойдет на пользу не только системе правосудия, но и самому потерпевшему. Этот тезис подкрепляется несколькими слабо связанными друг с другом аргументами.

В частности, авторы проекта отмечают, что клевета «наиболее сходна с оскорблением», которое сегодня преследуется в административном, т.е., по сути, публичном порядке. Этот довод мог бы быть весомым при наличии априорных оснований считать эталонным подход законодателя к преследованию оскорблений. Однако таких оснований у нас нет. Верховный Суд, очевидно, сам согласен с тем, что публичный порядок преследования в данном случае не подходит. Законопроект предлагает переход к *частно-публичному*, а не публичному порядку. Тем более не играет роли тот факт, что к делам публичного обвинения отнесены дела о «квалифицированной» клевете. Частный порядок по определению применим лишь к наименее опасным деяниям⁴⁵.

Далее в пояснительной записке констатируется высокий процент оправданий по делам о клевете, из чего делается вывод о необходимости досудебного фильтра в виде дознания. Но так ли он необходим, если речь, по признанию самого Верховного Суда, идет о «незначительном количестве преступлений»⁴⁶ (порядка 350 дел в год на всю страну)? Стоит ли спасать суды от немногих «напрасных» судебных разбирательств ценой риска незаконных отказов в возбуждении уголовных дел со стороны дознавателей? Кроме того, очевидно, что появление досудебного этапа приведет к удлинению уголовного процесса (возможно, весьма существенному). При этом расследование дел о клевете, как правило, не имеет смысла, а для тех редких случаев, когда потерпевший не владеет всей нужной информацией (не знает личность клеветника, его адрес и т.п.), закон уже сегодня предусматривает возможность перехода к публичному порядку преследования (ч. 4 ст. 20 УПК РФ).

Наконец, безусловным благом авторы проекта считают то, что судьи в случае реформы смогут отказывать примирившимся сторонам в прекращении дела

⁴⁵ Катякало С.И., Лукашевич В.З. Судопроизводство по делам частного обвинения. Л., 1972. С. 45.

⁴⁶ Финансово-экономическое обоснование к законопроекту № 636713-8. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/download/3A4DBB0B-45D7-42CD-A05D-56BA78E0EB2E> (дата обращения: 02.07.2024).



«с учетом всех его обстоятельств и сведений об обвиняемом». Однако это не столько довод в пользу предлагаемой реформы, сколько выражение несогласия с самой концепцией частного обвинения. Отмахнуться таким образом от традиции, уходящей своими корнями во времена Судебной реформы 1864 года и даже раньше⁴⁷, едва ли возможно. К тому же сам факт выдвигания подобных аргументов вызывает недоумение. Ни для кого не секрет, что Верховный Суд РФ — один из давних поборников идеи «снижения конфликтности в обществе» и «дальнейшего развития института примирения»⁴⁸. Сочетаются ли эти устремления с предлагаемой реформой — вопрос, пожалуй, риторический.

Как и любой другой институт с большой историей, частное обвинение уже не раз подвергалось нападкам. Возможность его упразднения обсуждалась в различные исторические периоды, причем аргументы, выдвигаемые тогда, звучали куда весомей, чем доводы современных реформаторов⁴⁹. Однако этот институт по-прежнему жив. Конечно, это не значит, что Верховный Суд не сможет добиться желаемого. Возможно, его новая стратегия поэтапной реформы сработает и твердыня частного обвинения падет. Но станет ли российский уголовный процесс от этого лучше? Наверное, высшему суду страны следует направлять свою энергию в более созидательное русло, демонстрируя упорство и изобретательность не в борьбе с традиционными институтами, а в оптимизации судебной практики. Ведь, строго говоря, в этом и есть его первоочередная задача.



**АЙНУР ИЛЬШАТОВИЧ
ШАЙДУЛЛИН**

консультант отдела законодательства о юридических лицах Исследовательского центра частного права, доцент департамента правового регулирования бизнеса факультета права НИУ «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук

Новеллы Закона о банкротстве

Основная цель майских изменений⁵⁰ Закона о банкротстве⁵¹ и АПК — это снижение нагрузки на судебную систему в части рассмотрения обособленных споров в делах о банкротстве. Согласно официальной статистике Судебного департамента при Верховном Суде РФ, в 2021 году арбитражными судами было рассмотрено 1,5 млн, в 2022 — 1,8 млн, а в 2023 году — 2,6 млн обособленных споров⁵². Это, безусловно, гигантские цифры! При этом в большинстве таких обособленных споров, прежде всего при установлении требований кредиторов, не возникает спора о праве, а потому ресурсы судебной системы во многом используются вхолостую. Такая ситуация потребовала системных мер. В связи с чем основная масса поправок направлена именно на решение указанной проблемы.

⁴⁷ См.: Великая реформа: к 150-летию Судебных Уставов. Т. 2 / под ред. Л.В. Головки. М., 2014. С. 22–23.

⁴⁸ См.: Постановление X Всероссийского съезда судей от 01.12.2022 № 1 «О развитии судебной системы Российской Федерации».

⁴⁹ См., напр.: *Таубер Л.Я.* Жалоба потерпевшего при преступлениях неофициальных. Харьков, 1909. С. 335–386; *Сухаревский Б.* Постановление о товарищеских судах и проект нового УПК о делах частного обвинения // Ежегодник советской юстиции. 1929. № 6. С. 130–132; *Анпилогова В.Г., Кокорев Л.Д.* К вопросу о частном обвинении // Социалистическая законность и охрана прав граждан: тезисы докладов. Воронеж, 1963. С. 80–81.

⁵⁰ Федеральный закон от 29.05.2024 № 107-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О несостоятельности (банкротстве)“ и статью 223 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

⁵¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее также — Закон).

⁵² См.: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=8687> (дата обращения: 04.07.2024).

Помимо прочего, изменениями затрагиваются отдельные вопросы, уже отчасти решенные в судебной практике. Теперь они решены и на уровне закона.

Здесь мы рассмотрим лишь те изменения, которые нам представляются наиболее важными.

1. Упрощенный порядок рассмотрения отдельных обособленных споров

Ключевой вопрос, обусловленный обязательным судебным порядком установления требований кредиторов в банкротстве (ст. 71, 100 Закона), состоял в следующем: как сделать, чтобы суды не тратили свои ресурсы на рассмотрение требований, в которых фактически отсутствует спор о праве?

Изначально предлагалось по образцу зарубежных правопорядков возложить функции установления требований кредиторов на арбитражного управляющего. В законопроекте предусматривалось, что он будет рассматривать предъявленные требования кредиторов и поступившие возражения на них, при наличии оснований включать такие требования в реестр требований и что его решение может быть обжаловано в арбитражном суде в течение 15 дней с момента его публикации.

На наш взгляд, такой подход был чреват конфликтами арбитражного управляющего с кредиторами и мог понапрасну затруднить осуществление им своих функций. Арбитражные управляющие, и без того очень часто находящиеся между молотом и наковальней, могли бы лишний раз быть заподозрены в необъективности. Установление требований арбитражным управляющим было бы полезным только в том случае, если не подразумевало бы решения управляющим спора о праве. Возражения относительно требований кредиторов направлялись бы в суд, а арбитражный управляющий устанавливал бы только те требования, по которым отсутствует спор о праве⁵³.

В конечном счете было решено отказаться от мысли об установлении требований кредиторов арбитражным управляющим в пользу упрощения судебного порядка рассмотрения требований, по которым отсутствует спор (отсутствуют возражения). В Законе прежде всего предусматривается, что требования кредиторов, если по ним не поступили возражения (в течение 30 дней со дня

⁵³ Действительно, например, в Германии требования кредиторов устанавливаются арбитражным управляющим. Вместе с тем следует учитывать, что требования кредиторов проходят первоначальную проверку на специальном заседании кредиторов (*Prüfungstermin*), назначаемом судом (§ 176 Положения о несостоятельности (*InsO*)). Если на этом собрании никаких возражений относительно требования не поступает, то требование кредитора считается установленным в реестре (*Insolvenztabelle*). Если у других кредиторов и (или) управляющего имеются возражения относительно заявленного требования, таковые могут быть озвучены на заседании, и если кредитор, заявляющий свои требования, с ними согласен, они разрешаются на месте в рамках заседания. Возражения же, которые не могут быть урегулированы между сторонами добровольно, рассматриваются судом отдельно вне рамок дела о банкротстве, а в реестр вносится соответствующая отметка. Таким образом, как мы видим, в Германии на арбитражного управляющего напрямую не возлагается функция по разрешению спора между кредиторами (см.: *Bork R. Einführung in das Insolvenzrecht. Tuebingen, 2017. S. 186–190*).



окончания срока для предъявления требований в наблюдении и 30 дней со дня предъявления требования кредитором в конкурсном производстве), рассматриваются без проведения судебного заседания, вызова лиц, участвующих в деле о банкротстве, и по их результатам выносятся лишь резолютивная часть определения. Если на такое решение подается апелляционная жалоба, то суд в течение 15 дней готовит мотивировочную часть определения. При этом, несмотря на то что судебное заседание не проводится, суд в общем порядке выносит определение о принятии заявления кредитора об установлении требования (оставлении без движения) (ст. 127–128 АПК), а впоследствии, если посчитает требование обоснованным и возражения кредиторов не поступят в течение установленного срока, — резолютивную часть решения об установлении требования кредитора⁵⁴.

Вместе с тем п. 26 Постановления Пленума № 35 о том, что проверка обоснованности и размера требований кредиторов осуществляется судом независимо от наличия разногласий относительно этих требований, не утрачивает своего значения, поскольку если у суда возникли сомнения в обоснованности требования кредитора, то он вправе (а точнее, даже должен) по своей инициативе назначить судебное заседание для рассмотрения такого требования (п. 3 ст. 71 Закона).

Важно заметить, что теперь согласно Закону требования могут заявляться только в электронном виде, — это должно помочь упростить документооборот для судов.

Кроме того, в отношении некоторых других обособленных споров в деле о банкротстве⁵⁵ закрепляются аналогичные положения об упрощенном порядке их рассмотрения (п. 2 ст. 60 Закона).

Помимо поправок, непосредственно направленных на снижение нагрузки на суды, Верховный Суд РФ воспользовался возможностью решения на уровне закона ряда других давно назревших в судебной практике проблем. Рассмотрим некоторые из них.

⁵⁴ Ранее согласно разъяснениям ВАС РФ допускалось рассмотрение требования кредитора, по которому не поступило возражений, без привлечения лиц, участвующих в деле, но — с обязательным назначением судебного заседания и вынесением полноценного решения (п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве»; далее — Постановление Пленума № 35). Иными словами, фактически не требовалось лишь выдерживать 15-дневный срок от назначения судебного заседания до даты самого заседания (ч. 1 ст. 121 АПК РФ).

⁵⁵ В частности, в отношении споров об утверждении суммы вознаграждения управляющего в размере от 100 тыс. руб. до 1 млн руб. (п. 9 ст. 20.6 Закона), о привлечении арбитражным управляющим для исполнения возложенных на него функций лица свыше лимитов, установленных законом (п. 6 ст. 20.7), о распределении судебных расходов и расходов на выплату вознаграждения арбитражному управляющему (п. 4 ст. 59), о продлении внешнего управления (п. 2 ст. 108) и конкурсного производства (п. 3 ст. 124), об истребовании документации и ценностей должника (ст. 126), об освобождении арбитражного управляющего от исполнения возложенных на него обязанностей (ст. 144), а также заявления о понуждении к принятию имущества (ст. 148).

2. Увеличение порога для формального признака банкротства для возбуждения дела о банкротстве

Закон увеличивает порог для возбуждения дела о банкротстве для юридических лиц с 300 тыс. до 2 млн руб. (п. 2 ст. 6 Закона). Эта поправка вызывает много критики в том смысле, что теперь кредиторам будет тяжело взыскивать задолженность до 2 млн руб., поскольку угроза возбуждения дела о банкротстве является наиболее эффективным способом побудить должника к исполнению обязательства. Вместе с тем очевидно, что использовать банкротство для таких целей — это все равно что палить из пушки по воробьям, т.е. использовать негодное средство для достижения искомой цели. Более того, это свидетельствует о неправильном понимании сути формальных критериев возбуждения дела о банкротстве. Наличие формальных признаков является не безусловным основанием для введения процедур банкротства, а лишь презумпцией наступления неплатежеспособности⁵⁶. Поэтому неплатежеспособности как таковой может не быть даже при наличии задолженности в размере порогового значения. Равно верно и обратное утверждение⁵⁷. Верховный Суд РФ фактически указал на презумптивный характер пороговых значений размера задолженности⁵⁸. Поэтому при правильном понимании пороговых значений как презумпций наличия признаков неплатежеспособности становится очевидным, что банкротство нельзя использовать как угрозу для должника, если последний является платежеспособным. И в этом смысле конкретная сумма (300 тыс. или 2 млн руб.) не имеет принципиального значения. Повышение пороговых значений как раз должно, по замыслу разработчиков Закона, отсеять необоснованные заявления о признании должника банкротом, поскольку при размере долга ниже 2 млн руб., пожалуй, нет смысла заниматься ее взысканием через дорогостоящую процедуру банкротства.

3. Унификация обжалования обособленных споров в деле о банкротстве

Еще одним важнейшим достоинством изменений является то, что они возводят на уровень закона понятие обособленного спора (п. 1 ст. 60)⁵⁹ и унифици-

⁵⁶ Например, Верховный суд Германии разъяснил, что должник предполагается неплатежеспособным, если: должник не платит по более чем 10% обязательств с наступившим сроком исполнения (*fälligen Verbindlichkeiten*); просрочка продолжается в течение не менее трех недель (такой срок не случаен — суд считает, что его достаточно для кредитоспособного лица для своевременного привлечения ликвидности, в том числе в банке). При этом указанные критерии применяются лишь как опровержимые презумпции. Так, суд указал, что «чем ближе в конкретной ситуации дефицит ликвидности к пороговым значениям, тем меньше требований должно предъявляться к доказыванию обстоятельств, с помощью которых презумпция может быть опровергнута. И наоборот, чем больше разница между фактическим дефицитом ликвидности и пороговым значением, тем более серьезными должны быть обстоятельства, подтверждающие возможность погасить все обязательства в обозримом будущем» (BGH Urteil vom 24.05.2005 — IX ZR 123/04).

⁵⁷ Определение ВС РФ от 15.08.2016 № 308-ЭС16-4658 по делу № А53-2012/2015.

⁵⁸ См. также: «...сам по себе момент возникновения признаков неплатежеспособности хозяйствующего субъекта может не совпадать с моментом его фактической несостоятельности (банкротства)... [фактическое банкротство наступает в случае, если лицо] не может удовлетворить требования кредиторов и исполнить публичные обязанности вследствие значительного уменьшения объема своих активов» (Определение ВС РФ от 21.04.2016 по делу № 302-ЭС14-1472).

⁵⁹ Пункты 14–19 Постановления Пленума № 35



руют порядок обжалования судебных актов, вынесенных при рассмотрении таких обособленных споров (ст. 61). Если раньше в соответствии с п. 35–40 Постановления Пленума № 35 различался порядок обжалования определенных в рамках отдельных обособленных споров по трудно определимым критериям, то теперь они обжалуются в течение одного месяца со дня вынесения судом определения по результатам рассмотрения обособленного спора.

4. Приобретение процессуальных прав в деле о банкротстве с момента предъявления кредитором своих требований

В п. 10 ст. 16 Закона закрепляется важнейшая норма о том, что кредитор получает процессуальные права в деле о банкротстве с момента предъявления своих требований в деле о банкротстве. В ранее действующем п. 3 ст. 100 Закона предусматривалось, что возражения относительно требований кредиторов могут быть предъявлены в арбитражный суд кредиторами, требования которых включены в реестр требований кредиторов. Из этого многие делали вывод, что кредитор получает статус и процессуальные права в деле о банкротстве только после включения требований в реестр. Вместе с тем судебная практика еще до принятия поправок стремилась уйти от такого строго формального подхода⁶⁰. Поэтому п. 10 ст. 16 Закона, строго говоря, является не подлинной новеллой⁶¹, а фактически формой аутентичного толкования закона⁶².

Более того, в указанном пункте вводится еще более прогрессивная норма о том, что возражения относительно требований кредиторов также могут быть

⁶⁰ В п. 30 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 60 «О некоторых вопросах, связанных с принятием Федерального закона от 30.12.2008 № 296-ФЗ „О внесении изменений в Федеральный закон „О несостоятельности (банкротстве)“» разъяснено, что статус лица, участвующего в деле о банкротстве, и соответствующие права (в частности, на ознакомление с материалами дела в части предъявленных всеми кредиторами требований и возражений, на участие в судебных заседаниях по рассмотрению требований всех кредиторов, на обжалование судебных актов, принятых по результатам рассмотрения указанных требований), необходимые для реализации права на заявление возражений, возникают у кредитора с момента принятия его требования к рассмотрению судом. Равно в п. 30 Постановления Пленума № 35 разъяснено, что в рассмотрении судом требования кредитора вправе участвовать любой другой кредитор, чье требование к этому моменту принято судом. Кроме того, в п. 39 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2017 года № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» указано, что должник, по обязательствам которого контролирующее лицо привлекается к субсидиарной ответственности, с момента принятия к производству в деле о банкротстве контролирующего лица требования, вытекающего из возмещения последним вреда, в том числе в период приостановления рассмотрения данного требования (абз. 4 п. 6 ст. 61.16 Закона), пользуется правами и несет обязанности лица, участвующего в деле о банкротстве контролирующего должника лица.

⁶¹ Верховный Суд РФ указал, что «следует заметить, что с изменением Закона о банкротстве с 29.05.2024 приобретение кредитором статуса лица, участвующего в деле о банкротстве, прямо связывается с моментом предъявления его требований к должнику в порядке, установленном статьями 71 и 100 Закона о банкротстве (пункт 10 статьи 16 Закона в редакции Федерального закона от 29.05.2024 № 107-ФЗ). Эти изменения по существу уточняют ранее введенное правовое регулирование, поэтому косвенным образом указывают, что прежняя редакция закона должна быть истолкована в пользу наличия у заявившегося кредитора права на обжалование действий конкурсного управляющего».

⁶² См.: *Егоров А.В.* Изменение закона как форма его аутентичного толкования // Закон. 2022. № 5. С. 14–36.

заявлены лицом, не имеющим объективной возможности предъявить требования к должнику (в том числе в силу процессуальных или процедурных особенностей возникновения (подтверждения) требований), но обосновавшим вероятность их предъявления в будущем. Представляется, что эту норму следует толковать расширительно — в том смысле, что кредитор может получить не только право заявлять возражения, но и весь объем процессуальных прав кредитора в деле о банкротстве (ст. 34 Закона). Прежде всего это касается приобретения процессуальных прав другим кредитором должника на этапе рассмотрения обоснованности заявления о признании должника банкротом (ст. 48 Закона) еще до того момента, как таким кредитором будет предъявлено требование о включении своего требования в реестр в процедурах банкротства. Указанная норма может помочь решить проблему с кредиторами, имеющими условные требования в отношении должника. В идеале, наверное, следует исходить из того, что условные требования подлежат включению в реестр, но без права голоса и с резервированием причитающихся средств до наступления условия. Но получение процессуальных прав еще до включения в реестр устраняет многие проблемы для таких кредиторов. Например, возможность участия в деле о банкротстве может получить заказчик, имеющий право предъявить требования к должнику после завершения экспертизы в части качества выполненных работ, если в отношении должника уже возбуждено дело о банкротстве. Либо право участия в деле может приобрести кредитор по субсидиарному поручительству⁶³.

5. Порядок экстраординарного обжалования ошибочного взыскания

Закон закрепляет порядок так называемого экстраординарного обжалования ошибочного взыскания⁶⁴, который ранее содержался лишь в п. 24 Постановления Пленума № 35⁶⁵. В соответствии с устойчивой практикой⁶⁶, действующей ранее, жалоба должна была подаваться применительно к правилам о пересмотре судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам в суд апелляционной инстанции⁶⁷. При этом соответствующие правила применялись лишь по аналогии, поэтому переходить к рассмотрению дела в апелляции по вновь открывшимся обстоятельствам отдельно не требовалось. В соответствии с новым п. 12 ст. 16 Закона такая жалоба (применительно к правилам пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам) может быть, как кажется, подана в том числе в суд первой инстанции, если решение не обжаловано в суде апелляционной инстанции.

⁶³ Пункт 4 Постановления Пленума ВС РФ от 29.06.2023 № 26 «Об особенностях применения судами в делах о несостоятельности (банкротстве) норм о поручительстве».

⁶⁴ Пункт 19 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 2 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 22.07.2020).

⁶⁵ *Мифтахутдинов Р.Т.* Ограниченная относительность судебного акта при банкротстве: как добросовестным кредиторам защититься от необоснованного требования, подтвержденного судебным актом // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 4. С. 104–125.

⁶⁶ Определение ВС РФ от 24.12.2015 № 304-ЭС15-12643 по делу № А45-6961/2014.

⁶⁷ Пункт 25 Постановления Пленума ВС РФ от 30.06.2020 № 12 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции».



В целом мне представляется, что стоило бы разработать общие правила опровержения судебных актов для целей дела о банкротстве (на основании данной поправки), когда судебный акт противопоставляется другим участникам дела (например, при оспаривании сделок, совершенных в процессуальной форме, оспаривании судебных актов контролирующим лицом и т.п.) по особым правилам.

6. Запрос информации без решения суда о заинтересованных с должником лицах

В Законе до принятия изменений было указано, что арбитражный управляющий вправе запрашивать у государственных органов необходимые сведения о самом должнике, об обязательствах должника, о его контрагентах и об иных перечисленных в этом абзаце лицах (п. 1 ст. 20.3). В результате в судебной практике наметилось различие между случаями, когда арбитражный управляющий вправе самостоятельно запрашивать сведения (прямо упомянутые законом случаи) и когда он может это делать только при помощи суда (ст. 66 АПК РФ). Например, Верховный Суд РФ разъяснял, что арбитражный управляющий только с помощью суда может запрашивать сведения о банковских счетах и имуществе, принадлежащем бывшей супруге должника⁶⁸, сведения о родственниках контролирующего должника⁶⁹, об имуществе, принадлежащем детям должника⁷⁰. В соответствии с принятыми поправками арбитражный управляющий должен иметь возможность запросить такие сведения без решения суда.

7. Специальный порядок исключения требования кредитора из реестра требований кредиторов либо изменения его очередности

В п. 8 ст. 71 Закона предусматривается, что если лицу, имеющему право на заявление возражений, после включения требования кредитора в реестр требований кредиторов станут известны обстоятельства, свидетельствующие о необоснованности требования кредитора либо об иной его очередности, такое лицо вправе обратиться в арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве, с заявлением об исключении требования кредитора из реестра требований кредиторов либо об изменении его очередности.

С одной стороны, в этом пункте отсутствует отсылка к правилам пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам (как это сделано, например, в п. 12 ст. 16 Закона). С этой точки зрения кажется, что указанная новелла дает именно дополнительную опцию для исключения из реестра или понижения в очередности требования кредитора для случая, когда он своевременно не подал возражений на такое требование при установлении в реестре. На данный момент практике известно немало примеров, когда в реестр включены требования аффилированных кредиторов, которые по уму должны были бы быть субординированы, но оснований для пересмотра определения об их

⁶⁸ Определение ВС РФ от 19.12.2022 № 305-ЭС22-9834 по делу № А40-180412/2019.

⁶⁹ Определение ВС РФ от 28.10.2021 № 308-ЭС21-12021 по делу № А32-31853/2020.

⁷⁰ Определение ВС РФ от 15.11.2021 № 307-ЭС19-23103(2) по делу № А56-6326/2018.

включении не имеется. Иногда участники дела о банкротстве пытались пойти окольным путем и понизить в очередности такие требования кредитора в порядке разрешения разногласий (ст. 60 Закона). Суды в целом последовательно пресекали такие попытки. При этом в большинстве случаев очень сложно обосновать, что аффилированность является вновь открывшимся обстоятельством, поскольку так или иначе свидетельства аффилированности, как правило, известны участникам дела⁷¹. В этом отношении интересным является предложение И.М. Шевченко: если кредитор при установлении его требования скрыл факт его аффилированности с должником, этот факт уже является достаточным основанием для пересмотра судебного акта об установлении его требования⁷². С учетом того, что кредитор в большинстве случаев вряд ли будет ссылаться на свою аффилированность и раскрывать ее, это предложение дает безусловное основание для пересмотра реестра.

С другой стороны, через механизм п. 8 ст. 71 Закона едва ли должно допускаться повторение процесса тем кредиторам, которые не заявили своих возражений при установлении требований другого кредитора (*res judicata*). Например, И.М. Шевченко пишет, что в данном случае правильнее было бы вести речь не об исключении требования из реестра требований кредиторов, а о пересмотре судебного акта по правилам главы 37 АПК РФ⁷³. Иными словами, это не дублирующий механизм, не дополнительная опция, а тот же механизм пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам с теми же правилами ее применения. С этой точки зрения п. 8 ст. 71 Закона попросту не является какой-либо новеллой.

8. Пресекающий характер срока для включения в реестр в конкурсном производстве

В п. 4 ст. 142 Закона теперь прямо отказались от идеи, что срок для включения требований кредиторов в реестр является пресекающим⁷⁴. Верховный Суд РФ последовательно снижал изначальную жесткость нормы, применяя ее с учетом выяснения объективных препятствий для конкретного кредитора для предъявления требований в установленный срок⁷⁵. В п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 июня 2023 года № 26 «Об особенностях применения судами в делах о несостоятельности (банкротстве) норм о поручительстве» прямо допущено восстановление срока для включения в реестр при наличии уважительных причин его пропуска в делах о банкротстве юридических лиц по аналогии.

⁷¹ Как отметил Верховный Суд РФ, «настаивающее на отмене судебного акта [лицо] должно подтвердить, что до окончания судебного разбирательства по существу спора оно объективно не имело возможности представить сведения об обстоятельствах, которые считает вновь открывшимися, обосновывающие эти обстоятельства доказательств» (Определение СКЭС ВС РФ от 27.12.2021 № 310-ЭС21-17848 (1, 2) по делу № А23-1812/2019).

⁷² Шевченко И.М. О различных системах установления требований кредиторов в делах о банкротстве // <https://probankrotstvo.ru/articles/o-razlicnyx-sistemax-ustanovleniia-trebovanii-kreditorov-v-delax-o-bankrotstve-6287> (дата обращения: 04.07.2024).

⁷³ Там же.

⁷⁴ Согласно п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.07.2005 № 93 «О некоторых вопросах, связанных с исчислением отдельных сроков по делам о банкротстве» возможность восстановления пропущенного срока включения в реестр не предусмотрена.

⁷⁵ См., напр.: Определение ВС РФ от 24.09.2014 № 307-ЭС14-100, от 27.09.2018 № 305-ЭС18-8007, от 27.04.2018 № 305-ЭС17-2344 (12).



В идеале, конечно, можно было бы вовсе исключить санкцию в виде понижения в очередности за пропуск срока, но это все же тоже существенный шаг вперед.

9. Вывод

Мне представляется, что принятые поправки должны облегчить жизнь банкротным судьям при рассмотрении отдельных обособленных споров, в особенности самой многочисленной их категории — об установлении требования кредиторов. В условиях устойчивой тенденции роста количества обособленных споров, на мой взгляд, эти поправки абсолютно оправданны. Кроме того, в Законе решается ряд иных проблем, назревших в судебной практике. При этом, пожалуй, нет ответа на вопрос о том, почему были решены именно эти проблемы, а не какие-то другие. Возможно, имеется определенный элемент случайности. А возможно, по другим проблемам попросту еще нет достаточного уровня уверенности в правильности занятой позиции, чтобы закрепить их решение на уровне закона.



**ВИТАЛИЙ ОЛЕГОВИЧ
КАЛЯТИН**

профессор
Исследовательского
центра частного права,
доцент департамента
права цифровых
технологий и биоправа
факультета права
НИУ «Высшая школа
экономики», кандидат
юридических наук,
доцент

Развитие подходов судебной практики к делам о защите авторских и смежных прав в сети Интернет

29 мая 2024 года Президиум Верховного Суда утвердил Обзор судебной практики рассмотрения гражданских дел, связанных с нарушением авторских и смежных прав в сети Интернет (далее — Обзор). Данный документ нельзя назвать революционным, но многие выводы Верховного Суда весьма интересны и важны для практики.

Отметим и прокомментируем наиболее примечательные из них (выбор, конечно, субъективен).

1. В случае объединения в одном произведении музыкальной и литературной частей необходимо оценить, является ли оно единым (п. 1); так, в случае неправомерного использования текста песни для создания новой песни будет нарушено и право обладателя прав на музыку, хотя она в новой песне использоваться не будет (п. 2).

Очевидно, что аналогичный вывод нужно сделать и на случай неправомерного использования музыки песни без использования ее слов, да и в других случаях использования единых объектов. Так, в п. 6 Обзора пояснено, что использование записанного музыкального произведения является законным при условии получения права не только на запись (фонограмму) и исполнение, но и на само музыкальное произведение с текстом, т.е. получения как смежных, так и авторских прав; в том же направлении следует Обзор и в п. 9.

2. Развивая положения постановления Конституционного Суда по делу Мамичева⁷⁶, Верховный Суд указал, что права автора производного произведения на осуществленную им переработку охраняются при использовании в сети Интер-

⁷⁶ Постановление КС РФ от 16.06.2022 № 25-П.

нет этого произведения независимо от охраны прав авторов произведений, на которых оно основано (п. 3). Это положение выглядит сравнительно бесспорным.

3. А вот п. 4 Обзора представляется, напротив, весьма спорным: он признает краткий пересказ произведения его переработкой. Но ведь краткий пересказ сводится, как правило, к простому изложению сюжета, что вряд ли можно считать использованием произведения. В результате избранный Верховным Судом подход означает невозможность любого пересказа чужого произведения без согласия правообладателя, хотя на деле нужно было бы оценивать объем и характер заимствования.

4. Вывод, сделанный в п. 7 Обзора о том, что наличие произведения в сети Интернет само по себе не свидетельствует о том, что оно находится в свободном доступе с возможностью копирования без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения, весьма тривиален, однако очень интересно дело, взятое в качестве иллюстрации, поскольку в нем речь шла о фотографии квитанции. Тем самым признано, что охраняться могут даже фотографии технического характера с минимальным уровнем творчества.

5. Дискуссионный характер носит разъяснение, данное в п. 13 Обзора: отсутствие информации об авторе произведения в цитируемом источнике в сети Интернет не освобождает от ответственности лицо, допустившее последующее цитирование произведения без указания автора (п. 13). Это означает, что нельзя считать произведение, в отношении которого в источнике не указан автор, анонимным и без выяснения автора такого произведения его использовать не допускается. Стремление защитить автора вполне понятно, но такое разъяснение фактически выводит из общественного использования анонимные произведения и произведения, обнародованные под никами (как это часто происходит в Сети).

6. При цитировании в работе нескольких произведений одного автора нельзя ограничиваться однократным общим указанием на автора и источник заимствования, а нужно делать это в отношении каждого использованного произведения (п. 12).

7. Ряд пунктов Обзора касаются ответственности информационного посредника. Лицо признается таковым с учетом характера осуществляемой им деятельности и определенных им условий использования сайта (п. 16); при этом осуществление владельцем сайта сделок в отношении экземпляров соответствующих произведений, реклама и (или) получение дохода непосредственно от неправомерного использования результатов интеллектуальной деятельности лишают лицо возможности считаться информационным посредником (п. 18, 19). Немаловажно, что Верховный Суд говорит в этом контексте о получении дохода только от нарушения; соответственно, если доход лица не связан непосредственно с нарушением, то такое лицо может быть признано информационным посредником (ведь любой интернет-провайдер преследует получение коммерческой прибыли).

8. Большое внимание уделено в Обзоре порядку определения размера компенсации за нарушение исключительного права. Учитываются данные о посещае-



мости и доходности сайта, на котором неправомерно использовался этот объект, длительность периода неправомерного использования объекта на сайте, характер деятельности ответчика, в том числе допускалось ли нарушение однократно или систематически (п. 21), причем неоднократное размещение произведения на страницах сайта (в одном из примеров говорится об использовании фотографий на 121 странице сайта) может рассматриваться как одно нарушение, если эти действия охватываются единством намерения нарушителя (п. 22). В то же время каждое скачивание экземпляра произведения образует самостоятельное нарушение исключительного права на него со стороны скачивающего его лица (п. 23), хотя и в этом случае представляется, что можно пытаться доказать единство намерений нарушителя (например, если неоднократность скачивания была обусловлена техническими проблемами). По крайней мере для лица, открывшего произведение для скачивания, это будет одно нарушение, и в отношении него количество скачиваний будет учитываться лишь для определения размера компенсации (п. 24).

9. Единство намерений может иметь место и в случае, когда действия совершаются в разных местах (п. 28) и даже разными лицами (п. 29), что позволяет существенно ограничить размер взыскиваемой компенсации.

10. Верховный Суд также поясняет, что изменение границ и (или) формата исходного фотографического произведения без внесения иных (творческих) правок в получившуюся по результатам такого редактирования часть не приводит к созданию нового (производного) произведения (п. 26). Это разъяснение касается, например, случаев обрезки фотографий, которые несколько раз возникали на практике.

11. Важно также заметить, что установление факта неправомерного размещения на сайте предложения о продаже любым способом экземпляров произведений независимо от способа предоставления покупателю доступа к использованию объекта (предоставление ссылки для скачивания произведения, передача экземпляра произведения на материальном носителе, предоставление доступа к облачному хранилищу и пр.) является достаточным для признания того, что исключительное право нарушено, и принятия решения о запрете создания технических условий, обеспечивающих размещение такой информации на страницах сайта в сети Интернет (п. 31).

12. Большое практическое значение имеет и уточнение момента начала течения срока исковой давности: он начинается не с момента неправомерного размещения объекта авторских прав в сети Интернет (когда формально правообладатель мог бы узнать о нарушении), а только со дня, когда обладатель исключительного права узнал или должен был узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком (п. 33). Поэтому нарушитель может быть привлечен к ответственности даже спустя много лет после размещения объекта в Интернете, если он скрывал свое имя (как это обычно и происходит).

Каждый из отмеченных пунктов, конечно, может быть предметом для отдельного рассмотрения, но даже в рамках краткого обзора видно, что Верховный Суд затронул в своем документе многие важные для практики вопросы. ■

In the July Chronicle, experts comment on new amendments to the bankruptcy law, reviews of the Supreme Court's practice on family law relations and protection of copyright and related rights on the Internet, decisions of the Supreme and Constitutional Courts on the procedure of tax payment in the process of debtor's bankruptcy, new approaches of court practice in relation to the liability of persons controlling the debtor, the Supreme Court's legislative initiative to include defamation in public-private cases, as well as the opinion of the International Tribunal for the Law of the Sea, in which it formulated several new conclusions on the problems of liability for climate change.

Keywords: *bankruptcy, bankruptcy law, person in control of the debtor, subsidiary liability, creditor's damages, corporate damages, family disputes, child protection, matrimonial property, climate change, Law of the Sea Convention, International Tribunal for the Law of the Sea*

Taxes in Bankruptcy Were Shown Their Place

Olga P. Pleshanova

Head of Analytical Department at Infralex Law Firm, LLM (e-mail: Olga.pleshanova@infralex.ru)

ITLOS Advisory Opinion of 21 May 2024: Systemic Commentary of Climate Discourse

Vladislav L. Tolstykh

Professor of the Department of International Law at MGIMO of the Ministry of Foreign Affairs of Russia; Senior Researcher at Institute of Oriental Studies of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences (e-mail: vlt73@mail.ru)

Distinguishing between Types of Liability of Persons Controlling a Debtor: New Approaches of the Russian Supreme Court

Armen G. Serobyan

General Partner of *Legal Eagles* (e-mail: a.serobyan@legal-eagles.ru)

New Judicial Practice Review of the Russian Supreme Court: Focus on the Children's Interests

Oksana I. Velichkova

Associate Professor of the Department of Civil Law and Procedure of the Faculty of Law at Voronezh State University, Managing Partner of *Velichkova and Partners*, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: info@velichkova.ru)

Russian Supreme Court vs Private Prosecution: An Attempt to Fragment Reform?

Sergey G. Konovalov

Assistant Professor at the Department of Criminal Procedure, Justice and Supervision by Public Prosecutor of the Faculty of Law at Lomonosov Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: sgkonovalov@rambler.ru)

Novelties of the Bankruptcy Law

Ainur I. Shaidullin

Counsellor of the Corporate law Department at Private Law Research Center, Associate Professor of the Department of Legal Regulation of Business at HSE University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: a.shaidullin.law@yandex.ru)

Development of Judicial Practice Approaches to Protection of Copyright and Related Rights on the Internet

Vitaliy O. Kalyatin

Professor of the Private Law Research Centre, Associate Professor of School of Digital Law and Bio-Law at HSE University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: kalvit@yandex.ru)



**ДМИТРИЙ ВИКТОРОВИЧ
ТАРИКАНОВ**

доцент кафедры
международного
частного права
Всероссийской
академии внешней
торговли, кандидат
юридических наук

ПРАВО НА ОБЯЗАТЕЛЬНУЮ ДОЛЮ В НАСЛЕДСТВЕ КАК ЧАСТЬ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА (В СВЯЗИ С РЕШЕНИЯМИ ЕСПЧ ОТ 15 ФЕВРАЛЯ 2024 ГОДА)

В большинстве стран континентальной Европы существует не обусловленное нуждаемостью наследников право детей и супруга наследодателя на обязательную долю в наследстве, которое ограничивает возможности наследодателя распорядиться своим имуществом на случай смерти. Данный институт обеспечивает равенство наследников и — косвенно — сохранение семейного мира. Эти этические соображения обусловили признание права на обязательную долю конституционно защищаемым в Германии, равно как и борьбу за его защиту в трансграничных отношениях со стороны французского законодателя. Защитникам института обязательной доли противостоят международные веяния, идущие из англосаксонского мира, где института обязательной доли нет: общеевропейский Регламент о наследовании, применяемый к открывшимся после 17 августа 2015 года наследствам, содержит туманные правила о статусе обязательной доли как защищаемой публичным порядком ценности, а Европейский суд по правам человека в двух решениях 2024 года отказал наследникам французских композиторов М. Жарра и М. Коломбьера в защите их предусмотренного французским законом права на обязательную долю против абсолютной свободы завещания в англо-американском праве.

Ключевые слова: обязательная доля в наследстве, международное частное право, международный публичный порядок, Европейский союз, Регламент о наследовании, Германия, Франция, Англия

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-157-170

Введение

Пункт 1 ст. 1149 Гражданского кодекса РФ предусматривает, что несовершеннолетние или нетрудоспособные дети наследодателя, его нетрудоспособные супруг и родители, а также нетрудоспособные иждивенцы наследодателя наследуют независимо от содержания завещания не менее половины доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону (обязательная доля).

Таким образом, институт обязательной доли в наследстве ограничивает свободу распоряжения своим имуществом на случай смерти, т.е. свободу завещания, предусмотренную абз. 1 п. 1 ст. 1119 Гражданского кодекса РФ.

I. Обзор материального права об обязательной доле

Право на обязательную долю в наследстве присутствует практически во всех европейских правовых системах (1), однако в подавляющем большинстве этих правовых систем она покоится на иной модели, чем имеет место в российском (3) и английском (2) праве, а именно: основанием этого права является не нуждаемость, а исключительно либо близкое кровное родство, либо статус супруга.

1. Право на обязательную долю в странах континентальной Европы

Континентальная модель ведет свою историю с римского права¹ — с Конституций Юстиниана 528 года С. 3.28.31 (Justin. 528) и 531 года С. 3.28.34 (Justin. 531), а также Новеллы 18 536 года².

¹ Это обстоятельство подчеркивается Конституционным судом ФРГ в подтверждение идеи о глубоких корнях данного института, а не его случайном, произвольном характере: «Существующая в Германии обязательная доля в пользу детей наследодателя соответствует в своей основе правовым порядкам тех европейских стран, которые развивались под влиянием римского права» (Bundesverfassungsgericht 19.04.2005, 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03, Rdnr. 70. Текст на нем. яз. см.: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050419_1bvr164400.html (дата обращения: 21.06.2024).

² Longchamps de Bérier F. Law of Succession: Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective. Warszawa, 2011. P. 121.

Так, в соответствии с § 2303 Гражданского уложения Германии потомки, родители и супруг наследодателя имеют право на половину той стоимости, которая полагалась бы им в случае отсутствия завещания (обязательная доля, *Pflichtteil*).

В силу абз. 1 ст. 912 и абз. 1 ст. 913 Гражданского кодекса Франции обязательная доля (*la réserve héréditaire*), т.е. та часть имущества наследодателя, которой он не может распорядиться ни посредством дарения, ни посредством завещания, составляет половину его имущества при наличии у него одного ребенка, две трети — если детей двое и три четверти — если детей трое и больше. В силу ст. 914-1 в случае отсутствия у наследодателя потомков обязательная доля в размере одной четверти существует в пользу пережившего супруга.

В соответствии со ст. 537 Гражданского кодекса Италии обязательная доля (*legittima*) в пользу детей при отсутствии пережившего супруга составляет половину имущества наследодателя при наличии одного ребенка и две трети — если детей больше одного. При отсутствии у наследодателя детей и пережившего супруга, но наличии родителей в пользу последних устанавливается обязательная доля в размере одной трети (ст. 538). В пользу пережившего супруга при отсутствии детей и родителей наследодателя устанавливается обязательная доля в размере половины (ст. 540). При наличии у наследодателя пережившего супруга и одного ребенка в пользу каждого из них устанавливается обязательная доля в размере одной трети (всего — две трети, абз. 1 ст. 542), а при наличии двух или более детей — в пользу всех детей половина, а в пользу супруга — одна четверть (всего — три четверти, абз. 2 ст. 542). При отсутствии у наследодателя детей, но наличии переживших родителей и супруга обязательная доля в пользу супруга составляет половину, а в пользу родителей — одну четверть (абз. 1 ст. 544).

Согласно ст. 806 и абз. 1 ст. 808 Гражданского кодекса Испании обязательная доля (*legítima*) в пользу детей наследодателя составляет две трети его имущества, а в соответствии со ст. 809 в случае отсутствия детей устанавливается обязательная доля в пользу родителей в размере половины имущества, если у наследодателя нет пережившего супруга, и одной трети, если переживший супруг имеется. Переживший супруг, хотя и упоминается в качестве правообладателя обя-



зательной доли в п. 3 ст. 807, приобретает лишь право на узупфрукт (пожизненное пользование) на одну треть имущества наследодателя, если у последнего есть дети (ст. 834), на половину имущества наследодателя, если детей нет, но есть родители (ст. 837), и на две трети имущества, если нет ни детей, ни родителей (ст. 838).

В силу ст. 991 Гражданского кодекса Польши дети наследодателя имеют право на обязательную долю в размере половины от того, что они получили бы в случае отсутствия завещания, а если дети несовершеннолетние, то размер обязательной доли увеличивается до двух третей³.

В соответствии со ст. 2156 и ч. 2 ст. 2159 Гражданского кодекса Португалии обязательная доля (*legítima*) в пользу детей при отсутствии пережившего супруга устанавливается в размере половины наследства, если ребенок один, и двух третей — если детей двое и больше. При наличии пережившего супруга и детей обязательная доля в целом составляет две трети (ч. 1 ст. 2159). При отсутствии детей обязательная доля устанавливается в пользу пережившего супруга и родителей наследодателя — в размере двух третей наследства (ч. 1 ст. 2161), а если нет и пережившего супруга — то в только в пользу родителей в размере одной трети, если есть только один родитель или его предки, и в размере половины наследства, если есть оба родителя или их предки (ч. 2 ст. 2161). Если нет ни детей, ни родителей, а только переживший супруг, то его обязательная доля составляет половину наследства (ст. 2158).

Согласно ст. 4.145 Гражданского кодекса Бельгии обязательная доля в пользу детей (*la réserve des enfants*) устанавливается в размере половины наследственной массы. В пользу пережившего супруга также устанавливается обязательная доля (*la réserve du conjoint survivant*), но, как и в Гражданском кодексе Испании, речь идет лишь об узупфрукте в отношении половины наследственной массы (§ 1 ст. 4.147).

§ 757 Общего гражданского уложения Австрии устанавливает, что правообладателями обязательной доли являются дети, а также супруг (зарегистрирован-

ный партнер) наследодателя, а в соответствии с § 759 ее размер составляет половину от того, что получил бы соответствующий правообладатель в отсутствие завещания.

В силу ст. 471 Гражданского кодекса Швейцарии обязательная доля в пользу детей наследодателя составляет половину от того, что причиталось бы им в случае отсутствия завещания, а в пользу пережившего супруга (зарегистрированного партнера) наследодателя — одну четверть.

В этом ряду особое место занимают Англия и Россия.

2. Право на обязательную долю в Англии

В период великих потрясений в Англии середины XVI века — начавшихся с беспрецедентного развода короля Генриха VIII Тюдора с испанской принцессой Екатериной Арагонской, реализовать который король смог только ценой отделения английской (отныне англиканской) церкви от римско-католической церкви, начавшегося в 1529 году (так как Папа Римский, не желавший идти на конфликт с племянником Екатерины императором Священной Римской империи Карлом Габсбургом, не дал согласия на этот развод), — в 1540 году был принят и беспрецедентный Закон о завещаниях (*The Statute of Wills or Wills Act 1540* (32 Hen. 8. c. 1)), которым в Англии в отход от действовавшего в Европе и восходящего к римскому праву права на обязательную долю была установлена полная свобода завещания. С тех пор институт обязательной доли в английском праве так и не был восстановлен.

Однако действующий в Англии и Уэльсе Закон Великобритании о наследовании (положения о родственниках и домочадцах) 1975 года (*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*) в редакции 1995 года, применимой к наследствам, открывшимся после 1 января 1996 года (ст. 1A), устанавливает право супруга или зарегистрированного партнера; бывшего супруга или зарегистрированного партнера наследодателя, при условии что этот супруг или партнер не вступил в новый брак/партнерство; ребенка наследодателя; лица, хотя и не являющегося ребенком наследодателя, но воспитывавшегося в союзе (семье или партнерстве), где наследодатель играл роль роди-

³ См. процитированное в сноске 1 решение Конституционного суда ФРГ.

теля и где данное лицо воспринималось как ребенок (воспитанник) наследодателя; наконец, лица, которое наследодатель финансово поддерживал, полностью или частично, в период, предшествовавший смерти наследодателя, на разумное финансовое обеспечение (*reasonable financial provision*), размер которого устанавливается судом (ст. 1).

Другими словами, ограничения свободы завещания в Англии введены, но они покоятся на иной идее, чем та, что лежит в основе права на обязательную долю на континенте. В Англии эта идея заключается в имущественном обеспечении нуждающегося иждивенца наследодателя (алиментное начало), а не в ограничении свободы завещания наследодателя в интересах семейной солидарности.

3. Право на обязательную долю в России

Пункт 1 ст. 1149 Гражданского кодекса РФ обнаруживает удивительные параллели с английским регулированием 1995 года, особенно в связи с фигурой нетрудоспособного иждивенца наследодателя, не связанного с последним родственными отношениями, но история возникновения российской нормы иная.

Первоначально в Советской России института обязательной доли не существовало (ст. 422 Гражданского кодекса РСФСР 1922 года), что полностью соответствовало новой идеологии, выраженной в Декрете ВЦИК от 27 апреля 1918 года «Об отмене наследования».

Однако несколько лет спустя большевистское правительство пришло к пониманию, что посредством права на обязательную долю в наследстве можно решать проблему имущественного обеспечения наиболее уязвимых категорий граждан и тем самым публично-правовую задачу их социального обеспечения.

Институт обязательной доли был введен постановлением ВЦИК и СНК от 28 мая 1928 года «О дополнении статьи 422 Гражданского кодекса РСФСР примечанием 2». Отныне наследодатель не вправе был лишить «права законного наследования тех наследников по закону, которым к моменту смерти наследодателя не

исполнится восемнадцать лет»⁴, а его завещательные распоряжения, ограничивающие наследственные права данных лиц, могли составлять не более одной четверти доли, которую они должны были бы получить при наследовании по закону.

Заложенная в этой норме идея переходит сначала в ст. 535 Гражданского кодекса РСФСР 1964 года (согласно которой несовершеннолетние или нетрудоспособные дети наследодателя, а также нетрудоспособные супруг, родители (усыновители) и иждивенцы умершего наследовали, независимо от содержания завещания, не менее двух третей доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону (обязательная доля)), а в период последней кодификации — в процитированный во введении п. 1 ст. 1149 ныне действующего Гражданского кодекса РФ.

Таким образом, институт обязательной доли, введенный в России в период потрясений первой трети XX века, не менее великих, чем английские потрясения середины XVI века, содержательно совпадает с современной английской концепцией и заключается в том, что его материальным основанием является не кровное родство (модель заранее установленного круга правообладателей обязательной доли, *modèle de référence*⁵), а отсутствующая или ограниченная способность наследников к труду (*алиментная идеология*⁶, *fonction d'assistance*⁷).

II. Обоснование института обязательной доли

Учитывая, что право на обязательную долю континентального образца императивным образом ограничивает права собственника по распоряжению сво-

⁴ В кавычки взята формулировка правовой нормы, в настоящее время стилистически являющаяся устаревшей.

⁵ Французский термин Б. Ансея, см.: *Ansel B. Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français, note sous Civ. 1ère, 27.09.2017, №№ 16-13151, 16-17198 // Revue critique de droit international privé. 2018. № 1. P. 98.*

⁶ Термин Е.Ю. Петрова, см.: *Петров Е.Ю. Наследственное право России: состояние и перспективы развития (сравнительно-правовое исследование). М., 2017. С. 53–54; Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018. С. 307–308 (автор соответствующей главы — Е.Ю. Петров).*

⁷ Французский термин Б. Ансея, см.: *Ansel B. Op. cit.*



им имуществом на случай своей смерти, существуют ли основания для применения оговорки о публичном порядке в странах, где эта модель действует, если применимым правом в силу коллизионной нормы этих стран является английское или российское право?

Для этого необходимо сначала решить, является ли право на обязательную долю частью внутреннего публичного порядка. На этот вопрос был дан утвердительный ответ как (1) в позитивном праве (в Германии), так и (2) со стороны доктрины (во Франции).

1. Решение Конституционного суда ФРГ 2005 года

По вопросу о статусе обязательной доли во внутреннем правопорядке убедительно высказался Конституционный суд ФРГ в 2005 году.

Формально-технически задача суда была упрощена тем, что в ч. 1 ст. 14 Основного закона ФРГ собственность и право наследования указаны в одном и том же предложении как два взаимосвязанных основных права человека, защищаемые на конституционном уровне (для сравнения: ч. 1 ст. 35 Конституции РФ право наследования не упоминает).

Однако для Суда это обстоятельство было лишь отправной точкой, но ни в коем случае не решающим аргументом. Суд выдвинул и убедительно обосновал принципы императивной семейной солидарности, равенства детей и необходимость особой защиты детей, происходящих от союзов, которые прекратились задолго до смерти наследодателя, на которых покоится институт обязательной доли:

«Структурообразующие признаки участия детей в наследовании являются *выражением семейной солидарности*, которая существует между наследодателем и его детьми в форме, *принципиально не допускающей ее прекращения* (здесь и далее в цитатах курсив наш. — Д.Т.). Часть 1 статьи 6 Основного закона (посвященная конституционной защите семьи. — Д.Т.) защищает данное отношение между наследодателем и его детьми в статусе пожизненной общности, в рамках которой родители и дети являются не только управомоченными, но и

обязанными по взаимной как имущественной, так и личной поддержке»⁸;

«в случаях возникновения неприязненных отношений между наследодателем и его детьми, равно как и в случае глубокого конфликта между ними право на обязательную долю устанавливает границы в свободе завещания наследодателя и в реализуемой посредством этой свободы возможности „наказать“ своего ребенка через лишение наследства... *Хотя право на обязательную долю не исключает неравного отношения к детям со стороны наследодателя, оно тем не менее релативирует его.* Помимо этого, право на обязательную долю позволяет предотвратить непропорциональное ущемление детей посредством назначения в качестве единственного наследника супруга или лица, не входящего в круг семьи. Таким образом, право на обязательную долю по Гражданскому уложению может и должно обеспечивать защиту детей наследодателя от того, что при разделе наследства семейные отношения либо вообще не найдут отражения, либо это отражение будет искаженным»⁹;

«*особое значение право на обязательную долю приобретает в случаях, когда дети наследодателя происходят от его прежнего брака или внебрачной связи, учитывая, что именно в этих случаях велика вероятность их отстранения от наследования*»¹⁰.

2. Французская доктрина

Эти же идеи высказываются М. Гримальди — ведущим французским специалистом в области наследственного права, автором проекта закона о великой реформе наследственного права во Франции, принятого в 2006 году:

«*Право на обязательную долю есть выражение семейной солидарности и гарантирует минимум равенства между детьми... семейная солидарность и равенство детей... суть ценности, которые вряд ли потеряли актуальность*»¹¹;

⁸ Bundesverfassungsgericht 19.04.2005, 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03, Rdnr. 73.

⁹ Ibid. Rdnr. 74.

¹⁰ Ibid. Rdnr. 75.

¹¹ Grimaldi M. Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire // Defrénois. 2012. 30 août. P. 755–761. № 8.

«право на обязательную долю выражает фундаментальные семейные ценности: солидарность, равенство и свободу. ...Даже будучи ослабленным вследствие реформ последних лет, это право *продолжает эффективно защищать наследника против свободы наследодателя распорядиться своим имуществом* и, несмотря на то, что это право остается предметом дискуссий, законодатель вновь подтверждает его сохранение в нашем законодательстве»¹².

В связи с этим нельзя согласиться с позицией Е.Ю. Петрова о том, что лежащие в основе института обязательной доли идеи (исторически — идея семейной собственности, сегодня — идея семейной солидарности) не в состоянии обеспечить достаточный фундамент для права на обязательную долю в настоящую эпоху господства индивидуализма и увеличенной продолжительности жизни, когда в момент открытия наследства наследники вполне себя обеспечивают¹³.

Помимо имущественного обеспечения наследников, право на обязательную долю призвано защитить детей от дискриминации со стороны наследодателя¹⁴, зачастую обусловленной эмоциональными порывами и/или устойчивым психологическим влиянием окружающих наследодателя экстравертов («любимчиков»). Эта дискриминация несет значительный потенциал разрушения семейного мира, поскольку в ее результате существовавшие до смерти наследодателя минимальные надежды его враждующих наследников примириться в день общей скорби разрушаются несправедливым завещанием раз и навсегда.

III. Право на обязательную долю в международном частном праве

Цель защиты детей наследодателя от дискриминации с его стороны достаточна, чтобы возвести институт обязательной доли в ранг элемента международно-

го публичного порядка в странах континентальной правовой традиции, если применимое иностранное право либо вообще не знает институт обязательной доли, либо основывает его на концепции нуждаемости, как это имеет место в английском и российском праве. Так поступил Верховный суд ФРГ (см. далее подраздел 4), а французский законодатель установил императивное правовое регулирование, делающее обращение к оговорке о публичном порядке излишним (подраздел 5).

Однако англо-американское влияние, где свобода распоряжения своим имуществом возведена в ранг высших ценностей, стало основой мощного сопротивления для продвижения идеи об освобождении от оков обязательной доли: Регламент ЕС о наследовании (подраздел 1), французские суды (2), Верховный суд Австрии (3) и, наконец, Европейский суд по правам человека (6) оказались проводниками этого влияния.

1. Правовой режим обязательной доли в Регламенте о наследовании

4 июля 2012 года был принят Регламент Европейского парламента и Совета Европейского союза № 650/2012 «О юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов, а также о создании Европейского свидетельства о наследовании»¹⁵. В литературе встречается его обозначение как Рим IV¹⁶, однако большинство представителей доктрины европейских стран от него отказались, так как предшественники этого Регламента Рим I, Рим II и Рим III содержат нормы только коллизионного права, в то время как Регламент о наследовании содержит также и нормы международного гражданского процесса, для которых в Европейском союзе действует обозначение «Брюссель». В связи с таким смешанным характером данный Регламент не обозначается ни как «Рим», ни как «Брюссель», а как

¹² Grimaldi M. Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire. P. 755–761. № 8.

¹³ Наследственное право... С. 307.

¹⁴ Ср. довод о дискриминации наследников: Muir Watt H., Bureau D., Corneloup S. Devoir de réserve? // Revue critique de droit international privé. 2021. № 3. P. 287.

¹⁵ Текст Регламента на русском языке см.: СПС «Гарант».

¹⁶ В российской литературе см., напр.: Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Становление и развитие законодательства о международном частном праве Украины // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 136; Конойков М.А. История принятия Регламента № 650/2012 («Рима IV») // Вопросы российского и международного права. 2017. 2А. С. 33–45.



Регламент о наследовании (нем. *Erbrechtsverordnung*, фр. *règlement successions*)¹⁷.

В части содержащихся в нем коллизионных норм Регламент является общеевропейским аналогом ст. 1224 Гражданского кодекса РФ, т.е. устанавливает общее коллизионное право о наследовании для стран — участниц Европейского союза.

С точки зрения действия во времени он применяется к наследствам, открывшимся после 17 августа 2015 года (ч. 2 ст. 84).

Часть 1 ст. 21 Регламента устанавливает в качестве наследственного статута по общему правилу закон места пребывания наследодателя (под которым следует понимать нечто большее, чем кратковременное пребывание, например с туристическими целями, но и нечто меньшее, чем многолетнее проживание в одном месте; в российском праве наиболее адекватным аналогом этого понятия будет временное проживание, требующее регистрации по месту пребывания).

Часть 1 ст. 22 Регламента делает революционный для коллизионного права шаг, допустив выбор наследодателем наследственного статута. Отныне коллизионное регулирование наследственных отношений стало диспозитивным (для сравнения: ст. 1224 Гражданского кодекса РФ является императивной), пусть даже эта диспозитивность и ограничена (выбор наследственного статута возможен только в пользу закона гражданства наследодателя).

Основной вопрос, который возникает в связи с появлением ч. 1 ст. 22: не ограничена ли свобода выбора наследодателя оговоркой о публичном порядке в соответствии со ст. 35 Регламента, если проживающий во Франции англичанин, выбрав английский наследственный статут, освобождает себя от связанности применимым в силу ст. 21 французским наследственным статутом, в частности предусмотренным им правом своих детей от первого брака на

обязательную долю, и завещает всю находящуюся у него во Франции недвижимость в пользу своей второй супруги и детей, происходящих от второго брака?

В проекте Регламента данная посвященная оговорке о публичном порядке статья (тогда это была ст. 27) содержала отдельную ч. 2, которая прямо указывала, что различное правовое регулирование института обязательной доли в разных правовых порядках само по себе не обосновывает применения оговорки о публичном порядке¹⁸. Однако в окончательную редакцию Регламента эта норма не вошла, что и породило неопределенность: европейский нормотворец был вынужден признать, что консенсуса по вопросу не достигнуто и искать решение придется судебной практике.

Европейский нормотворец счел возможным высказаться лишь в Преамбуле Регламента, которая, хотя и не содержит норм права, дает ориентиры для толкования его норм. Так, согласно п. 38 Преамбулы «выбор наследодателем наследственного статута должен быть ограничен, чтобы этот выбор не мог создавать препятствия для реализации законных ожиданий правообладателей обязательной доли», а в соответствии с п. 50 «право, которому подчиняется допустимость и материально-правовая действительность завещания согласно данному Регламенту, не должно затрагивать лиц, являющихся правообладателями обязательной доли согласно наследственному статуту».

Однако, как видно, в силу туманности используемых формулировок и п. 38, и п. 50 могут быть использованы в качестве аргументов как в пользу того, что право на обязательную долю защищается оговоркой о публичном порядке¹⁹, так и в пользу прямо противоположного вывода²⁰.

¹⁷ Mansel H.-P., Thorn K., Wagner R. *Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses — Flickenteppich des Einheitsrechts // Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2013. Vol. 33. № 1. S. 6.

¹⁸ Текст проекта Регламента на языках стран — членов Европейского союза см.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2009:0154:FIN> (дата обращения: 21.06.2024).

¹⁹ Ср. в этом направлении: *Конайков М.А.* Указ. соч. С. 41–42.

²⁰ В этом смысле см., напр.: *Lagarde P.* Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions // *Revue critique de droit international privé*. 2012. № 4. P. 710.

2. Эволюция правового режима обязательной доли в международном частном праве Франции до 2017 года

В последние годы французское международное частное право об обязательной доле пережило невероятную динамику: от полного контроля французского материального права за наследственными отношениями с иностранным элементом (А) до отказа обратиться к оговорке о публичном порядке при применении иностранного права, которому неизвестна обязательная доля (В).

А. Закон 1819 года и признание его неконституционным

В эпоху, предшествующую Регламенту, французское международное частное право не успело выработать своего отношения к статусу обязательной доли как ценности, защищаемой или не защищаемой оговоркой о международном публичном порядке.

Для этого существует особая объективная причина: с 1819 по 2011 год (почти 200 лет!) во Франции действовал Закон от 14 июля 1819 года с многообещающим названием «Об отмене права оккупации государством имущества, остающегося после смерти иностранцев» (*la loi relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction*). До Великой французской революции имущество, остающееся после смерти иностранцев, переходило в собственность государства (*droit d'aubaine*), а Закон эту ситуацию прекращал, приравнивая иностранных граждан к французским.

Однако в ст. 2 Закона была еще одна любопытная норма: если имелись сонаследники — как французские, так и иностранные граждане, то сонаследники — французские граждане имели право на увеличение причитающейся им доли находящегося во Франции наследственного имущества (*droit de prélèvement*), соответствующее части наследственного имущества, находящегося за границей, если в силу норм иностранного права эти сонаследники получили меньше из этого находящегося за границей имущества, чем им положено по французскому материальному закону²¹.

В результате до оценки соответствия иностранного права французскому публичному порядку дело никогда не доходило, так как Закон 1819 года с самого начала императивно корректировал наследственные правоотношения с иностранным элементом в пользу французского материального права²².

Этот Закон был признан неконституционным решением Конституционного суда Франции от 5 августа 2011 года № 2011-159 QPC²³ по мотиву нарушения

практике. Т. 3. М., 2019. С. 385–387. Именно о применении этого Закона шла речь в одном из величайших решений по международному частному праву: решении Апелляционного суда Алжира от 24 декабря 1889 года по делу Бартоло (*Bartholo*), получившему название «мальтийское дело» (см.: Кольцов Б.И. Критика буржуазных теорий по вопросам действия коллизионной нормы в международном частном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1973. С. 136). Спор шел о судьбе недвижимости умершего мальтийского гражданина, находящейся в Алжире (в то время французской колонии). Французское право того времени не признавало за пережившей супругой никаких наследственных прав, поэтому унаследовать недвижимость должна была сестра умершего — гражданка Франции. Однако мальтийское право предусматривало «вдовью четверть» — право нуждающегося супруга на пожизненный usufruct в отношении одной четверти имущества умершего. Сестра умершего утверждала, что в силу Закона 1819 года мальтийская (т.е. иностранная) вдова не могла заявлять наследственных претензий на французскую недвижимость, в то время как вдова возражала, что речь идет не о наследственных претензиях, а о супружеской собственности. Э. Бартен модифицировал этот спор, искусственно создав конфликт квалификаций (французской наследственной квалификации вдовьей четверти против мальтийской о квалификации этой четверти как супружеской собственности), чтобы написать о нем свою бессмертную статью (*Barthin E. De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois // Journal de droit international Clunet. 1897. Vol. 24. P. 227–228*). В действительности, как правильно отмечают великие представители учения о квалификации Ф. Риго (*Rigaux F. La théorie des qualifications en droit international privé. Bruxelles, 1956. P. 47–48. № 40*) и Б. Ансель (*Ansel B., Lequette Y. Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. Paris, 2006. P. 74–77. № 3–6*), конфликта квалификаций для целей применения коллизионной нормы здесь не было, а речь шла о толковании Закона 1819 года, ограничивающего наследственные претензии иностранцев: охватывается ли мальтийская вдовья четверть этим ограничением или нет? Учитывая пользу, которую принесла мировой науке венсенная Э. Бартеню модификация, упреки в неточности утрачивают в этой ситуации этическую основу.

²² Godechot-Patris S. Note sous Conseil constitutionnel 05.08.2011 № 2011-159, Elke B. et a. // Journal de droit international (Clunet). 2012. № 1. P. 1 et suiv.; Grimaldi M. Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire. № 7.

²³ Décision № 2011-159 QPC du 5 août 2011. Текст решения на франц. яз. см.: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159QPC.htm> (дата обращения: 21.06.2024).

²¹ Об этом Законе см.: Бартен Э. Основы международного частного права согласно французскому закону и судебной



равенства французских и иностранных граждан при наследовании.

В ситуации утраты силы данной нормой 1819 года неизбежно возникает вопрос о противоречии французскому публичному порядку норм иностранного права, отрицающих или умаляющих право на обязательную долю, но ответ на этот вопрос французская судебная практика должна была давать, основываясь на толковании не национального французского коллизионного права, а общеевропейского, так как менее чем через год после данного решения 2011 года, 4 июля 2012 года, был принят вышеупомянутый Регламент о наследовании, выражающий уже не только и не столько представления французского законодателя, сколько позицию общеевропейского нормотворца.

В. Решения Кассационного суда Франции 2017 года

В этих условиях Кассационный суд Франции принимает в 2017 году два нашумевших решения²⁴. Их широкий общественный резонанс вызван, помимо принципиальности поставленных в них правовых вопросов, еще и статусом сторон: в обоих случаях речь шла о наследстве известных французских композиторов Мишеля Коломбьера (дело № 16-13151) и Мориса Жарра (дело № 16-17198), последний — отец не менее известного Жана-Мишеля Жарра, который выступал в этом деле истцом. Кроме того, именно в связи с делом М. Коломбьера был подан запрос в Конституционный суд Франции о конституционности Закона 1819 года, а после рассмотрения обоих дел Кассационным судом их рассмотрел еще и Европейский суд по правам человека.

|| Таким образом, данные споры, примечательные особым статусом истцов, еще и получили оценку трех высших судебных инстанций и перевернули правовую историю Франции, приведя к отмене закона двухсотлетней давности.

Оба наследодателя жили первую часть своей жизни во Франции, где у М. Коломбьера родилось четверо детей, а у М. Жарра — двое. Эти дети проживают

во Франции. Вторую часть своей жизни наследодатели прожили в Калифорнии (США), где каждый из них вступил в брак. У М. Коломбьера в новом (американском) браке родилось двое детей, а М. Жарр при вступлении во второй брак усыновил ребенка Кевина.

В состав имущества М. Жарра косвенным образом входила недвижимость, находящаяся во Франции: речь идет о распространенном во Франции механизме внесения физическими лицами принадлежащей им недвижимости в уставный капитал создаваемого ими юридического лица (*société civile immobilière*). Владельцем долей в уставном капитале этого юридического лица был М. Жарр; такие доли рассматриваются во французском праве как движимое имущество, но в случае обнаружения злого умысла в данной операции они могут для целей коллизионного права быть переквалифицированы в недвижимое имущество²⁵.

Истцы просили суд о данной переквалификации, но суд не усмотрел злого умысла со стороны наследодателя, задолго до смерти создавшего общество с целью налоговой оптимизации.

Таким образом, все наследственное имущество было либо движимым, либо находилось в США, в связи с чем, согласно французской коллизионной норме, действовавшей на дату открытия наследств, наследование имущества подчинялось праву штата Калифорния, которому как правопорядку из семьи общего права институт обязательной доли неизвестен.

Наследодатели, ориентируясь на право штата Калифорния, внесли свое имущество в трасты, установив бенефициарами на случай своей смерти своих супруг (переживших их) и детей от браков с этими супругами (в случае М. Жарра — усыновленного). Рожденные во Франции дети от предыдущих союзов наследодателей, в том числе Ж.-М. Жарр, в силу этих распоряжений ничего не получали, в связи с чем и возникли споры, которые после конституционной

²⁴ Civ. 1ère, 27.09.2017, № 16-13.151, 16-17.198. Тексты обоих решений на франц. яз. см.: <https://www.legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.06.2024).

²⁵ Основополагающее решение по этому вопросу переквалификации см.: Civ. 1ère, 20.03.1985, № 82-15033, Caron. Текст решения на франц. яз. см.: <https://www.legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 21.06.2024).

оценки Закона 1819 года и квалификации долей в уставном капитале французского общества как движимого имущества свелись к одному-единственному вопросу: противоречит ли французскому публичному порядку отсутствие в праве штата Калифорния института обязательной доли, независимой от нуждаемости наследников, результатом чего в данном случае стало неравноправное положение детей от разных браков?

Кассационный суд Франции отвечает, что такой закон «сам по себе не противоречит французскому международному публичному порядку и в его применении может быть отказано лишь в случае, если такое применение в данном конкретном случае ведет к ситуации, несовместимой с принципами французского права, являющимися фундаментальными».

Несмотря на то, что задолго до этих решений во французской литературе преобладала такая же точка зрения об отсутствии противоречия французскому международному публичному порядку иностранного закона, которому неизвестно право на обязательную долю²⁶, против позиции Кассационного суда высказались самые именитые представители современной французской юридической науки: в области международного частного права Б. Ансель²⁷ и в области наследственного права — М. Гримальди.

«Право на обязательную долю выражает определенную модель семьи, где единство людей дублируется единством имущества и где одинаковое отношение к детям есть миротворческий принцип»²⁸; «сказан-

ного вполне достаточно, чтобы признать это право достойным защиты в плоскости трансграничных отношений»²⁹.

3. Решение Верховного суда Австрии 2021 года

Доктринальная критика не помешала распространению влияния Кассационного суда Франции на иностранную судебную практику: 25 февраля 2021 года Верховный суд Австрии вынес решение³⁰, которым, истолковав на этот раз общий для Франции и Австрии Регламент о наследовании, признал: предусмотренное австрийским законом право на обязательную долю не образует элемента австрийского международного публичного порядка, чтобы воспрепятствовать проживавшей в Австрии гражданке Великобритании выбрать в завещании в качестве наследственного статута английское право, результатом чего стала возможность завещать все свое имущество третьему лицу (австрийскому юридическому лицу) с лишением внучек наследодательницы их права на обязательную долю, предусмотренного австрийским законом.

Особого внимания в этом решении заслуживает п. 42, в котором австрийский суд прямо дистанцируется от ситуации в Германии, где, как указывалось выше, Конституционный суд включил обязательную долю в круг конституционно защищаемых ценностей.

Австрийский суд пишет на этот счет:

«В отличие от Германии (статья 14 Основного закона), право на наследство не указывается в качестве элемента гарантий права собственности... В силу решения Европейского суда по правам человека по делу Маркс³¹ право отдельных родственников на приобретение части наследственного имущества,

²⁶ Billarant S. Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales: réflexions sur la méthode conflictuelle. Paris, 2004. № 300; Revillard M. Successions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions // Defrénois. 2012. 30 août. P. 743–754. № 32; Lagarde P. Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions. P. 710: «...необходимо рассматривать обстоятельства конкретного случая, возникла ли неприемлемая ситуация, имеющая, в частности, место, если без средств к существованию были оставлены дети в юном возрасте или студенты» (ср. формулировки Кассационного суда, который, очевидно, находился под влиянием этой работы, на что, в частности, указывает Б. Ансель, см.: Ansel B. Op. cit. P. 97).

²⁷ Ansel B. Op. cit. P. 98.

²⁸ Grimaldi M. La réserve à la casse? // Defrénois. 2017. 12 Oct. P. 1.

²⁹ Grimaldi M. Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire. P. 755–761. № 8.

³⁰ Oberster Gerichtshof, 25.02.2021, № 2 Ob 214/20i. Текст решения на нем. яз. см.: <https://www.ris.bka.gv.at> (дата обращения: 21.06.2024).

³¹ Решение ЕСПЧ от 13.06.1979 № 6833/72 по делу «Маркс (Marckx) против Бельгии». Текст решения на франц. яз. см.: <https://hudoc.echr.coe.int/fre> (дата обращения: 21.06.2024).



другими словами шанс на получение имущества, не охватывается категорией „права человека“ в смысле Конвенции о защите прав человека и основных свобод³². Напротив, *праву на обязательную долю противостоит право на свободное распоряжение своей собственностью*».

4. Решение Верховного суда ФРГ 2022 года

Итак, австрийский суд отдавал себе отчет в том, что настроения в Германии совсем иные. Действительно, 22 апреля 2021 года, два месяца спустя после австрийского решения, апелляционный суд Кёльна принимает решение, согласно которому установленные английским правом возможности лишать наследства своих ближайших родственников посредством завещания противоречат немецкому международному публичному порядку³³. А еще год спустя, 29 июня 2022 года, это решение подтверждает Верховный суд ФРГ:

«...применение английского наследственного права, выбранного на основании части 1 статьи 22 Регламента о наследовании, противоречит немецкому публичному порядку в смысле статьи 35 этого Регламента, если в случае тесной связи отношения с Германией у ребенка отсутствует право на обязательную долю, не зависящее от нуждаемости этого ребенка» (вводная фраза к решению — *Leitsatz*)³⁴.

Суд не ограничивается ссылкой на решение Конституционного суда 2005 года, но дает свое видение ситуации с Регламентом о наследовании: формулировку п. 38 и 50 Преамбулы, как и исключение из окончательной версии Регламента ч. 2 ст. 27, суд трактует именно как свидетельство того, что «различное правовое регулирование института обязательной доли при определенных условиях может обосновывать применение оговорки о публичном порядке» (п. 25 решения, см. также п. 24).

5. Новая редакции ст. 913 Гражданского кодекса Франции (2021 год)

Одновременно во Франции поднялась волна протеста против решений Кассационного суда, вынесенных не в пользу французских наследников М. Жарра и М. Коломбьера. На уровне законодателя Законом от 24 августа 2021 года № 2021-1109 ст. 913 Гражданского кодекса Франции дополняется новым абз. 3, который вступает в силу 1 ноября 2021 года и звучит следующим образом:

«Если умерший или по крайней мере один из его детей был гражданином Европейского союза или проживал в нем и если иностранное право, применимое к наследованию, не предусматривает никаких механизмов, защищающих детей, каждый из детей, либо его наследники, либо его прочие правопреемники вправе получить имущество, находящееся во Франции в момент смерти наследодателя, в счет своей обязательной доли, рассчитанной в соответствии с французским правом».

Тем самым французский законодатель отказался от идеи передавать на откуп судейскому усмотрению вопрос о включении права на обязательную долю в публичный порядок и установил ясную императивную материально-правовую норму³⁵, по своей силе превосходящую осторожные ограничения связью спорного отношения с Германией, сделанные Верховным судом ФРГ.

Последний абзац ст. 913 является очевидным продолжателем Закона 1819 года³⁶, ослабляющим дискриминацию иностранных граждан, послужившую причиной признания указанного Закона неконституционным, но направляющим как французскому обществу, так и международному сообществу четкий сигнал: вопреки международному давлению и громким голосам

³² Заключена в Риме 4 ноября 1950 года. Для России Конвенция прекратила свое действие с 16 марта 2022 года.

³³ Oberlandesgericht Köln, 22.04.2021 № 24 U 77/20. Текст решения на нем. яз. см.: <https://openjur.de/u/2344808.html> (дата обращения: 21.06.2024).

³⁴ Bundesgerichtshof, 29.06.2022 № IV ZR 110/21. Текст решения на нем. яз. см.: <https://juris.bundesgerichtshof.de> (дата обращения: 21.06.2024).

³⁵ Ramaciotti S. Le prélèvement compensatoire du projet de l'article 913 du code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles // *Revue critique de droit international privé*. 2021. № 2. P. 316.

³⁶ Ср.: Lagarde P. Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire // *Revue critique de droit international privé*. 2021. № 2. P. 292: «Этот проект практически дословно воспроизводит старую норму закона от 14 июля 1819 года». В этом же смысле см.: Joubert N. Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode? // *Revue critique de droit international privé*. 2021. № 2. P. 322.

французской судебной практики и науки Франция не намерена оставлять свою концепцию института обязательной доли в пользу английской свободы 1540 года; право на обязательную долю остается краеугольным институтом французского права, ограничивающим свободу распоряжения своей собственностью³⁷.

Нужно признать: законодатель не вправе вторгаться в сферу компетенции судебной власти, поэтому те дела, которые были разрешены до вступления в силу в 2021 году последнего абзаца ст. 913, пересмотру не подлежат. Среди них — те самые дела о наследстве М. Жарра и М. Коломбьера, которые запустили инициативу принятия Закона 2021 года.

6. Решения Европейского суда по правам человека 2024 года

Лишенным обязательной доли наследникам французских композиторов оставался лишь один путь: в Страсбург, в Европейский суд по правам человека, с жалобой на нарушение их прав и основных свобод, предусмотренных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод.

15 февраля 2024 года Европейский суд по правам человека вынес два решения по данным жалобам, и решения отрицательные³⁸. Решение по жалобе наследников М. Жарра представляет для целей настоящей статьи меньший интерес, так как заявители, абстрагировавшись от социально-этической ценно-

сти института обязательной доли, сосредоточились на нарушении их прав отсутствием переходного правового регулирования в связи с признанием неконституционным Закона 1819 года в 2011 году. По мнению заявителей, они имели юридически защищаемые надежды на получение наследственного имущества, так как в момент открытия наследства Закон 1819 года действовал, а французские власти, неожиданно лишив его силы, нарушили требования правовой определенности и тем самым ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции (защита собственности) и ст. 6 Конвенции (право на справедливое судебное разбирательство). Суд ответил на это, что немедленная утрата законом силы вследствие признания его неконституционным находится в пределах допустимого национального правового регулирования, равно как и до разрешения судебного спора о круге наследников заявители не имели защищаемого Конвенцией права собственности.

Однако в деле наследников М. Коломбьера имеется интересующий нас пассаж. Эти наследники заявили о нарушении французскими властями ст. 14 Конвенции, запрещающей дискриминацию по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам. В частности, заявители утверждали, что дискриминация коснулась реализации их права на семейную жизнь, поскольку французские власти не пресекли установленное завещательными распоряжениями наследодателя произвольное ущемление прав одних детей наследодателя в пользу других (наличие этого утверждения в жалобе следует из п. 56 решения суда).

Суд правомерно признал, что основные права человека могут быть нарушены государством не только тогда, когда это государство непосредственно совершает действия, касающиеся данного правообладателя (прямое нарушение), но и тогда, когда речь идет о частнопроводном отношении двух частных лиц, одно из этих лиц нарушает право другого, а государство это нарушение не пресекает, хотя должно вмешаться (косвенное нарушение). В частности, в данном случае такое косвенное нарушение Конвенции могло бы иметь место, если наследодатель совершает завещательные распоряжения, дискриминирующие

³⁷ В качестве ключевого мотива правительства Франции, внесшего содержащий данную норму законопроект от 09.12.2020 № 3649, указана необходимость защиты наследников от дискриминации. В ходе дебатов во французском парламенте было уточнено, что речь идет о защите наследников женского пола, которые в исламском праве дискриминируются по отношению к наследникам мужского пола (*Pérès C. Quleques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République // Revue critique de droit international privé. 2021. № 2. P. 296–297*). Однако буква нормы не ограничена дискриминацией по половому признаку, поэтому вышеуказанный автор (*Ibid. P. 302*) делает справедливый вывод, что истинной целью этой нормы является борьба со свободой завещания по-английски.

³⁸ Решения ЕСПЧ от 15.02.2024 по делам «Жарр (*Jarre*) против Франции» (жалоба № 14157/18), «Коломбьер (*Colombier*) против Франции» (жалоба № 14925/18). Тексты решений на франц. яз. см.: <http://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 21.06.2024).



наследников, а государство допускает юридическую силу таких распоряжений. Европейский суд также признал, что косвенное нарушение может иметь место, если государство при толковании завещательных распоряжений наследодателя нарушает его разумную волю (п. 62).

Однако, переходя к содержательной оценке доводов заявителей, Суд утверждает, что на государстве не лежит обязанность по пресечению свободно сформированной воли наследодателя ущемить права одних своих детей в пользу других (п. 63). Тем самым институт обязательной доли, равно как и его трансграничный эффект с точки зрения противоречия публичному порядку, отдан на откуп усмотрению национального законодателя.

В свете предложенного в настоящей статье тезиса о защите посредством института обязательной доли равенства всех детей наследодателя с решением Европейского суда трудно согласиться.

Учитывая решение Верховного суда ФРГ 2022 года и новую редакцию ст. 913 Гражданского кодекса Франции, можно надеяться, что институт обязательной доли и впредь будет защищаться в национальных правовых порядках. 

The Right to a Compulsory Share in Inheritance as Part of Public International Order (in Connection with the Judgments of the ECHR of 15 February 2024)

In most countries of continental Europe there is a right to a compulsory share in inheritance in favour of children and spouse of the testator, which is not conditioned by the neediness of heirs and which limits the ability of this testator to dispose of his property in case of death. This institution ensures equality of heirs and indirectly preserves family peace. These ethical considerations have led to the recognition of the right to a compulsory share as constitutionally protected in Germany, as well as to the struggle for its protection in cross-border relations on the part of the French legislator. The defenders of the compulsory share institution are opposed by international trends coming from the Anglo-Saxon world, where the compulsory share

institution does not exist: the pan-European Succession Regulation applicable to inheritances opened after 17 August 2015 inheritances, contains vague rules on the status of the compulsory share as a value protected by public policy, and the European Court of Human Rights by two decisions of 15 February 2024 refused the heirs of the French composers M. Jarre and M. Colombier in defence of their French statutory right to the compulsory share against the absolute freedom of will in Anglo-American law.

Keywords: *compulsory share in inheritance, private international law, international public policy, European Union, Succession Regulation, Germany, France, England*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Dmitry V. Tarikanov

Associate Professor of the Department of Private International Law at Russian Foreign Trade Academy, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: d.tarikanov@gmail.com)

REFERENCES

- Ancel, B. and Lequette, Y. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Paris, 2006.
- Ancel, B. Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français, note sous Civ. 1ère, 27.09.2017, №№ 16-13151, 16-17198 // *Revue critique de droit international privé*. 2018. No. 1.
- Bartin, E. "De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois". *Journal de droit international Clunet*. 1897. Vol. 24.
- Bartin, E. *Foundations of private international law under French law and jurisprudence [Osnovy mezhdunarodnogo chastnogo prava soglasno frantsuzskomu zakonu i sudebnoy praktike]*. Vol. 3. Moscow, 2019.
- Billarant, S. *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales: réflexions sur la méthode conflictuelle*. Paris, 2004.
- Erpyleva, N.Yu. and Get'man-Pavlova, I.V. "The Formation and Development of Legislation on Ukrainian Private Law" [*Stanovleniye i razvitiye zakonodatel'stva o mezhdunarodnom chastnom prave Ukrainy*]. *Law. Journal of the Higher School of Economics [Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki]*. 2016. No. 3.
- Godechot-Patris, S. "Note sous Conseil constitutionnel 05.08.2011 № 2011-159, Elke B. et a.". *Journal de droit international (Clunet)*. 2012. No. 1.
- Grimaldi, M. "Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire". *Defrénois*. 2012. 30 août.
- Grimaldi, M. "La réserve à la casse?". *Defrénois*. 2017. 12 Oct.

- Joubert, N. “Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode?”. *Revue critique de droit international privé*. 2021. No. 2.
- Kol'tsov, B.I. Critique of bourgeois theories on the operation of the conflict of laws rule in private international law: A Thesis of Candidate of Juridical Sciences [*Kritika burzhuaznykh teoriy po voprosam deystviya kollizionnoy normy v mezhdunarodnom chastnom prave: dis. na soiskanie uchenoy stepeni kand. yurid. nauk*]. Moscow, 1973.
- Konaykov, M.A. “The history of the adoption of Regulation No. 650/2012 (“Rome IV”)” [*Istoriya prinyatiya Reglamenta № 650/2012 (“Rima IV”)*]. *Matters of Russian and International Law [Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava]*. 2017. 2A. P0. 33–45.
- Lagarde, P. “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”. *Revue critique de droit international privé*. 2012. No. 4.
- Lagarde, P. “Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire”. *Revue critique de droit international privé*. 2021. No. 2.
- Longchamps de Bériar, F. *Law of Succession: Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*. Warszawa, 2011.
- Mansel, H.-P., Thorn, K. and Wagner, R. “Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses—Flickenteppich des Einheitsrechts”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2013. Vol. 33. No. 1.
- Muir Watt, H., Bureau, D. and Corneloup, S. “Devoir de réserve?”. *Revue critique de droit international privé*. 2021. No. 3.
- Pérès, C. “Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République”. *Revue critique de droit international privé*. 2021. No. 2.
- Petrov, E.Yu. (ed.). *Inheritance Law: Article-by-article Commentary to Articles 1110–1185, 1224 of the Civil Code of the Russian Federation [Nasledstvennoye pravo: postateynny kommentariy k stat'yam 1110–1185, 1224 Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii]*. Moscow, 2018.
- Petrov, E.Yu. *Inheritance Law of Russia: Status and Prospects of Development (Comparative Legal Study) [Nasledstvennoye pravo Rossii: sostoyaniye i perspektivy razvitiya (sравnitel'no-pravovoye issledovaniye)]*. Moscow, 2017.
- Ramaciotti, S. “Le prélèvement compensatoire du projet de l'article 913 du code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles”. *Revue critique de droit international privé*. 2021. No. 2.
- Revillard, M. “Successions internationales: le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions”. *Defrénois*. 2012. 30 août.
- Rigaux, F. *La théorie des qualifications en droit international privé*. Bruxelles, 1956.



**НАТАЛЬЯ НИКОЛАЕВНА
ПАРЬГИНА**

доцент кафедры
гражданского
права Омского
государственного
университета имени
Ф.М. Достоевского,
кандидат юридических
наук, доцент

ЛАТЕНТНАЯ ДИФФАМАЦИЯ: ПРАВОНАРУШЕНИЕ С «ТВОРЧЕСКИМ» ПОДХОДОМ

В статье представлено комплексное исследование латентной диффамации как отдельного малоизученного в доктрине правового явления. Предложена следующая его дефиниция: завуалированное с помощью различных приемов, не имеющее прямого вербального выражения распространение ложных порочащих лицо сведений. Автор конструирует классификацию латентной диффамации по форме проявления, подробно анализируя скрытую диффамацию через текст (в том числе литературные произведения, риторические вопросы), символы (эмодзи, стикеры, лайки, эмотиконы), иные изображения (фотомонтаж, скульптуры, карикатуры, произведения живописи). При относительной малочисленности на сегодняшний день судебных споров по делам о латентной диффамации прогнозируется тенденция к их возрастанию ввиду продолжающегося процесса цифровизации, расширения возможностей применения новых технологий (в том числе различных инструментов для виртуальной коммуникации, фабрикации фото-, видео-, аудиоматериалов) в противоправных целях.

Ключевые слова: нематериальные блага, диффамация, литературное произведение, изображение, эмодзи

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-171-180

Не секрет, что распространение ложных сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию субъектов гражданского права, возможно не только в виде прямого словесного посыла (устного или письменного сообщения, в том числе через средства массовой информации либо официальный документ), но и неочевидными способами, например в форме завуалированных в тексте утверждений, а также невербально. В этом состоит, как представляется, весьма интересный, притом мало изученный в доктрине и редко выносимый на обсуждение профессионального сообщества аспект диффамационного права.

Законодатель не раскрывает два указанных формата умаления имиджевых нематериальных благ в ст. 152 ГК РФ; не упоминается о втором (замаскированном) варианте распространения ложных порочащих сведений и в разъяснениях Верховного Суда РФ¹. Попытки комплексного исследования латентной (скрытой) диффамации в России на текущий момент не предпринимались, хотя анализ отдельных ее проявлений в новейшей юридической литературе уже можно найти². Отечественная и общемировая судебная практика по такого рода диффамационным делам является пока довольно скудной. Однако вероятность распространения порочащей лжи нетривиальными методами не только существует и периодически реализуется, но способна возрасти, учитывая возможности использования стремительно развивающихся технологий в противоправных целях (например, для фальсификации фотографий или видеороликов). Верная правовая оценка хитроумных действий нарушителя в рассматриваемых ситуациях, а также эффективный отпор новым угрозам для чести, достоинства и деловой репутации участников гражданских правоотношений требуют осмысления латентной диффамации в качестве отдельного правового явления со своими спецификой, признаками и подвидами.

Поставив задачу систематизировать способы выражения латентной диффамации, необходимо выделить несколько ее разновидностей.

Прежде всего, *латентная диффамация возможна в тексте*, в том числе в литературном (прозаическом или даже поэтическом) произведении, его театральных и кинопостановах. В связи с этим примечательно, что в ст. 128.1 УК РФ присутствует термин «клевета, содержащаяся в публично демонстрирующемся произведении».

Жертва диффамации может предстать персонажем в художественном повествовании. При этом полное

совпадение имен и биографических фактов необязательно. Допустим, имя гражданина слегка искажено так, чтобы оставаться узнаваемым. Индивидуализирующие лицо данные (род занятий, место работы, должность, почетное звание и т.п.), информация о вехах жизненного пути, общеизвестные сведения о личной жизни также могут преподноситься в измененном виде. Важно, чтобы совокупность указанных характеристик позволяла идентифицировать реально существующего человека, считать намек на него. Так, устоялось мнение, что прототипом градоначальника Угрюм-Бурчеева из «Истории одного города» М.Е. Салтыкова-Щедрина является А.А. Аракчеев, государственный и военный деятель эпохи Павла I и Александра I: присутствуют, в частности, созвучие фамилий, точное портретное сходство, параллели между разрушительной преобразовательской деятельностью героя романа и жестко проводимой генералом с 1816 года организацией военных поселений³.

Литературное очернение образа конкретного ныне здравствующего или жившего ранее субъекта возможно и тогда, когда он лишь упоминается рассказчиком или его персонажами. В 2010 году в Казани было возбуждено уголовное дело по факту клеветы в пьесе, опубликованной в научно-популярном журнале. Авторы пьесы представили Героя Советского Союза, известного татарского поэта Мусу Залилова (Мусу Джалиля по литературному псевдониму) как пособника Гитлера. Утверждения о вступлении поэта в фашистскую партию, его назначении депутатом Третьего рейха, о создании им хвалебных сочинений в честь фюрера и о его мнимом избавлении от казни за заслуги перед последним были вложены в уста действующих лиц произведения. Специалисты Института языка, литературы и искусства имени Г. Ибрагимова, исследовавшие текст пьесы, признали отраженные в ней сведения заведомо ложными, порочащими честь и достоинство героя войны, подрывающими его репутацию⁴.

¹ См.: п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц».

² См., напр.: Будылин С.Л. «Большой палец вверх» — акцент или оскорбление? Эмодзи, семиотика и право // Вестник экономического правосудия РФ. 2023. № 8. С. 68–97; Капитонова Е.А. Визуальный фейк, созданный посредством нейросети: социально-правовые риски и проблемы квалификации // Закон. 2024. № 1. С. 39–48.

³ Криволапов В.Н. Об антиутопическом потенциале «Истории одного города» М.Е. Салтыкова-Щедрина // Ученые записки Орловского государственного университета. Серия: Гуманитарные и социальные науки. 2019. № 1. С. 108–109.

⁴ По пьесе о связях поэта Мусы Джалиля с Гитлером возбуждено уголовное дело // Право.ру. 2010. 15 янв. URL: <https://pravo.ru/news/view/23022/>; Суду покажут пьесу // Коммерсант. 2011. 21 июня. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/1664057> (дата обращения: 10.02.2024).



Несколько любопытных дел о диффамации в произведениях литературы рассматривалось Европейским судом по правам человека (далее — ЕСПЧ). Несмотря на то, что после выхода России из Совета Европы в марте 2022 года и денонсации Европейской конвенции 1950 года⁵ актуальность анализа постановлений этого судебного органа резко упала, провести его в рамках рассматриваемой темы представляется уместным. Глобально фиксируемая на сегодняшний день немногочисленность случаев защиты от латентной диффамации в юрисдикционной форме обуславливает полезность критической переработки накопленного в данной сфере опыта.

Так, вопрос об отождествлении художественного образа с реальным физическим лицом разбирался в рамках дела «Елшевар и другие против Словении». Писательница опубликовала роман о жизни женщины, в которой заявительницы узнали свою умершую мать. Они предъявили иск к писательнице в связи с нарушением личных прав, сославшись на ряд отрывков из книги, которые посчитали оскорбительными для памяти близкого человека. Несколько соседей и друзей семьи подтвердили, что с легкостью усмотрели связь между героиней романа и своей знакомой. Конституционный суд Словении отклонил иск, указав, что обычный читатель не воспринял бы изложенные в книге события как факты о реальных людях, описание гражданки не было уничижительным и автор не имела намерения оскорбить ее. ЕСПЧ признал возможность посягательства на репутацию предка в литературном произведении, тем не менее решение национального суда поддержал, жалобу заявительниц счел необоснованной. При этом было отмечено, что роман является формой художественного выражения, которое «может включать определенную степень преувеличения или использования ярких и выразительных образов», а «право на уважение личной жизни должно быть уравновешено с правом на свободу выражения мнения»⁶. Здесь стоит уточнить, что подобные формулы годятся именно и исключительно для высказывания личных взглядов через творческий вымысел. Если посредством такого

вымысла автор делится субъективными суждениями пусть даже о качествах и поступках конкретных граждан и не нарушает различные охраняемые законом виды тайн (частной жизни, переписки и т.п.), говорить о злоупотреблении правом на распространение информации не приходится. К тому же составить однозначное впечатление о точке зрения, внутренних убеждениях автора, опираясь на реплики воображаемых индивидов и воображаемую ситуацию, зачастую не так-то просто.

|| Когда же в авторском тексте изящно закамуфлированы ложные порочащие утверждения, терпимость к преувеличениям представляется неприемлемой.

В деле «Караташ против Турции» ЕСПЧ дал правовую квалификацию поэтическому произведению. Автор стихов из опубликованной в Стамбуле антологии поэзии «Песнь о восстании — Дерсим» был приговорен национальным судом к лишению свободы и штрафу в связи с установлением виновности не только в диффамации (сочинения содержали осуждения турецких властей в крайне агрессивных выражениях), но и в вытекающих из нее пафосных и метафоричных призывах к бунту, ненависти, применению насилия, самопожертвованию во имя Курдистана. ЕСПЧ встал на сторону поэта, заключив, что авторский текст, несмотря на резкий тон, который мог создать видимость приглашения к восстанию, на самом деле явился отражением «глубоких переживаний в условиях тяжелого политического положения»⁷. ЕСПЧ счел важным подчеркнуть: заявитель распространял свои взгляды не через медийные источники, а через поэму, последняя по определению предназначена крайне ограниченной аудитории, что существенно снижает ее потенциальный общественный резонанс⁸. В другом деле этот же довод звучал применительно к роману, который, по оценкам ЕСПЧ, апеллирует к относительно узкому кругу читателей по сравнению, например, со СМИ⁹. Тезис видится логичным, однако следует признать, что заложенные в художественный

⁵ Конвенция Совета Европы о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Риме 04.11.1950).

⁶ Решение ЕСПЧ от 11.03.2014 по делу «Елшевар и другие (*Jelsevar and Others*) против Словении» (жалоба № 47318/07).

⁷ Постановление ЕСПЧ от 08.07.1999 по делу «Караташ (*Karatas*) против Турции» (жалоба № 23168/94) // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ См. там же.

⁹ Постановление ЕСПЧ от 29.03.2005 по делу «Алинак (*Alinak*) против Турции» (жалоба № 40287/98) // СПС «КонсультантПлюс».

текст утверждения могут стать широко известными — хотя бы благодаря перепечатке кратких цитат теми же журналистами. При таких обстоятельствах представимо влияние на умы и тех, кто не является читателями литератора, не знакомился с его творчеством непосредственно.

Поэтому, думается, жанр или изначальная площадка обнародования произведения не могут сказать все о степени распространения диффамации и подлежат учету в совокупности с другими фактами, имеющими юридическое значение.

Следующий прецедент заслуживает того, чтобы остановиться на нем подробнее. Речь о деле «Лендон, Очаковски-Лоран и Жюли против Франции», рассмотрение которого ЕСПЧ увенчало череду резонансных разбирательств в национальных судах Пятой республики¹⁰. Причиной тяжб стала публикация романа под названием «Процесс над Жаном-Мари Ле Пеном». Произведение повествовало о суде над активистом партии «Национальный фронт» Рональдом Блистье, который по сюжету романа во время расклеивания афиш хладнокровно убил молодого человека, выходца из Северной Африки, позже признав, что совершил убийство по мотивам расовой ненависти. Главным героем повествования является адвокат убийцы, который оказывается вовлеченным в политическую дискуссию. В книге поднят вопрос не только о моральной, но и о правовой ответственности известного французского политика, председателя «Национального фронта» Ж.-М. Ле Пена за убийство, совершенное вдохновленным его речами юным активистом партии; пишется о том, что «судебный процесс следовало провести не над Блистье, а над его наставником». Политик появляется в романе под своим настоящим именем, постоянно находясь в центре полемики на открытом судебном заседании, разговоров различных действующих лиц повествования и даже в основе их внутренних противоречий. Роман содержит утверждения о том, что Ж.-М. Ле Пен является предводителем банды убийц, расистом и лжецом, клеветующим на своих

оппонентов, как и его обвинения в подстрекательствах к убийствам и склонении к самоубийствам. Политик называется «вампиром», питающимся «горечью своих избирателей» и «кровью своих врагов», безжалостным кукловодом, управляющим жизнью и смертью заблудившихся молодых людей, превращенных в марионеток, уподобляется гангстеру Аль Капоне.

В связи с этим в 1998 году партия «Национальный фронт» и Ж.-М. Ле Пен возбудили судебное разбирательство, хотя наиболее свежая к тому моменту французская прецедентная практика по делам о диффамации посредством литературного произведения относилась к концу XIX — середине XX века (Решения апелляционного суда г. Парижа от 8 марта 1897, 24 апреля 1936, 8 ноября 1950 года). Решением парижского суда, устоявшим в двух инстанциях, отдельные отрывки романа признаны оскорбительными. Суд пришел к выводу, что фиктивный судебный процесс явился средством для прямой критики в адрес политика. Несмотря на то, что оскорбительные замечания исходили исключительно от вымышленных действующих лиц, было установлено, что автор стремился сообщить ясно выраженные идеи и представить определенный образ Ж.-М. Ле Пена, возглавляемой им партии и поведения ее членов. Выявлено намерение не написать сатиру о маловероятном событии, а, наоборот, заставить читателя поверить в то, что описанный сценарий правдоподобен; подтверждено искажение фактов.

Вполне разумны заключения суда о том, что квалификация текста как обвинения не может быть исключена лишь на основании использованных в нем технических приемов, а также о том, что, несмотря на свой литературный жанр, текст способен нанести вред чести и репутации гражданских истцов.

Правоприменителем было отмечено, что французский закон не проводит никакого различия в правовых последствиях диффамации на основе ее формы, исходя из чего любое произведение (политическое, философское, беллетристическое или даже поэтическое) должно регулироваться применимыми в таких случаях нормами в отношении как общественного порядка, так и защиты частных лиц. Справедливо указывалось, что ответчики не могут

¹⁰ Постановление ЕСПЧ от 22.10.2007 по делу «Лендон (Lindon), Очаковски-Лоран (Otschakovsky-Laurens) и Жюли (Jully) против Франции» (жалобы № 21279/02 и 36448/02) // СПС «КонсультантПлюс».



требовать безнаказанности за диффамацию на том основании, что она содержится в художественном тексте.

ЕСПЧ поддержал позицию судов Франции (приводимая в ее обоснование изложенная выше аргументация действительно видится состоятельной) и отклонил жалобы пытавшихся оспорить ее граждан из числа романистов, издателей, журналистов. Перед нами тот случай, когда с окончательным итогом разрешения ситуации, дошедшей до ЕСПЧ, нет оснований не согласиться. В самом деле, некоторая отвлеченность, ироничность, образность не могут исключать ответственности, если лишь оформляют ложные нелестные утверждения.

Гипотетически диффамация может скрываться и в юмористических монологах или диалогах, пародиях, если последние обыгрывают не манеру держаться или субъективно приписываемые личности качества, а констатацию фактов. Героями озвучиваемых артистами произведений такого рода обычно становятся широко известные общественные деятели, от которых ожидается разумная толерантность к публичной дискуссии об их профессиональной активности и в определенных случаях даже частной жизни. Диффамационный характер сведений, распространенных в произведениях комического жанра, сложнее доказать, однако, разумеется, и здесь нарушения прав на честь, достоинство и деловую репутацию недопустимы. Современная практика международных отношений знает казусы вызова послов одной страны в МИД другой, а также подачи судебных исков в связи с исполнением шуточных песен и чтением сатирических стихов¹¹.

Исследуя диффамацию, С.И. Земскова обращает внимание на две описанные лингвистами в приложении к СМИ¹² формы передачи сведений, при которых информация непосредственно не выражена в самом

тексте, но либо подразумевается (пресуппозитивная или затекстовая форма, фразы-иллюстрации не приведены), либо легко извлекается из него читателем или слушателем, например благодаря использованию риторических вопросов типа «Интересно, совпадение случайно или нет?» (подтекстовая форма)¹³. Представляется, что распространение порочащей лжи подобным образом тоже относится к диффамации через текст латентного типа.

На трудности идентификации истца при распространении сведений о нем в скрытой (имплицитной) форме в тексте делает акцент Е.М. Кобзаренко¹⁴.

Второе воплощение латентной диффамации — символы. Нелицеприятное сообщение о ком-либо можно довести до адресата через пиктограммы, в том числе столь бурно используемые сегодня в процессе виртуального общения в мессенджерах и соцсетях эмодзи (в обиходе именуемые смайлами) и стикеры, чуть реже — схематичные картинки, составленные из типографских знаков (эмотиконы).

Так, в статье, посвященной правовому значению эмодзи в целом, С.Л. Будылин анализирует некоторую накопленную к данному моменту зарубежную литературу по этому вопросу, а также исчисляемые уже сотнями иностранные судебные акты с упоминанием популярных знаков¹⁵. Из работы следует, что для эмодзи характерна высокая степень стандартизации (существуют даже специальные толковые словари), что значение эмодзи радикально зависит от контекста их употребления, а также сопутствующих обстоятельств (в том числе социально-культурной принадлежности автора сообщения и личности интерпретатора); констатируется, что при помощи эмодзи можно нанести ущерб чести и достоинству, оклеветать человека¹⁶. Среди прочего автор рассматривает занимательный диффамационный спор, возникший в Австралии¹⁷. Один из пользователей

¹¹ Борисов Т. Что возмутило Эрдогана в сатирическом немецком видеоклипе // РГ. 2016. 30 марта. URL: <https://rg.ru/2016/03/30/chto-vozmutilo-erdogana-v-satiricheskom-nemec-kom-videoklipe.html>; Он же. Приговор немецкому сатирику за стихи про Эрдогана станет прецедентом // РГ. 2016. 14 апр. URL: <https://rg.ru/2016/04/14/prigovor-nemeckomu-satiriku-za-stihi-pro-erdogana-stanet-precidentom.html> (дата обращения: 12.02.2024).

¹² Леонтьев А.А. Прикладная психолингвистика речевого общения и массовой коммуникации. М., 2008. С. 87.

¹³ Земскова С.И. Криминалистическая характеристика диффамации // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 1. С. 91.

¹⁴ Кобзаренко Е.М. 15 проблем гражданско-правовой защиты от диффамации // Закон. 2024. № 1. С. 55.

¹⁵ Будылин С.Л. Указ. соч. С. 68–97.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Burrows v. Houda. [2020] NSWDC 485. URL: <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/1742d2614c447c83bbc6d457#amendments> (дата обращения: 18.02.2024).

сети «Твиттер» в 2020 году сделал репост публикации СМИ годичной давности об истице (адвокате). По смыслу размещенного материала истице грозила судебная тяжба после резко негативных высказываний судьи о ее профессиональных качествах и рекомендации применить в отношении нее меры дисциплинарного воздействия. Адвокат и ее клиенты также обвинялись в даче суду ложных показаний. Под сообщением появился комментарий: «Дело было в июле 2019-го, а что с ней теперь?»; автор поста ответил единственным эмодзи — «лицо с застегнутым на молнию ртом». Другой комментатор, дополнив инсинуацию, написал «тик-так» и использовал эмодзи с изображением часов. Третий участник обсуждения под своим ретвитом сообщения ответчика оставил три эмодзи: значок, иллюстрирующий столкновение, удар или взрыв, изображения смеющейся до слез физиономии и привидения. В судебном акте отмечается, что это первый прецедент обращения к австралийскому суду по вопросу оценки эмодзи на наличие диффамационного посыла, поэтому правоприменитель особенно основательно подошел к аргументации своих выводов, сделав ссылку в том числе на справочный веб-сайт, документирующий значение символов эмодзи по стандарту *Unicode*, — «Эмодзипедию»¹⁸. Согласно приведенному источнику значение смайла «рот на замке» — это «секрет» или «вынужденное молчание» при обстоятельствах, в которых предполагается, что говорящий знает ответ на вопрос, однако не вправе или не желает отвечать. Картинку с циферблатом часов в рамках заданного контекста суд расценил как намек на то, что время истицы до расплаты за неправомерные действия истекает, обозначение взрыва — как указание на нечто чрезвычайное или сенсационное, а комично изображенного призрака — как отсылку к чему-то забавному и нелепому. Юрист истицы заявил, что эмодзи «рот на замке» «стоит тысячи слов», ибо создает впечатление о том, что ответчик лишен возможности сообщить о воображаемом привлечении истицы к ответственности и вместо этого ему остается лишь подтолкнуть читателей самостоятельно сделать вполне определенные выводы. Столь двусмысленная реплика, по выражению того же юриста, равнозначна возгласу «Пожар!» в переполненном театре, что подтверждается разви-

тием диффамационной сути смайла в приписках комментаторов. По мнению суда, имеет значение и площадка распространения информации: для серьезных публикаций в противовес социальным медиа нехарактерна манера излагать вызывающие ажиотаж новости экивоками. Кроме того, суд заключил, что добавленные сторонними пользователями эмодзи усиливают порочащий эффект материала и дают основания заподозрить отнюдь не служебный проступок, а преступление. Вопрос о принципиальной возможности диффамационного характера подобных сообщений справедливо был решен положительно.

Если набор условных обозначений (графических символов, световых или звуковых сигналов и т.п.) может быть преобразован в текст с помощью специального алгоритма или ключа, анализу подлежит объект расшифровки. То есть, скажем, фразы, записанные криптографическими методами, как представляется, не могут квалифицироваться в качестве латентной диффамации через символы, поскольку диффамационный посыл заключен не в самих обозначениях, а в извлекаемом из них тексте.

Так, человек, не владеющий азбукой Морзе, прослушав последовательность известных сигналов, не узнает для себя ничего нового, ибо не получит доступа к тексту — источнику информации.

Еще один занятный казус из того же австралийского штата, что и предыдущий (Новый Южный Уэльс), выстраивался вокруг вопроса о том, может ли оставление так называемого лайка под постом в сети Интернет (т.е. выражение положительного отношения к опубликованному) быть истолковано как диффамация. В 2015 и 2016 годах одно лицо выложило шесть признанных судом ложными и порочащими фрагментов текста о другом. Третья гражданка не только пролайкала диффамационные сообщения, но и призвала в отдельном комментарии сделать то же самое других посетителей сайта. Суд заключил, что проявления симпатии к сетевому контенту в подобной форме недостаточно для привлечения к ответственности в качестве второго диффаматора, однако призыв последовать своему

¹⁸ URL: <https://emojipedia.org/> (дата обращения: 18.02.2024).



примеру — основание для применения правовых санкций за продвижение диффамационного материала. Гражданку обязали выплатить истцу сумму в 10 тыс. долл. против 110 тыс., взысканных с автора порочащей лжи¹⁹.

Описанное одобрение постов в Интернете происходит путем печати тех же пиктограмм — как правило, большого пальца, поднятого вверх, или сердца. Значит, технически данное действие тоже подпадает под латентную диффамацию символьного типа. Категорично исключать возможность такой квалификации нажатия кнопки на клавиатуре нельзя. Очевидно, что привлечь внимание к оспариваемому тексту может и лайк в отсутствие комментария, если, например, он исходит от широко известной в обществе личности, публичной фигуры. Вместе с тем ответчик сможет возражать, что одобрение относилось к какой-либо определенной или к большей части сообщения, не включающей диффамацию, либо даже к форме сообщения, а не к его содержанию. Чрезвычайная легкость проставления отметки «нравится» может породить ссылки на неосторожность (разумеется, если посты со схожим содержанием не поддерживались многократно). Таким образом, думается, решение вопроса о присвоении лайку статуса диффамационного символа должно предполагать вариативность.

Третья форма выражения латентной диффамации — изображения, символами не являющиеся (фотомонтаж, скульптуры, карикатуры, произведения живописи, если представляемые ими лица имеют сходство с реальными людьми и есть контекст, дающий основания сделать выводы об определенных предосудительных действиях).

В 1894 году в Шотландии клеветой (публично-правовой диффамацией) была признана демонстрация восковой фигуры (дело «Монсон против ООО „Труссарди“»). Истцом выступал оправданный судом бывший обвиняемый в убийстве, чья восковая фигура с пистолетом в руке была выставлена на всеобщее обозрение по соседству с восковыми фигурами

известных убийц в музее²⁰. Как отмечается в специальной литературе, английским правом принято деление клеветы на два вида: 1) пасквиль (*libel*) — так называемая материализованная клевета, может принимать письменную или печатную форму, форму кукол, восковых фигур, скульптур, карикатур, фильмов, спектаклей или постановок, изображающих потерпевшего; и 2) навет (*slander*) — клевета в эфемерной (нематериальной) форме, которой объявляются устные словесные высказывания или жесты. Выступления в радио- или телеэфире также относятся к письменной форме клеветы²¹.

Разбираясь в правомерности запрета на выставку нескромных картин по жалобе Объединения создательных художников против Австрии, ЕСПЧ усмотрел в таковых карикатуры на конкретных людей с использованием элементов сатиры. При этом суд высказал убеждение в том, что сатира является формой художественного самовыражения и социального комментария и, ввиду свойственных ей признаков преувеличения и искажения реальности, обычно направлена на то, чтобы вызвать провокацию и потрясение. Соответственно, любое вмешательство в осуществление творческой личностью своего права на такую форму самовыражения должно рассматриваться с особой осторожностью²².

Тем не менее, как подтверждает прецедентная практика того же судебного органа, карикатуры тоже могут выходить за допустимые рамки свободы самовыражения с вытекающей из этого достаточно серьезной ответственностью.

Демонстрацией данного разумного тезиса может служить рассмотрение ЕСПЧ жалобы курьеров испанской компании, учредивших профсоюз²³.

¹⁹ Bolton v. Stoltenberg. [2018] NSWSC 1518. URL: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/nsw/NSWSC/2018/1518.html?context=1;query=Bolton%20v%20Stoltenberg;mask_path= (дата обращения: 18.02.2024).

²⁰ Цит. по: Деликтные обязательства и деликтная ответственность в английском, немецком и французском праве: учеб. пособие / отв. ред. М.А. Егорова. М., 2017. С. 250.

²¹ См. там же. С. 249–250.

²² Постановление ЕСПЧ от 25.01.2007 по делу «Объединение создательных художников (*Vereinigung Bildender Künstler*) против Австрии» (жалоба № 68354/01) // СПС «КонсультантПлюс».

²³ Постановление ЕСПЧ от 12.09.2011 по делу «Паломо Санчес и другие (*Palomo Sanchez and Others*) против Испании» (жалоба № 28955/06).

В одном из выпусков информационного бюллетеня профсоюза двое сотрудников в вульгарных выражениях критиковались за дачу показаний в пользу компании во время возбужденного профсоюзом разбирательства. На обложке бюллетеня была размещена карикатура на этих сотрудников, воспроизводящая сцену оказания ими интим-услуг директору компании по кадровой работе. Контекст публикации рисунка делает очевидной его трактовку как сообщения о раболепии сотрудников перед начальством, неискренности их позиции в разбирательстве с профсоюзом, о предательстве ими интересов работников организации, их продажности. Бюллетень распространялся среди трудового коллектива, в том числе находился на профсоюзной доске объявлений в офисах. В итоге представители профсоюза были уволены за умаление достоинства и репутации лиц, о которых говорилось в бюллетене. Испанский трибунал постановил, что карикатура носила оскорбительный характер, а нарушители злоупотребили свободой выражения мнения. ЕСПЧ поддержал это решение, указав, что заявители превысили пределы приемлемой критики, тогда как между критикой и оскорблением необходимо проводить четкое разграничение и оскорбление может, в принципе, оправдывать суровые санкции²⁴.

Весьма опасным подвидом латентной диффамации через изображения видятся всевозможные подделки фото- и видеоматериалов, ставшие в современном мире более чем реалистичными. Здесь к месту вспомнить не только превратившиеся в обыденность графические редакторы, но и технологии создания убедительных обманых визуальных и аудиоэффектов с использованием нейросети (так называемый дипфейк). Создать ложное представление о том, что тот или иной человек что-либо сказал или сделал, теперь беспрецедентно легко, и потенциал правонарушений в этой сфере нельзя не назвать тревожным. Проявление существенных негативных последствий подобной лжи способно многократно опережать ее развенчание. При этом нарушитель остается за кадром, вкладывая диффамацию в уста или физическую оболочку жертвы. Нет сомнений в том, что развитие технического прогресса должно сопрово-

ждаться созданием новых продуманных правовых механизмов противодействия возникающим рискам, в идеале — их предварительным введением.

Выделенные формы латентной диффамации являются основными, однако их перечень следует оставить открытым. Так, аналогично подмене фото- и видеофайлов возможна имитация голоса потенциального потерпевшего от диффамации, которая не подпадает ни под один из описанных выше вариантов ее воплощения, но также, безусловно, является проявлением скрытой диффамации, ибо диффаматор стремится скрыть свою личность.

||| Наконец, если перечисленные способы изощренного распространения ложных порочащих сведений осуществимы, возможно и *смешение различных форм латентной диффамации, а равно смешение этих форм с диффамацией прямой (классической)*.

Вот как, например, может выглядеть такое пятнаие образов. Риторический вопрос (латентная текстовая диффамация) и эмодзи (латентная диффамация через символы). Плакат, объединивший в себе изображение и надпись. Комикс, выводящий неблагоприятный облик реального гражданина через иллюстрации и реплики, — единство повествования и визуального действия. Этот ряд можно продолжить.

Сформировав целостное представление о том, как именно проявляется латентная диффамация, можно определить два ее сущностных признака.

Во-первых, это отсутствие прямого вербального выражения — даже при распространении латентной диффамации через текст. В последнем случае ложные порочащие сведения зашифрованы, в опосредованно доносимую информацию закладывается неоднозначность трактовок.

Во-вторых, это стремление завуалировать диффамационный посыл, добиться эффекта умаления чести, достоинства или деловой репутации, сохранив видимость добросовестности. Как правило, усилия к тому, чтобы остаться в тени, прилагаются во избежание привлечения к ответственности, хотя не исключены и иные мотивы, в том числе намерение

²⁴ Постановление ЕСПЧ от 12.09.2011 по делу «Паломо Санчес и другие (*Palomo Sanchez and Others*) против Испании» (жалоба № 28955/06).



придать диффамации особо насмешливый, издевательский тон.

Специфика средств доказывания по делам о латентной диффамации предполагает подчеркнутую важность заключений экспертов и консультаций специалистов. Отдельные авторы отводят судебной лингвистической экспертизе ключевую роль при рассмотрении дел о диффамации²⁵. Среди общих задач экспертизы называются, в частности, исследование спорного текста с целью установления его смыслового содержания, а также с точки зрения жанровой, композиционной или лексико-грамматической формы выражения²⁶. Назначение подобной экспертизы по спорам о диффамации, скрытой в тексте (в том же литературном произведении или в предложениях, допускающих различные трактовки), действительно видится потенциально полезным. Впрочем, порой конструктивнее скорее получение пояснений специалиста. Такая помощь суду менее затратна, более оперативна и вполне достаточна. Письменные или устные консультации специалиста (последние заносятся в протокол судебного заседания) не требуют проведения специальных исследований, назначаемых на основании определения суда (п. 3 ст. 188 ГПК РФ).

В рамках дел о диффамации через символы и другие изображения назначение экспертизы уместно лишь в исключительных случаях, требующих, например, узких познаний в области того или иного жаргона или обычаев определенной социально-культурной группы. Здесь стоит согласиться с аргументом упоминавшегося выше австралийского суда: эмодзи сегодня широко используются, а их значения, как правило, легко извлекаются любым субъектом²⁷. В основной массе случаев остается лишь проявить вдумчивый подход к контексту.

В научной литературе озвучена рекомендация активно прибегать к комиссионной психолого-лингвистической экспертизе с целью получения ответов на

вопросы о том, воспринимается ли информация как умаляющая нематериальные блага потерпевшего, а также каков размер вероятного морального вреда²⁸. Подобная инициатива, напротив, согласия не вызывает. Вопросы о праве подлежат разрешению именно и исключительно судом в рамках реализации его дискреционных полномочий, с задействованием личного правосознания наделенного властными полномочиями лица. Кроме того, степень нравственных страданий при диффамации — сугубо оценочное понятие, не поддающееся формализации. В смысле субъективности подхода мнение эксперта ничем не будет отличаться от мнения судьи, вполне имеющего возможность адекватным образом лично оценить факторы, влияющие на глубину переживаний опороченного гражданина. Это не говоря о том, что назначение рекламируемой экспертизы с неизбежностью выльется в затягивание процесса и рост судебных расходов — особенно болезненный, если иметь в виду обычно несущественные суммы, взыскиваемые по диффамационным спорам.

Итак, латентная (скрытая) диффамация как специфическая разновидность диффамации в целом — это завуалированное с помощью различных приемов, не имеющее прямого вербального выражения распространение ложных порочащих лицо сведений.

Дефиниция этой правовой категории могла бы найти место в разъяснении высшей судебной инстанции России. По форме проявления целесообразно выделять латентную диффамацию, осуществляемую через текст, символы, другие изображения, а также реализуемую в смешанной и иных формах. Особую остроту назревшей потребности исследования данного многогранного правового феномена придает необходимость контроля за процессом цифровизации. Становятся доступнее технологии совершения подобных скрытых нарушений, а значит, возникает опасность увеличения их числа. В настоящих условиях четкое общее представление о латентной диффамации, до сих пор еще не сложившееся в отечественной цивилистике, а также упорядоченные знания о ее возможных вариациях видятся не просто нелишними, а насущно важными. 📌

²⁵ Земскова С.И. Судебная экспертиза по делам о диффамации // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 12. С. 36.

²⁶ Там же.

²⁷ Burrows v. Houda. [2020] NSWDC 485. URL: <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/1742d2614c447c83bbc6d457#amendments> (дата обращения: 18.02.2024).

²⁸ Земскова С.И. Судебная экспертиза по делам о диффамации. С. 37.

Latent Defamation: A “Creative” Approach to Misdeed

The article features complex research of the latent defamation as a particular phenomenon understudied in theory. Author suggests for this category the following definition: disguised by various means, lacking the direct verbal expression dissemination of the false damaging information. Classification of the latent defamation on the criterion of the form of its display is developed. Author represents the detailed review of such basic latent defamation forms as defamation through text (which includes literary work as well as rhetorical questions), symbols (emoji, stickers, likes, emoticons), other images (photomontage, sculptures, pictorial caricatures, paintings). It is established that currently legal controversies with regard to cases on latent defamation are comparatively small numbered. Nevertheless the trend for its increasing is forecasted which is driven by continuing digitalisation process and widening the range of new technologies applicability for illicit purposes (among other things different instruments for the virtual communication, photo, video and audio content fabrication).

Keywords: non-material values, defamation, literary work, image, emoji

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Natalya N. Parygina

Associate Professor of the Department of Civil Law at Dostoevsky Omsk State University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: np-line@mail.ru)

REFERENCES

Budylin, S.L. “‘Thumbs Up’ — Acceptance or Insult? Emoji, Semiotics and Law” [*“Bol’shoj palec vverh” — akcept ili oskorblenie? Jemodzi, semiotika i parvo*]. Herald of the Economic Justice of the Russian Federation [*Vestnik jekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federacii*]. 2023. No 8. P. 68–97.

Egorova, M.A. (ed.). Tort Obligations and Tort Liability in French, German and English Law: A Textbook [*Deliktnye objazatel'stva i delikt'naja otvetstvennost' v anglijskom, nemeckom i francuzskom prave: uchebnoe posobie*]. Moscow, 2017. 376 p.

Kapitonova, E.A. “Visual Fake Created Through a Neural Network: Socio-Legal Risks and Problems of Legal Assessment” [*Vizual'nyj fejk, sozdannyj posredstvom nejroseti: social'no-pravovye riski i problemy kvalifikacij*]. Statute [*Zakon*]. 2024. No. 1. P. 39–48.

Kobzareno, E.M. “15 Problems of Civil Defense against Defamation” [*15 problem grazhdansko-pravovoj zashhity ot diffamacii*]. Statute [*Zakon*]. 2024. No. 1. P. 49–58.

Krivolapov, V.N. “About the Dystopian Potential of ‘The History of a City’ by M. Saltykov-Shchedrin” [*Ob antiutopicheskom potenciale «Istorii odnogo goroda» M.E. Saltykova-Shhedrina*]. Scientific Notes of Orel State University. Series “Humanities and Social Sciences” [*Uchenye zapiski Orlovskogo gosudarstvennogo universiteta. Serija: Gumanitarnye i social'nye nauki*]. 2019. No 1. P. 108–111.

Leont'ev, A.A. Applied Psycholinguistics of Verbal and Mass Communication [*Prikladnaja psiholingvistika rechevogo obshhenija i massovoj kommunikacii*]. Moscow, 2008. 271 p.

Zemskova, S.I. “Criminalistic Characteristic of a Defamation” [*Kriminalisticheskaja harakteristika diffamacii*]. Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice [*Zakony Rossii: Opyt, Analiz, Praktika*]. 2013. No 1. P. 89–94.

Zemskova, S.I. “Examination on Defamation Affairs” [*Sudebnaja jekspertiza po delam o diffamacii*]. Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice [*Zakony Rossii: Opyt, Analiz, Praktika*]. 2011. No 12. P. 35–38.



**АЛЕКСАНДР
ДМИТРИЕВИЧ
ШЕЛКУНОВ**

руководитель
налогового направления
ООО «Газпромнефть
Экспертные решения»,
кандидат юридических
наук

К ВОПРОСУ О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ НАЛОГОВОГО МОНИТОРИНГА

Статья посвящена налоговому мониторингу как новейшей форме налогового контроля. Автор анализирует правовой статус, порядок обжалования и исполнения мотивированного мнения налогового органа и отмечает проблемы регулирования налогового мониторинга, вызывающие затруднения в правоприменительной практике. Сформулированы предложения о внесении изменений в законодательство о налогах и сборах с целью усовершенствования регулирования налогового мониторинга.

Ключевые слова: налоговый мониторинг, мотивированное мнение налогового органа, разногласия, цифровизация налогового контроля

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-181-185

Налоговый мониторинг — новейшая российская форма налогового контроля, которая получила активное распространение в правоприменительной практике. Она появилась как результат стремления законодателя перейти к цифровой модели эффективного взаимодействия между налогоплательщиком и налоговым органом, которая бы снизила взаимные трудозатраты, возникающие при проведении выездных налоговых проверок. Тем самым налоговый мониторинг знаменует собой отход от прежней ретроспективной модели налогового контроля, где основной формой контроля являлась выездная налоговая проверка за истекшие периоды, а налогоплательщик не имел возможности разрешить с налоговым органом спорные вопросы налогообложения до момента декларирования рассчитанных им налоговых платежей. При этом выездная налоговая проверка

прошлых периодов требовала от налогоплательщика значительных ресурсов на предоставление большого количества истребуемых налоговым органом документов и пояснений по обстоятельствам и подходам к определению своих налоговых обязательств, которые могли забыться с течением времени.

Суть института налогового мониторинга раскрывалась в пояснительной записке к проекту федерального закона, которым он впоследствии и был введен¹: налогоплательщик еще до подачи налоговой декларации имеет возможность разрешить спорные вопросы налогообложения; в свою очередь, налоговый орган получает постоянный доступ к данным учета такого налогоплательщика, что позволяет ему контролировать правильность исчисления, удержания и уплаты налогов, сборов, страховых взносов.

Возможность по своей инициативе получить мотивированное мнение налогового органа в ходе налогового мониторинга стала для налогоплательщиков дополнительным способом прояснить вопросы толкования норм и принципов законодательства о налогах и сборах. При этом налогоплательщик освобождается от пеней и санкций при следовании мнению налогового органа, полученному в ходе процедуры налогового мониторинга (подп. 3 п. 7 ст. 75 и подп. 3 п. 1 ст. 111 Налогового кодекса (НК) РФ).

Вместе с тем практика выявила дискуссионные вопросы, решение которых, как представляется, во избежание споров и в целях совершенствования регулирования этой формы налогового контроля требует внесения уточнений в текст НК РФ.

1. Правовой статус мотивированного мнения

Исходя из положений ст. 105.26 НК РФ, предметом налогового мониторинга выступает правильность исчисления или удержания, полнота и своевременность уплаты или перечисления подлежащих уплате налогов, сборов, страховых взносов.

Мотивированное мнение по вопросам правильности, полноты исчисления и удержания налогов, своевременности их уплаты (перечисления), которое предоставляет налоговый орган в рамках мониторинга, составляется как по инициативе налогового органа, так и по запросу проверяемой организации-налогоплательщика. Если налоговый орган в ходе мониторинга выявляет факты неправильного исчисления, удержания, уплаты налогов, сборов, страховых взносов, то может направить налогоплательщику мотивированное мнение по своей инициативе (п. 1–3 ст. 105.30 НК).

Мотивированное мнение по общему правилу является обязательным для исполнения налоговыми органами и организацией в ходе налогового мониторинга (п. 7 ст. 105.30 НК).

Кроме того, в п. 8 ст. 105.30 НК предусматривается, что если организация не согласна с мотивированным мнением налогового органа, то вправе в течение месяца со дня его получения представить разногласия, которые подлежат рассмотрению в рамках взаимосогласительной процедуры.

При этом положениями НК прямо не предусматривается, что мотивированное мнение становится необязательным для исполнения, если организация выразила несогласие с ним. По этой причине неясно, как воспринимать взаимосогласительную процедуру: как процедуру обжалования вступившего в силу ненормативного акта или как инициированную налогоплательщиком процедуру согласования содержания такого акта, которая откладывает его вступление в силу до момента разрешения разногласий (по аналогии с решением налогового органа о привлечении или об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения, принимаемым в порядке ст. 101 НК РФ, с учетом апелляционной жалобы)?

С одной стороны, мотивированное мнение в силу его обязательности, как указано в НК, влияет на правовое положение организации, поскольку возлагает на нее обязанность следовать тому варианту определения налоговых платежей, который считает правильным налоговый орган. Поскольку мотивированное мнение обязательно для исполнения налогоплательщиком,

¹ Федеральный закон от 04.11.2014 № 348-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации».



оно является ненормативным правовым актом, который возлагает на организацию обязанность в экономической сфере и в силу этого может быть оспорен налогоплательщиком в арбитражном суде (ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса РФ).

С другой стороны, Минфин России указал, что «мотивированное мнение не является обязательным для исполнения налогоплательщиком». Более того, «исходя из положений статей 105.30 и 105.31 Кодекса налогоплательщик вправе выразить несогласие с мотивированным мнением, а исходя из нормы подпункта 3 пункта 5.1 статьи 89 Кодекса может отказаться от его выполнения»².

Если мотивированное мнение, как пишет Минфин, необязательно к исполнению налогоплательщиком, то как расценивать указание законодателя в п. 7 ст. 105.30 НК на то, что по общему правилу этот документ обязателен для исполнения как налоговым органом, так и налогоплательщиком, и предписывает способы его выполнения?

|| Таким образом, во избежание споров относительно обязательности мотивированного мнения представляется правильным указать в НК напрямую, в каких случаях и с какого момента оно должно считаться обязательным к исполнению, в том числе при направлении разногласий налогоплательщиком.

2. Порядок обжалования мотивированного мнения

Как отмечено выше, организация, не согласная с мотивированным мнением налогового органа, может его обжаловать путем представления разногласий. Последние рассматриваются ФНС России в рамках взаимосогласительной процедуры в порядке, предусмотренном ст. 105.31 НК.

Взаимосогласительная процедура выступает формой обжалования мотивированного мнения в вышестоящем налоговом органе, который по результатам анализа представленных позиций либо изменяет

мотивированное мнение, либо оставляет его без изменения.

Вместе с тем с появлением института налогового мониторинга посвященная обжалованию глава 19 НК РФ не претерпела изменений, которые бы напрямую регулировали вопросы оспаривания мотивированного мнения со стороны проверяемой организации.

Так, в ст. 138 НК РФ по общему правилу устанавливается обязательный досудебный порядок обжалования любых актов налоговых органов ненормативного характера, действий или бездействия их должностных лиц. При этом предполагается, что в рамках обжалования налогоплательщик вправе подать жалобу или апелляционную жалобу.

Мотивированное мнение налогового органа выражает позицию налогового органа о налоговых обязательствах определенной организации, т.е. не направлено на неопределенный круг лиц и в связи с этим не имеет нормативного характера. В то же время п. 7 ст. 105.30 НК РФ предусматривает, что оно обязательно для исполнения, т.е. на налогоплательщика возлагается обязанность исполнить его; неисполнение является основанием для назначения выездной налоговой проверки (подп. 3 п. 5.1 ст. 89 НК РФ), которой налогоплательщик может стремиться избежать, вступая в процедуру налогового мониторинга. Раз мотивированное мнение относится к актам налоговых органов ненормативного характера, то оно является предметом обязательного досудебного обжалования.

Возникает вопрос: можно ли считать направление разногласий реализацией процедуры досудебного обжалования мотивированного мнения, а если нет — обязана ли организация параллельно с разногласиями подавать жалобу на мотивированное мнение, если планирует в дальнейшем оспорить его в судебном порядке?

Под жалобой в п. 1 ст. 138 НК РФ понимается обращение лица в налоговый орган, предметом которого является обжалование вступивших в силу актов налогового органа ненормативного характера, действий или бездействия его должностных лиц, если, по мнению этого лица, обжалуемые акты, действия или бездействие должностных лиц налогового органа нарушают его права.

² Письмо Минфина России от 23.09.2020 № 03-02-07/1/83314.

Разногласия, которые направляет организация в ответ на мотивированное мнение, являются обращением, в котором излагается ее несогласие с позицией налогового органа, собственное видение ситуации и соответствующие аргументы. Иными словами, разногласия на мотивированное мнение отвечают признакам определения жалобы, указанным в п. 1 ст. 138 НК, и их подача должна свидетельствовать о соблюдении обязательного досудебного порядка обжалования и не требует параллельной подачи отдельной жалобы.

Вместе с тем также возможна точка зрения, что поскольку разногласия не отнесены к виду жалоб в главе 19 НК РФ, вопросы их подачи и рассмотрения регулируются за рамками положений глав 19–20 НК РФ, посвященных вопросам обжалования, то их все же нельзя признать жалобой для целей ст. 138 НК. В частности, если рассматривать разногласия в качестве жалобы, то возникает вопрос: как соотносятся между собой сроки рассмотрения жалобы и сроки рассмотрения разногласий, предусмотренные в п. 6 ст. 140 и п. 2 ст. 105.31 НК РФ? Если срок проведения взаимосогласительной процедуры — это специальный срок для рассмотрения разногласий как вида жалобы, то почему он не упоминается в п. 3 ст. 138 НК, когда речь идет об истечении срока рассмотрения жалобы?

Неопределенность в части того, можно ли считать разногласия жалобой, порождает неопределенность и в вопросе исчисления срока на обжалование мотивированного мнения в судебном порядке.

Так, норма п. 3 ст. 138 НК предусматривает, что срок для судебного обжалования любого акта налогового органа ненормативного характера исчисляется со дня, когда лицу стало известно о принятом вышестоящим налоговым органом решении по соответствующей жалобе, или со дня истечения срока принятия решения по жалобе, установленного п. 6 ст. 140 НК. Поскольку срок рассмотрения разногласий регулируется нормой п. 2 ст. 105.31, а не п. 6 ст. 140, возникает недопонимание в части того, вправе ли организация обжаловать мотивированное мнение в судебном порядке по истечении месячного срока проведения взаимосогласительной процедуры.

Также неясно, можно ли для целей исчисления срока обжалования актов налоговых органов в судебном

порядке (п. 3 ст. 138 НК РФ) считать решением по жалобе уведомление об изменении мотивированного мнения либо оставлении его без изменения, которое в порядке п. 4 ст. 105.31 НК будет направлено налогоплательщику по итогам взаимосогласительной процедуры.

Изложенное свидетельствует о необходимости гармонизации положений ст. 138 и 105.30–105.31 НК и формулирования норм, напрямую определяющих срок судебного обжалования мотивированных мнений. Представляется, что организация должна иметь право обжаловать в судебном порядке мотивированное мнение со дня, когда получила уведомление об изменении либо об оставлении без изменения мотивированного мнения по результатам рассмотрения разногласий, или со дня истечения срока проведения взаимосогласительной процедуры.

3. Исполнение мотивированного мнения

В п. 7 ст. 105.30 НК РФ отмечается, что организация выполняет мотивированное мнение налогового органа путем учета изложенной в нем позиции налогового органа в налоговом учете, налоговых декларациях, расчетах или иным способом. При этом наличие невыполненного мотивированного мнения налогового органа к 1 декабря года, следующего за периодом, который проверяется в рамках налогового мониторинга, влечет право налогового органа провести выездную налоговую проверку. Предметом такой проверки может быть только вопрос невыполненного мотивированного мнения (подп. 3 п. 5 ст. 89 НК РФ).

В связи с этим в правоприменительной практике возник вопрос о том, можно ли считать мотивированное мнение исполненным, если на него были представлены разногласия, но одновременно налогоплательщик внес изменения в налоговый учет и налоговую декларацию в соответствии с позицией налогового органа, изложенной в мотивированном мнении.

Представляется, что исполнение мотивированного мнения — это объективные действия налогоплательщика, направленные на приведение данных о его налоговых обязательствах в соответствие с тем, как их определил налоговый орган в мотивированном мнении. Однако исполнение не означает автоматически



изменения субъективного отношения налогоплательщика к самому мотивированному мнению.

Разногласия выражают субъективную оценку налогоплательщиком правомерности полученного мотивированного мнения, отражают его позицию и аргументы относительно ошибочности выводов налогового органа.

В свете этого факт подачи разногласий на мотивированное мнение не связан с исполнением мотивированного мнения, поскольку не влияет на объективное состояние данных налогоплательщика о его налоговых обязательствах, содержащихся в налоговом учете и налоговых декларациях (расчетах).

Тем не менее ввиду актуальности указанного вопроса представляется целесообразным включить в НК положение о том, что представление разногласий на мотивированное мнение не является его неисполнением.

Таким образом, налоговый мониторинг как форма налогового контроля, безусловно, в силу его преиму-

ществ заслуживает поддержки. Однако рассмотренные дискуссионные вопросы свидетельствуют о необходимости совершенствования регулирования налогового мониторинга; возможные пути этого предложены выше.

Improving Tax Monitoring

The article concerns tax monitoring as the newest form of tax control. The author analyses the legal status of motivated opinion, the procedure for appealing and implementing it, and notes the identified problems as regards regulation of tax monitoring that cause difficulties in law enforcement practice. Proposals have been formulated to amend the tax legislation in order to resolve these problems and improve the regulation of tax monitoring.

Keywords: *tax monitoring, motivated opinion of the tax authority, disagreements, digitalisation of tax control*

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Alexander D. Shelkunov

Head of Tax Law at Gazpromneft Expert Solutions LLC, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: shelkunov.ad@gazprom-neft.ru)



**ЕГОР АНДРЕЕВИЧ
БОГОЛЮБОВ**

старший преподаватель
кафедры теории
и истории права и
государства НИУ
«Высшая школа
экономики» (Санкт-
Петербург)



**МАРИНА
ВЛАДИМИРОВНА
ДИДИКОВА**

ассистент кафедры
уголовного процесса
и криминалистики
Кемеровского
государственного
университета

ЭКЗАМЕНАЦИОННЫЕ КОМИССИИ КАК ПРОСТРАНСТВО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ПРОФЕССИЙ В РОССИИ*

В состав экзаменационных комиссий субъектов РФ по приему квалификационного экзамена на должность судьи входят представители различных юридических профессий. На основе данных, собранных с сайтов экзаменационных комиссий, был выявлен типовой членский состав этих комиссий: в среднем они состоят из двенадцати юристов, из них десять судей (пять от судов общей юрисдикции и пять от арбитражного суда) и двое преподавателей юридических дисциплин. В качестве представителей общероссийского объединения юристов в почти каждой второй экзаменационной комиссии участвуют исключительно представители Ассоциации юристов России. Членство в этой ассоциации, так же как и занятие преподавательских должностей, позволяет входить в состав экзаменационных комиссий адвокатам, нотариусам, государственным служащим, юристам частных компаний. Проведенное исследование показывает, что экзаменационные комиссии, являясь слабым фильтром в судейское сообщество, служат в основном пространством встречи и коммуникации представителей различных юридических профессий, разделенных ведомственно и организационно.

Ключевые слова: юридическая профессия, социология профессий, квалификационный экзамен, судейское самоуправление, профессиональная коммуникация

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-186-195

Введение

Экзаменационные комиссии субъектов РФ по приему квалификационного экзамена на должность судьи (далее — экзаменационные комиссии) непосредствен-

* Авторы выражают благодарность Екатерине Ходжаевой, ведущему научному сотруднику Института проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге за ценные комментарии, которые помогли улучшить статью.

но участвуют в формировании судейского корпуса и являются первым этапом на пути к судейской должности. Работа этого органа слабо освещена в публичном пространстве, хотя прозрачность процедуры отбора «повышает доверие общественности к судебной системе, гарантируя, что тщательно отобранные судьи будут принимать обоснованные и сбалансированные решения»¹.

В России существуют два вида экзаменационных комиссий. Высшая экзаменационная комиссия принимает экзамен у кандидатов на должность судей, которые не будут работать в каком-то конкретном субъекте РФ, например у кандидатов в судьи Верховного Суда РФ, апелляционных и кассационных судов общей юрисдикции.

Экзаменационные комиссии субъектов РФ принимают экзамены у кандидатов в судьи областных и приравненных к ним судов субъектов РФ, арбитражных судов субъектов РФ, районных судов и мировых судей. В рамках данной статьи мы будем рассматривать работу экзаменационных комиссий субъектов РФ.

В 2008 году все экзаменационные комиссии рассмотрели 5778 заявлений о сдаче квалификационного экзамена, в период с января 2009 года до 1 ноября 2012 года — 17 889 заявлений².

В юридической литературе высказываются различные предложения о том, из кого должен формироваться состав экзаменационных комиссий³ и какие требова-

ния нужно предъявлять к их членам⁴. Однако они не основаны на эмпирических данных и аргументируются из нормативных позиций. Мы полагаем, что предложения по реформированию экзаменационных комиссий должны учитывать опыт их функционирования.

Изучение экзаменационных комиссий кажется нам важным по нескольким причинам. С одной стороны, как мы отметили выше, ученые полагают, что открытость процедуры отбора повышает доверие общественности к судебной системе, а одним из элементов такой открытости является само наличие публичных данных о составе экзаменационных комиссий. Кроме того, по закону с 2011 года в состав комиссий могут быть включены представители общественных объединений юристов. Это также должно повышать открытость первого этапа при пополнении судейского корпуса. С другой стороны, эмпирические исследования показывают, что в действительности сами комиссии слабо определяют облик судейского корпуса, — этот фильтр проходят большинство кандидатов, а реальным барьером оказывается Комиссия по предварительному рассмотрению вопросов назначения судей и прекращения их полномочий при Президенте⁵. Не оспаривая выявленные факты слабости экзаменационных комиссий как реального фильтра на пути вхождения в судейское сообщество, мы предлагаем рассматривать их как пространство встречи представителей различных юридических субпрофессий.

Целью статьи является описание ключевых характеристик состава экзаменационных комиссий с опорой на эмпирические данные. Это позволит лучше понять, представители каких профессий фактически допускаются до приема экзамена у кандидатов в судьи. Формирование перечня профессий позволит выдвинуть гипотезы о месте экзаменационных комиссий в профессиональной коммуникации юристов.

¹ *Dzmitryieva A.* Becoming a Judge in Russia: An Analysis of Judicial Biographies // *Europe-Asia Studies*. 2021. Vol. 73. Iss. 1. P. 131; *Крусс В.И.* Цели и актуальность конституционной модернизации механизма формирования судейского корпуса в Российской Федерации // *Юридический вестник ДГУ*. 2016. Т. 17. № 1. С. 38–46.

² *Ершов В.В.* Деятельность экзаменационных комиссий: вопросы теории и практики // *Российское правосудие*. 2009. № 12. С. 3–4; *Он же.* О работе Высшей экзаменационной комиссии по приему квалификационного экзамена на должность судьи // *Российское правосудие*. 2013. № 2. С. 29–30.

³ *Горбуз А.К., Краснов М.А., Мишина Е.А., Сатаров Г.А.* Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. СПб., 2010. С. 229. С. 448; *Бурдина Е.В.* Правовая природа, организация и деятельность органов судейского сообщества в судебной системе России: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 405.

⁴ *Иванов М.* Тамара Морщакова: как нам реформировать суды. URL: <https://legal.report/tamara-morshakova-kak-nam-reformirovat-sudy/> (дата обращения: 29.03.2024); *Бурдина Е.В.* Указ. соч. С. 405–406; *Ершов В.В.* Деятельность экзаменационных комиссий... С. 6; *Он же.* Прием квалификационного экзамена на должность судьи... С. 85.

⁵ *Российские судьи: социологическое исследование профессии: монография / под ред. В. Волкова. М., 2015. С. 112–113; Соломон-мл. П.Г.* Извилистый путь судебной реформы в современной России // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2023. № 1. С. 100–101.

Сбор данных о составе экзаменационных комиссий субъектов РФ осуществлялся с помощью сайта Высшей экзаменационной комиссии по приему квалификационного экзамена на должность судьи⁶. Для проведения исследования была собрана информация о фамилиях, именах и отчествах членов комиссий, месте работы судей (арбитражный, областной, районный и другие суды) и преподавателей (название университета, должность), наименование общественного объединения юристов, представитель которого включен в работу комиссии.

В рамках исследования нам было важно выяснить, есть ли ученые степени у членов комиссий. Такие данные были представлены не на всех сайтах комиссий. Чтобы найти эту информацию, а также место работы или общественное объединение юристов, от которого направлен представитель, мы использовали открытые источники в сети Интернет. При поиске информации о конкретном человеке достоверным признавался официальный сайт организации, на котором размещалась информация о члене комиссии. Таковыми были сайты судов, университетов, общественных объединений. Здесь собирались данные о наличии ученых степеней у членов комиссий. В случае отсутствия этих данных на сайтах, а также для проверки собранных данных использовался сайт Российской государственной библиотеки, где размещаются авторефераты диссертаций.

Исследование проводилось на основании информации, актуальной на 31 сентября 2021 года, поэтому мы не можем проследить динамику изменений составов экзаменационных комиссий во времени и утверждать, что в предыдущие годы состав экзаменационных комиссий выглядел аналогичным образом.

В первой части статьи показано, какие органы участвуют в отборе будущих судей и какие законодательные предписания относительно формирования экзаменационной комиссии существуют. Во второй части обобщены результаты исследования, более подробные данные представлены в итоговой таблице в Приложении. В заключении сделан вывод о месте экзаменационных комиссий в коммуникации юридических профессий друг с другом.

⁶ Сайт Высшей экзаменационной комиссии по приему квалификационного экзамена на должность судьи. URL: <http://www.vekrf.ru/> (дата обращения: 19.06.2024).

Процедура отбора судей в России

Чтобы стать судьей, кандидату необходимо сдать квалификационный экзамен, который принимает экзаменационная комиссия. Экзамен заключается в устном ответе на три теоретических вопроса по различным отраслям права, решении двух задач по вопросам судебной практики и подготовке макета процессуального документа. Этот этап не проходят треть кандидатов⁷.

Председатели судов, куда потом направляется на работу кандидат, считают, что сдача экзамена не играет решающей роли в процессе отбора. По их мнению, успешно сданный экзамен служит лишь формальным подтверждением того, что кандидат соответствует минимальным требованиям и прошел первый отбор⁸.

После успешной сдачи экзамена кандидат должен получить рекомендацию квалификационной коллегии судей. Ее не получают порядка 40% кандидатов⁹.

Существенное влияние на успешное прохождение кандидатом в судьи всех этапов отбора оказывают неформальные отношения между ним и председателем суда, в котором он планирует работать. Это связано с тем, что рекомендация председателя суда играет важную роль при получении рекомендации от квалификационной коллегии судей¹⁰.

После получения рекомендации квалификационной коллегии все документы передаются в Комиссию по предварительному рассмотрению вопросов назначения судей и прекращения их полномочий при Президенте РФ, где и принимается окончательное решение о назначении на должность судьи¹¹. Комиссия рассма-

⁷ Дмитриева А., Савельев Д. Источники пополнения судейского корпуса РФ и роль аппарата судов. СПб., 2018. С. 10.

⁸ Dzmitryyeva A. Op. cit. P. 139; Назначение судей: процедура отбора на судейскую должность в Российской Федерации: Доклад Миссии Международной комиссии юристов, 2014. С. 66–68. URL: <http://www.president-sovet.ru/files/21/76/217642e0ed808b63d019d54a9361bed9.pdf> (дата обращения: 19.06.2024).

⁹ Дмитриева А., Савельев Д. Указ. соч. С. 10.

¹⁰ Дмитриева А.В. Ходатайство председателя суда как фактор успеха отбора в судьи квалификационными коллегиями // Журнал исследований социальной политики. 2019. Т. 17. № 3. С. 391–406.

¹¹ Российские судьи: социологическое исследование профессии. С. 112–113.



тривает все документы, после чего рекомендует или не рекомендует Президенту назначить кандидата. Более трети кандидатов, получивших рекомендацию квалификационных коллегий, не назначаются Президентом РФ¹².

Таким образом, чтобы стать судьей, кандидат должен пройти формальные процедуры (сдача экзамена, получение рекомендации квалификационной коллегии судей), которые не являются прозрачными¹³. От посторонних глаз скрыта не только работа этих органов, но и сам порядок их формирования.

Однако открытыми и доступными для исследователя являются данные о членском составе экзаменационных комиссий и квалификационных коллегий. Эти сведения размещаются на официальных сайтах органов судейского самоуправления. Кроме того, существуют законодательно закрепленные правила формирования этих органов. Далее мы подробно остановимся на процедуре организации экзаменационных комиссий, которые являются первым этапом на пути к судейской должности.

Экзаменационная комиссия — это фильтрационный орган, через который проходит большой поток кандидатов на должность судьи. К сдаче экзамена допускаются все кандидаты, отвечающие формальным требованиям закона¹⁴. Во время экзамена кандидат сталкивается со своими будущими коллегами, которые дают оценку его знаниям.

В силу ст. 11.1 Закона об органах судейского сообщества в РФ¹⁵ персональный состав экзаменационной комиссии утверждается конференцией судей субъекта РФ. Кандидатуры членов комиссии вносятся председателем арбитражного суда субъекта РФ и председателем областного (или равного ему) суда. Такой непрозрачный порядок позволяет председа-

телям сформировать комиссии «в соответствии со своими потребностями, а не на основании четко установленных критериев, исключающих личные предпочтения»¹⁶.

Экзаменационные комиссии субъектов РФ состоят из судей, преподавателей юридических дисциплин и представителей общественных объединений юристов. Согласно той же ст. 11.1 не менее 3/4 от общего числа членов комиссии должны составлять судьи общей юрисдикции и арбитражного суда, причем количество представителей этих судов должно быть равным. Можно сказать, что в законе закреплена ведущая роль судей при приеме экзамена: они должны составлять подавляющее большинство членов экзаменационных комиссий, а прием экзамена осуществляется, когда на нем присутствуют не менее половины судей от фактического состава комиссии.

К преподавателям предъявляется дополнительное требование — наличие ученой степени по юридической специальности. К представителям общественных объединений юристов аналогичного требования не предъявляется.

Экзаменационные комиссии

В результате исследования мы выяснили, что среднее количество членов экзаменационных комиссий субъектов РФ составляет 12 человек, из которых 40% мужчин и 60% женщин. Распределение членов комиссий по полу в целом отражает существующий гендерный дисбаланс в российской судебной профессии. Согласно данным на 2014 год, доля женщин судей составила 64,7% от числа опрошенных¹⁷.

В состав экзаменационной комиссии входят в среднем 78% судей, которые представляют разные уровни судебной системы. В каждой комиссии есть судьи от областного и приравненных к ним судов субъектов РФ.

¹² Кондратьева И. Отфильтровали: почему кандидаты в судьи не проходят президентскую комиссию. URL: <https://pravo.ru/story/204155> (дата обращения: 19.06.2024).

¹³ Dzmityriyeva A. Op. cit. P. 136–139; Назначение судей: процедура отбора на судейскую должность в Российской Федерации. С. 66–68.

¹⁴ См.: ст. 4 Закона РФ от 26.06.1992 № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации».

¹⁵ Федеральный закон от 14.03.2002 № 30-ФЗ «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации».

¹⁶ Назначение судей: процедура отбора на судейскую должность в Российской Федерации. С. 24.

¹⁷ Волков В.В., Дмитриева А.В. Источники рекрутирования, гендер и профессиональные субкультуры в российской судебной системе // Социология власти. 2015. Т. 27. № 2. С. 103; Иванова Е.А. Гендерный дисбаланс в российском судейском корпусе: феминизация профессии // Журнал исследований социальной политики. 2015. Т. 13. № 4. С. 580.

В состав комиссии обычно входит 3 судей от этих судов. В 66 комиссиях есть хотя бы один судья районного уровня, в 3 — по одному мировому судье¹⁸. К работе 4 комиссий привлекаются судьи и межрегионального уровня¹⁹. В среднем 5 членов комиссии представляют судей общей юрисдикции, от арбитражных судов работает также 5 судей. Помимо действующих судей в составе комиссий по всей России работает 12 судей в отставке²⁰.

Собранные данные показывают, что судьи районных судов (составляющие большинство судейского сообщества в России — более 20 тыс. человек²¹) лишь незначительно представлены в работе комиссий. Мировые судьи (которых в России более 7731²²) практически не участвуют в приеме экзамена. В основном от судей экзамен принимают судьи областных и приравненных к ним судов и арбитражного суда.

В среднем в состав комиссий входят два преподавателя юридических дисциплин. Как показывают наши данные, представители общероссийских общественных объединений юристов привлекаются только из Ассоциации юристов России. Ее члены есть в составе 40 комиссий.

Хотя в законе дан закрытый перечень тех, кто может входить в состав комиссии (судьи, преподаватели, представители объединений юристов), в ходе исследования были выявлены иные лица, участвующие в приеме экзамена на должность судьи. Стоит напомнить, что данные о составе комиссий собирались из открытых источников сети Интернет.

¹⁸ Кабардино-Балкарская Республика, Московская область и Республика Адыгея.

¹⁹ В Новосибирской области работают двое судей из Пятого апелляционного суда общей юрисдикции, в Иркутской области — судья гарнизонного военного суда, в Ингушетии — председатель Конституционного суда Республики Ингушетия, в Крыму — судья Двадцать первого арбитражного апелляционного суда.

²⁰ По одному человеку в г. Санкт-Петербурге, Карачаево-Черкесской Республике, Республиках Дагестан и Саха (Якутия), Саратовской и Смоленской областях. По два человека в Архангельской и Свердловской областях, Республике Башкортостан.

²¹ Российские судьи: социологическое исследование профессий. С. 29.

²² Федеральный закон от 29.12.1999 № 218-ФЗ «Об общем числе мировых судей и количестве судебных участков в субъектах Российской Федерации»

Возможно, указанные далее лица являются еще и членами Ассоциации юристов России и именно от нее входят в состав комиссии. Однако в любом случае эти лица занимают и описанные должности.

Нотариусы присутствуют в составе четырех комиссий²³, адвокаты — в двух комиссиях²⁴. Некоторые члены комиссий работают в государственных органах²⁵ или в частных организациях²⁶.

У каждого третьего члена комиссии есть ученая степень. Практически в каждой комиссии есть хотя бы один преподаватель с ученой степенью. В составе всех комиссий работает 252 кандидата наук и 30 докторов наук. Практически все они имеют ученую степень по *юридической* специальности, и только у 9 членов комиссий она по другой специальности.

Обсуждение

Проведенное исследование подтверждает тезис, что в состав экзаменационных комиссий крайне редко попадают представители правозащитных организаций, адвокатского сообщества или корпоративные юристы²⁷. Представители правозащитных организаций по состоянию на 2021 год вообще не встречаются в составе экзаменационных комиссий.

Исследователи отмечают, что профессия юриста в России является сегрегированной и разделенной на отрасли. Разные рабочие позиции, отсутствие общего публичного пространства или ассоциации, отсутствие единого этического кодекса — всё это препятствует

²³ Кировская, Нижегородская, Ульяновская области, Ставропольский край.

²⁴ Чечня, Московская область.

²⁵ Руководитель контрольно-счетной палаты Северной Осетии — Алании, начальник Управления Министерства юстиции РФ по Красноярскому краю, начальник Государственно-правового управления Правительства Оренбургской области, заместитель председателя избирательной комиссии Тульской области.

²⁶ Директор по правовым вопросам АО «Аэропорт Якутск», директор АНО ДПО «Научно-образовательный центр «ОПОРА» (Кировская область), заместитель генерального директора ООО «КОМАРИЧИАГРО» (Брянская область).

²⁷ Волков В.В., Панеях Э.Л., Поздняков М.Л., Титаев К.Д. Как обеспечить независимость судей в России. СПб., 2012. С. 16.



объединению юристов в единую корпорацию²⁸. Кроме того, у каждой юридической профессии есть собственные органы самоуправления и профессиональные правила, регулирующие вход в профессию, привлечение к дисциплинарной ответственности²⁹, собственная иерархия³⁰. Как результат, юридические профессии слабо связаны друг с другом и практически лишены каналов коммуникации. На этом фоне экзаменационные комиссии являются пространством профессиональной встречи и общения представителей разных юридических профессий друг с другом.

Нами эмпирически выявлено, что членами комиссий являются не только судьи и преподаватели юридических дисциплин, но также и адвокаты, нотариусы, государственные служащие. Можно предположить, что именно преподавание и (или) членство в Ассоциации юристов России стали трамплинами для попадания в экзаменационные комиссии представителей юридических профессий, прямо не упомянутых в законе.

В работе экзаменационных комиссий не принимают участия сотрудники правоохранительных органов, зато они входят в состав Комиссии по предварительному рассмотрению вопросов назначения судей и прекращения их полномочий при Президенте РФ. По состоянию на 2019 год больше половины ее членов составляют представители правоохранительных органов и Администрации Президента РФ. Судьи составляют лишь чуть более 20% членов кадровой комиссии³¹.

Представители от разных юридических профессий участвуют в приеме экзамена в адвокатуру³² и нота-

риат³³. В состав этих комиссий входят представители территориальных органов юстиции, судьи областных и приравненных к ним судов субъекта РФ, арбитражных судов субъектов РФ, представители научного сообщества.

Участие разного рода юристов в приеме экзамена для допуска в судейскую профессию распространено в зарубежной практике. Так, в Германии, Австрии и Италии конкурсная комиссия состоит обычно из действующих судей, адвокатов, профессоров права и иногда представителей законодательной и исполнительной власти³⁴. В Казахстане и Эстонии в приеме экзамена участвуют еще и представители прокуратуры³⁵. В Бразилии ассоциация адвокатов также принимает участие в работе экзаменационной комиссии³⁶. Если в Бразилии и Германии общественность представлена юридическими профессиями, то в Шотландии, Англии и Израиле к приему экзаменов привлекаются и непрофессионалы³⁷.

Таким образом, экзаменационная комиссия на законодательном уровне создается в целях открытости и прозрачности первого этапа входа в судейскую процессию. Однако комиссии, слабо реализуя свои фильтрационные полномочия, в лучшем случае представляют собой пространство встречи и коммуникации представителей различных юридических профессий, разделенных ведомственно и организационно. При этом доминирование судей в числе экзаменаторов оставляет за ними реальный потенциал контроля за потоком новых судейских кадров.

²⁸ *Khodzhaeva E., Titaev K. Legal Profession and Education in Russia // The Foundations of Russian Law. Bloomsbury, 2023. P. 173–187.*

²⁹ *Moiseeva E., Bocharov T. Russia: Challenges of the Market and Boundary Work // Lawyers in 21st Century Societies. Vol. 1: National Reports. Bloomsbury Publishing, 2020. P. 331–352; Khodzhaeva E., Titaev K. Op. cit.*

³⁰ *Ходжаева Е.А. Институциональный дизайн рабочих групп расследования уголовного дела: на примере районных судов малых городов и сельской местности // Мир России. 2024. Т. 33. № 2. С. 142–162.*

³¹ *Волков В., Дмитриева А. Как система отбора судей делает их зависимыми от силовиков. URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2019/10/03/812707-sistema-otbora-sudei> (дата обращения: 19.06.2024).*

³² *Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».*

³³ *Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1).*

³⁴ *Российские судьи: социологическое исследование профессии. С. 105.*

³⁵ *Аблаева Э.Б. Порядок отбора и условия вступления в должность судей в Республике Казахстан // Пробелы в российском законодательстве. 2017. № 2. С. 202; Ковбенко Н.Д. Опыт формирования судейских сообществ на постсоветском пространстве // Судебная правовая политика в России и зарубежных странах: коллект. монография. СПб., 2019. С. 463.*

³⁶ *Oliveira M.A.J.D.S.C., Garoupa N. Choosing judges in Brazil: reassessing legal transplants from the United States // The American Journal of Comparative Law. 2011. Vol. 59. Iss. 2. P. 536.*

³⁷ *Российские судьи: социологическое исследование профессии. С. 106.*

Рассмотренные в статье данные основаны на предписаниях закона и на фактическом составе комиссий. Мы не можем утверждать, что члены экзаменационных комиссий действительно принимают экзамены у кандидатов в судьи. Возможно, они лишь числятся в составе комиссий и не посещают их заседания, поскольку экзамен можно принимать в присутствии

не менее половины состава комиссии. Нам неизвестно, как именно ведут себя члены комиссий во время экзамена, к позиции кого из них прислушиваются и т.д. Механизм приема экзамена может стать предметом дальнейших исследований, чтобы лучше понять взаимодействие юридических профессий при проведении экзамена.

Приложение

Половой и профессиональный состав экзаменационных комиссий субъектов РФ

Субъект РФ	Общее количество	Мужчины	Женщины	Судьи	От арбитражных судов	От судов общей юрисдикции	От областных судов	От районных судов	От преподавателей	От общественных объединений	Ученая степень
Алтайский край	13	8	5	10	5	5	4	1	2	1	6
Амурская область	10	5	5	8	4	4	4	0	2	0	4
Архангельская область	10	2	8	8	2	4	2	2	2	0	2
Астраханская область	13	4	9	10	5	5	3	2	2	1	5
Белгородская область	11	7	4	8	4	4	3	1	2	1	6
Брянская область	13	3	10	10	5	5	3	2	2	0	2
Владимирская область	13	6	7	10	5	5	3	2	3	0	7
Волгоградская область	10	4	6	8	4	4	2	2	2	0	3
Вологодская область	13	3	10	10	5	5	3	2	3	0	3
Воронежская область	13	8	5	10	5	5	5	0	2	1	6
Еврейская автономная область	10	1	9	8	4	4	2	2	1	1	1
Забайкальский край	10	5	5	8	4	4	4	0	2	0	3
Ивановская область	10	4	6	8	3	5	4	1	1	1	3
Иркутская область	15	4	11	12	6	6	3	2	3	0	3
Кабардино-Балкарская Республика	10	3	7	8	3	5	2	2	2	0	3
Калининградская область	13	4	9	10	5	5	3	2	2	1	3
Калужская область	12	4	8	10	5	5	3	2	1	1	2
Камчатский край	14	8	6	12	6	6	6	0	1	1	1
Карачаево-Черкесская Республика	7	2	5	6	2	3	3	0	1	0	2
Кемеровская область	12	3	9	10	5	5	3	2	2	0	4
Кировская область	11	2	9	8	4	4	2	2	1	0	5
Костромская область	10	6	4	8	4	4	3	1	1	1	2
Краснодарский край	13	11	2	10	5	5	4	1	2	1	9
Красноярский край	11	2	9	9	5	4	2	2	1	0	3
Курганская область	12	7	5	10	5	5	4	1	1	1	1
Курская область	13	4	9	10	5	5	3	2	2	1	6
Ленинградская область	12	6	6	9	0	9	6	3	2	1	2



Субъект РФ	Общее количество	Мужчины	Женщины	Судьи		От арбитражных судов	От судов общей юрисдикции	От областных судов	От районных судов	От преподавателей	От общественных объединений	Ученая степень
Липецкая область	13	5	8	10		5	5	4	1	2	1	3
Магаданская область	10	1	9	8		4	4	4	0	1	1	1
Москва	14	7	7	10		5	5	4	1	3	1	7
Московская область	19	7	12	16		8	8	4	3	2	0	9
Мурманская область	11	3	8	10		5	5	3	2	1	0	1
Ненецкий автономный округ	4	2	2	3		0	3	2	1	1	0	1
Нижегородская область	13	10	3	10		5	5	3	2	2	0	7
Новгородская область	13	5	8	10		5	5	4	1	2	1	3
Новосибирская область	16	3	13	12		6	6	1	3	4	0	4
Омская область	12	7	5	10		5	5	3	2	2	0	8
Оренбургская область	13	3	10	10		5	5	3	2	2	0	2
Орловская область	10	4	6	8		4	4	4	0	2	0	2
Пензенская область	13	6	7	10		5	5	3	2	3	0	2
Пермский край	12	4	8	10		5	5	5	0	2	0	3
Приморский край	10	4	6	8		4	4	3	1	2	0	4
Псковская область	8	3	5	6		3	3	3	0	1	1	1
Республика Адыгея	8	4	4	6		3	3	2	0	1	1	2
Республика Алтай	7	2	5	6		1	5	1	4	1	0	0
Республика Башкортостан	13	2	11	10		4	4	2	2	2	1	2
Республика Бурятия	10	1	9	8		4	4	3	1	2	0	3
Республика Дагестан	10	10	0	8		3	4	2	2	2	0	4
Республика Ингушетия	7	6	1	6		1	5	3	1	1	0	2
Республика Калмыкия	8	5	3	6		3	3	2	1	2	0	4
Республика Карелия	13	5	8	10		5	5	4	1	2	1	3
Республика Коми	9	4	5	8		4	4	4	0	1	0	3
Республика Крым	11	2	9	8		3	5	4	0	3	0	4
Республика Марий Эл	10	6	4	8		4	4	3	1	1	1	4
Республика Мордовия	10	6	4	8		4	4	2	2	1	1	3
Республика Саха (Якутия)	12	5	7	10		4	5	3	2	1	0	1
Республика Северная Осетия — Алания	8	2	6	6		3	3	2	1	1	0	4
Республика Татарстан	17	12	5	14		7	7	5	2	2	1	2
Республика Тыва	13	5	8	10		3	7	4	3	2	1	2
Республика Хакасия	11	3	8	9		4	5	5	0	1	1	3
Ростовская область	16	4	12	12		6	6	6	0	4	0	9
Рязанская область	11	4	7	8		4	4	3	1	3	0	4
Санкт-Петербург	15	6	9	12		6	5	3	2	2	1	4
Самарская область	13	3	10	10		5	5	4	1	3	0	6
Саратовская область	16	6	10	12		6	5	5	0	3	1	6
Сахалинская область	10	1	9	8		4	4	2	2	2	0	3

Субъект РФ	Общее количество	Мужчины	Женщины	Судьи		От арбитражных судов	От судов общей юрисдикции	От областных судов	От районных судов	От преподавателей	От общественных объединений	Ученая степень
Свердловская область	16	3	13	14		3	9	7	2	1	1	4
Севастополь	12	7	5	10		5	5	3	2	2	0	3
Смоленская область	11	4	7	8		4	3	3	0	2	1	3
Ставропольский край	14	5	9	12		6	6	4	2	1	0	3
Тамбовская область	13	4	9	10		5	5	4	1	2	1	3
Тверская область	13	4	9	10		5	5	4	1	2	1	3
Томская область	13	9	4	10		5	5	4	1	3	0	6
Тульская область	16	7	9	12		6	6	5	1	3	0	4
Тюменская область	11	7	4	8		4	4	4	0	3	0	7
Удмуртская Республика	13	4	9	10		5	5	4	1	3	0	3
Ульяновская область	13	7	6	10		5	5	3	2	2	0	3
Хабаровский край	13	9	4	10		5	5	2	3	2	1	4
Ханты-Мансийский автономный округ	8	6	2	6		3	3	2	1	1	1	4
Челябинская область	8	5	3	6		3	3	3	0	1	1	2
Чеченская Республика	8	5	3	7		1	6	3	3	0	0	0
Чувашская Республика	15	7	8	12		6	6	4	2	2	1	4
Чукотский автономный округ	6	3	3	5		1	4	2	2	0	1	2
Ямало-Ненецкий автономный округ	12	8	4	10		5	5	5	0	1	1	2
Ярославская область	11	5	6	9		3	6	3	3	1	1	2
Итого	989	413	576	781		360	409	285	116	155	40	295
Среднее значение	11,64	4,86	6,78	9,19		4,24	4,81	3,35	1,36	1,82	0,47	3,47
Медиана	12	4	7	10		5	5	3	1	2	0	3

Источник: расчеты авторов по состоянию на 31 сентября 2021 года. 

Examination Commissions as the Space for Interaction between Legal Professions in Russia

The examination commissions of the subjects of the Russian Federation for the admission of the qualification exam for the position of judge include representatives of various legal professions. Based on the data collected from the websites of the examination commissions, the typical membership of these commissions was identified. On average, they consist of 12 lawyers, including ten judges (five from courts of general jurisdiction and

five from the *arbitrazh* court) and two university teachers of legal disciplines. As representatives of the All-Russian association of lawyers, almost every second examination committee is attended exclusively by representatives of the Association of Lawyers of Russia. Membership in this association, as well as holding teaching positions, allow lawyers, notaries, civil servants, lawyers of private companies to join the examination commissions. The conducted research shows that the examination boards, being a weak filter to the judicial community, serve mainly as a meeting and communication space for representatives of various legal professions, divided departmental and organisational.

Keywords: *legal profession, sociology of profession, qualification exam, self-regulation of judiciary, professional communication*



INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Egor A. Bogolyubov

Senior Lecturer at the Department of Theory and History of Law and State of HSE University (Saint Petersburg) (e-mail: bogolubovegor@mail.ru)

Marina V. Didikova

Assistant of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics of Kemerovo State University (e-mail: mv2502@mail.ru)

REFERENCES

- Ablaeva, E.B. "Selection procedure and conditions of entry into judges RK" [*Poryadok otbora i usloviya vstupleniya v dolzhnost' sudey v Respublike Kazakhstan*]. Gaps in Russian legislation [*Probely v rossiyskom zakonodatel'stve*]. 2017. No. 2. P. 201–209.
- Burdina, E.V. The legal nature, organization and activity of the judicial community in the judicial system of Russia: Thesis of Doctor of Juridical Sciences [*Pravovaya priroda, organizatsiya i deyatelnost' organov sudeyskogo soobshchestva v sudebnoy sisteme Rossii: avtoref. dis. na soiskanie uchenoy stepeni d-ra yurid. nauk*]. Moscow, 2016. 537 p.
- Dmitrieva, A. and Savel'ev, D. Sources of replenishment of the judicial corps of the Russian Federation and the role of the court apparatus [*Istochniki popolneniya sudeyskogo korpusa RF i rol' apparata sudov*]. Saint Petersburg, 2018. 16 p.
- Dmitrieva, A.V. "The patronage of court presidents as a success factor in the selection of judges by qualification boards" [*Khodataystvo predsedatelya suda kak faktor uspekha otbora v sud'i kvalifikatsionnymi kollegiyami*]. The Journal of Social Policy studies [*Zhurnal issledovaniy sotsial'noy politiki*]. 2019. Vol. 17. No. 3. P. 391–406.
- Dzmitryeva, A. "Becoming a Judge in Russia: An Analysis of Judicial Biographies". *Europe-Asia Studies*. 2021. Vol. 73. Iss. 1. P. 131–156.
- Ershov, V.V. "Activity of examination commissions: questions of theory and practice" [*Deyatel'nost' ekzamenatsionnykh komissiy: voprosy teorii i praktiki*]. Russian justice [*Rossiyskoe pravosudie*]. 2009. No. 12. P. 3–10.
- Ershov, V.V. "Conduction of qualifying examination for judge's office: theoretical and practical problems" [*Priem kvalifikatsionnogo ekzamena na dolzhnost' sud'i: teoreticheskie i prakticheskie problem*]. Russian justice [*Rossiyskoe pravosudie*]. 2012. No. 6. P. 84–95.
- Ershov, V.V. "On activity of high examination commission for conduction of qualifying examination for judge's office and improvement of its operational efficiency" [*O rabote Vysshey ekzamenatsionnoy komissii po priemu kvalifikatsionnogo ekzamena na dolzhnost' sud'i*]. Russian justice [*Rossiyskoe pravosudie*]. 2013. No. 2. P. 29–32.
- Gorbuz, A.K., Krasnov, M.A., Mishina, E.A. and Satarov, G.A. The transformation of the Russian judiciary. Experience in complex analysis [*Transformatsiya rossiyskoy sudebnoy vlasti. Opyt kompleksnogo analiza*]. Saint Petersburg, 2010. 480 p.
- Ivanova, E.A. "Gender imbalance in Russian judiciary: feminization of profession" [*Gendernyy disbalans v rossiyskom sudeyskom korpusе: feminizatsiya professii*]. The Journal of Social Policy studies [*Zhurnal issledovaniy sotsial'noy politiki*]. 2015. Vol. 13. No. 4. P. 579–594.
- Khodzhaeva, E. and Titaev, K. Legal Profession and Education in Russia. The Foundations of Russian Law. Bloomsbury, 2023. P. 173–187.
- Khodzhaeva, E.A. "The Institutional Design of Working Groups for Criminal Investigations: District Courts in Small Towns and Rural Areas" [*Institutsional'nyy dizayn rabochikh grupp rassledovaniya ugolovnoogo dela: na primere rayonnykh sudov malykh gorodov i sel'skoy mestnosti*]. Universe of Russia [*Mir Rossii*]. 2024. Vol. 33. No. 2. P. 142–162.
- Kovbenko, N.D. "The experience of the formation of judicial communities in the post-Soviet space" [*Opyt formirovaniya sudeyskikh soobshchestv na postsovetskom prostranstve*], in: Judicial legal policy in Russia and foreign countries. Collective monograph [*Sudebnaya pravovaya politika v Rossii i zarubezhnykh stranakh. Kollektivnaya monografiya*]. Saint Petersburg, 2019. P. 460–466.
- Kruss, V.I. "Objectives and relevance of the constitutional modernization of the mechanism of formation of the judicial corps in the Russian Federation" [*Tseli i aktual'nost' konstitutsionnoy modernizatsii mekhanizma formirovaniya sudeyskogo korpusa v Rossiyskoy Federatsii*]. Law Herald of Dagestan State University [*Yuridicheskiy vestnik DGU*]. 2016. Vol. 17. No. 1. P. 38–46.
- Moiseeva, E. and Bocharov, T. "Russia: Challenges of the Market and Boundary Work". *Lawyers in 21st Century Societies*. Vol. 1: National Reports. Bloomsbury Publishing, 2020. P. 331–352.
- Oliveira, M.A.J.D.S.C. and Garoupa, N. "Choosing judges in Brazil: reassessing legal transplants from the United States". *The American Journal of Comparative Law*. 2011. Vol. 59. Iss. 2. P. 529–561.
- Solomon, P.H., Jr. "The winding path of judicial reform in modern Russia" [*Izvilistyy put' sudebnoy reformy v sovremennoy Rossii*]. *Comparative Constitutional Review* [*Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*]. 2023. Vol. 32. No. 1. P. 95–112.
- Volkov, V., Dmitrieva, A., Pozdnyakov, M. and Titaev, K. Russian judges: a sociological study of the profession [*Rossiyskie sud'i: sotsiologicheskoe issledovanie professii: monografiya*]. Moscow, 2015. 272 p.
- Volkov, V.V. and Dmitrieva, A.V. "Recruitment patterns, gender, and professional subcultures of the judiciary in Russia" [*Istochniki rekrutirovaniya, gender i professional'nye subkul'tury v Rossiyskoy sudebnoy sisteme*]. *Sociology of Power* [*Sotsiologiya vlasti*]. 2015. Vol. 27. No. 2. P. 94–134.

**ДЕНИС ЮРЬЕВИЧ
СТЕПАНИУК**

соискатель НИУ
«Высшая школа
экономики»

**АЛЕКСЕЙ СЕРГЕЕВИЧ
КОШЕЛЬ**

проректор НИУ
«Высшая школа
экономики», доктор
юридических наук,
профессор

**АЛЬБИНА ОМАРОВНА
ГАДЖИЕВА**

директор Института
исследований
национального и
сравнительного
права факультета
права НИУ «Высшая
школа экономики»,
кандидат
юридических наук,
доцент

ОСОБЕННОСТИ РЕФЕРЕНДУМНОГО ПРОЦЕССА ПРИНЯТИЯ РЕШЕНИЙ О САМООПРЕДЕЛЕНИИ НА ПРИМЕРЕ ДОНЕЦКОЙ И ЛУГАНСКОЙ НАРОДНЫХ РЕСПУБЛИК, ХЕРСОНСКОЙ И ЗАПОРОЖСКОЙ ОБЛАСТЕЙ

Принцип самоопределения народов занял одно из центральных мест в международно-правовой повестке XX века, оказав решительное влияние на перестройку геополитического пространства и формирование современного мирового устройства. Постдеколониционные примеры самоопределения повысили актуальность проблемы условий и форм реализации народом этого права. Так, наряду с основаниями самоопределения-сецессии большое значение приобрели форма и процедура осуществления самоопределения, а также связанные с ними последствия принятого решения. В юридической доктрине отсутствует однозначное понимание форм, в которых может быть реализовано право на самоопределение. На практике также неоднородны и процедуры сецессии, которая далеко не всегда происходит в результате прямого волеизъявления самоопределяющегося народа. Однако именно референдум может рассматриваться как одно из наиболее авторитетных подтверждений факта самоопределения — в силу заложенных в нем демократических начал, которые непосредственно воплощают волю людей, самостоятельно определяющих собственную судьбу, и с которыми международное сообщество должно считаться исходя из сформированных им самим принципов.

В свете изложенного особый научный интерес представляют референдумы, проведенные в сентябре 2022 года в Донецкой и Луганской Народных Республиках, а также в Херсонской и Запорожской областях, описываемые авторами в статье.

Ключевые слова: право на самоопределение, референдум, территориальная целостность, демократические процедуры, воля народа

DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-7-196-207

Введение

В XX веке международным сообществом в ходе деколонизации был сформирован относительно единый подход в отношении права на самоопределение коренных народов, проживавших в колониях и на зависимых территориях. Однако в нынешних условиях право народа на самоопределение стало прилагаться к принципиально иным вызовам и общественно-политическим реалиям. Мировое сообщество оказалось не готово к проблемам, вызванным трансформацией данного права и его выходом за рамки идеи деколонизации. Отсутствие равно уважаемой и международно признаваемой позиции по условиям и механизмам реализации этого права на практике (при возникновении острых геополитических ситуаций, требующих незамедлительного решения, в том числе с целью защиты прав и свобод от массовых нарушений) приводит к серьезным коллизиям. Легитимность выбора, осуществляемого самоопределяющимися народами, в каждом отдельном случае зависит от многих факторов, и далеко не последними из них являются убедительность и чистота форм, в которые выливается решение, принятое от имени народа. Во времена неоднозначности стандартов и разрозненности международных реакций на акты самоопределения возникает ситуация, когда концептуально признаваемое право, которым пытается воспользоваться тот или иной народ, может быть поставлено под сомнение на зыбкой основе сиюминутных геополитических интересов. В этом случае можно говорить о том, что «право» права на самоопределение как категория плохо подходит народу, решившемуся на самоопределение в форме сепаратизма в силу достаточных к тому оснований.

Право народа на самоопределение, как отмечает Т.Я. Хабриева, утвердилось как универсальная норма во второй половине XX века, став одним из важных результатов Второй мировой войны¹. В международно-правовой доктрине оно уравнивается принципом территориальной целостности государств, отчего и реализуется зачастую в пределах сложившихся

государственных границ (так называемый внутренний аспект самоопределения).

Вместе с тем международное сообщество стало свидетелем внушительного количества примеров реализации права на самоопределение в форме сепаратизма. При этом парадоксально, что право на самоопределение, и даже в форме сепаратизма, не всегда реализуется путем прямого народного волеизъявления — всеобщего голосования.

Референдум о самоопределении как обеспечительный институт рассматриваемого права содержит ключевые элементы, подтверждающие и усиливающие его изначальную демократическую природу. Речь в данном случае идет о гарантируемых и соблюдаемых при любом настоящем референдумном процессе фундаментальных правах человека и принципах народовластия, предполагающих непосредственное и свободное участие в голосовании на основе всеобщего равного и прямого волеизъявления при тайном голосовании. В связи с этим правовые основы проведения референдумов должны быть сконструированы таким образом, чтобы обеспечить истинную легитимность их результатов.

Поскольку в международном праве не существует устоявшихся требований к проведению референдумов, главную роль играют правила и нормы, устанавливаемые самими самоопределяющимися субъектами (населением зависимых территорий или непризнанных государств, находящихся в процессе самоопределения). На примере референдумов о самоопределении, проведенных в сентябре 2022 года в Донецкой и Луганской Народных Республиках, в Херсонской и Запорожской областях, мы рассмотрим эти правила и нормы.

Система правовых актов, регламентирующих порядок проведения референдума, имеет важное значение для обеспечения легитимности, в то время как ее отсутствие превращает референдум в декларацию и фикцию². Особое место в этой системе занимает регламентация порядка организации голосования:

¹ Хабриева Т.Я. Право народов на самоопределение: современная постановка вопроса // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2010. № 4. С. 9.

² Таева Н.Е. Особенности процессуальных норм в Конституционном праве России // Проблемы права. 2014. № 4. С. 24–31.

насколько соблюдаются права народа на прямое, свободное волеизъявление, обеспечено ли его выражение без какого-либо давления, ущемления или дискриминации?

В каждом из исследуемых нами случаев имела своя собственная система правового регулирования. Отдельно стоит отметить и различный международно-правовой статус субъектов самоопределения: ДНР и ЛНР — государства с частичным международным признанием, со своей правовой системой, а Запорожская и Херсонская области — территории, правовая система которых только начинала формироваться. В зависимости от статуса определялся перечень и формулировка вопросов, выносимых на референдумы: в Запорожской и Херсонской областях — об объявлении независимости и о вхождении в состав Российской Федерации на правах ее субъектов, в ДНР и ЛНР — только о присоединении к России на тех же правах.

1. Правовые основания, регламентирующие порядок проведения референдумов

Назначение референдумов осуществлялось в ЛНР и ДНР решениями Народных советов республик — их законодательными (представительными) органами в соответствии с Конституцией каждой из республик большинством голосов с обязательным доведением до всеобщего сведения и официальным их опубликованием.

1.1. ДНР. После публикации постановления Народного совета ДНР о назначении референдума³, а также Закона ДНР о референдуме⁴ в Донецке прошло первое заседание Центральной избирательной комиссии (ЦИК) ДНР по вопросу проведения референдума, на котором были приняты все необходимые для этого правовые акты. Таковыми нормативно определен

порядок подготовки и проведения референдума (в части, не урегулированной Законом о референдуме), утверждены формы документов, связанных с его подготовкой и проведением, список документов, удостоверяющих личность участника референдума^{5,6}, определены время и способы голосования в дни голосования. Также были сформированы 26 территориальных комиссий референдума, в том числе за границами территории ДНР⁷, с последующим формированием участковых комиссий как внутри ДНР, так и за ее пределами. Всего работала 481 комиссия референдума⁸, а также дополнительно 217 — за пределами территории ДНР⁹.

1.2. ЛНР. В ЛНР протекали аналогичные процессы. Так, 20 сентября были приняты Закон ЛНР о вхождении в состав России¹⁰ и постановление Народного совета ЛНР о назначении референдума¹¹, а уже 21 сентября ЦИК ЛНР утвердила порядок проведения референдума и иные необходимые для его организации документы¹². Для голосования были сформированы 461 участковая комиссия на территории республики

³ Постановление Народного совета ДНР от 20.09.2022 № I-726П-НС «О назначении референдума Донецкой Народной Республики по вопросу о вхождении в состав Российской Федерации на правах субъекта Российской Федерации».

⁴ Закон ДНР от 20.09.2022 № 410-IIIС «О референдуме Донецкой Народной Республики по вопросу о вхождении в состав Российской Федерации на правах субъекта Российской Федерации».

⁵ ЦИК ДНР утвердил порядок проведения референдума по вопросу о вхождении в состав РФ. URL: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/15811947> (дата обращения: 28.04.2024).

⁶ Постановление ЦИК ДНР от 20.09.2022 № 94 «Об утверждении форм документов, связанных с подготовкой и проведением референдума Донецкой Народной Республики по вопросу о вхождении в состав Российской Федерации на правах субъекта Российской Федерации» (далее — Постановление ЦИК ДНР от 20.09.2022 № 94).

⁷ Центризбирком ДНР определил порядок проведения референдума. URL: <https://t.me/opdnrinfo/9442> (дата обращения: 24.04.2024).

⁸ В ДНР откроется более 450 участков для голосования на референдуме. URL: <https://dan-news.ru/obschestvo/v-dnr-otkroetsja-bolee-450-uchastkov-dlja-golosovaniija-na-referendume/> (дата обращения: 22.04.2024).

⁹ В России откроют более 200 участков для голосования жителей ДНР. URL: <https://iz.ru/1398950/2022-09-21/v-rossii-otkroiut-bolee-200-uchastkov-dlia-golosovaniia-zhitelei-dnr> (дата обращения: 22.04.2024).

¹⁰ Закон ЛНР от 20.09.2022 № 411-III «О референдуме Луганской Народной Республики по вопросу о вхождении в состав Российской Федерации на правах субъекта Российской Федерации».

¹¹ Постановление Народного совета ЛНР от 20.09.2022 № 893-НС «О назначении референдума Луганской Народной Республики по вопросу о вхождении в состав Российской Федерации на правах субъекта Российской Федерации».

¹² ЦИК ЛНР утвердил порядок проведения референдума по вопросу вхождения в состав РФ. URL: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/15818665> (дата обращения: 24.04.2024).



и 201 участок за ее пределами¹³, вышестоящими по отношению к которым были 32 территориальные комиссии референдума.

Конституционное закрепление полномочий парламентов ДНР и ЛНР в процедуре назначения референдума, в том числе референдума о самоопределении¹⁴, можно отнести к особенностям процедуры как элементу легитимности его проведения.

Наделение парламентов республик как высшей представительной власти на территории правом непосредственного назначения референдума, полномочиями по формулированию выносимого на референдум вопроса, установления дня (дней) голосования и формы голосования в совокупности с непосредственным волеизъявлением образует симбиоз прямой и представительной форм демократии. Значимость их взаимосвязи как средства укрепления демократической легитимности политических решений, усиления подотчетности представительных органов, повышения открытости и транспарентности процессов принятия решений и поощрения непосредственного участия граждан в политическом процессе отмечалась в рекомендациях ПАСЕ о референдумах¹⁵.

1.3. Запорожская и Херсонская области. В отличие от ДНР и ЛНР, где уже была сформирована система публичной власти и избирательная система, имелась правовая база, применявшаяся, в частности, при организации всеобщих выборов глав и законодательных органов республик в 2014 и 2018 годах, в Херсонской и Запорожской областях нормативная база проведения референдумов создавалась с нуля.

Херсонская область. В мае 2022 года при участии членов Комитета спасения «За Мир и Порядок» была сформирована Военно-гражданская администрация

Херсонской области (далее — Администрация) с целью ликвидации вакуума власти, образовавшегося в условиях самоустранения всех прежних органов власти и должностных лиц от исполнения своих обязанностей. Образование Администрации обеспечило необходимые условия для эффективного решения задач в интересах населения, проживающего на территории области.

Так, 12 мая 2022 года был принят указ главы Администрации № 018-р «О структуре органов исполнительной власти». При этом надо иметь в виду, что одной лишь исполнительной власти недостаточно для полноценного построения государственности¹⁶. Формирование представительных органов сопряжено с необходимостью предварительно создать систему избирательных комиссий — как для избрания законодательного органа, так и для возможности сформировать органы местного самоуправления. Чтобы не подрывать легитимности органов, которые формируются путем выборов, было принято решение о создании постоянно действующего консультативно-го органа.

В отсутствие представительных органов власти с целью организации объективного наблюдения за деятельностью органов власти, общественной проверки, анализа и общественной оценки издаваемых ими актов и принимаемых решений, реализации консультативных функций может эффективно применяться институт общественного контроля.

Для реализации описанных функций в Херсонской области был создан Общественный совет при Администрации, компетенция, порядок деятельности и формирования которого определены соответствующим Положением¹⁷. Общественный совет состоял из 13 членов, которые осуществляли свою деятельность на постоянной основе¹⁸. Целью деятельности Обще-

¹³ ЦИК ЛНР сообщил о запуске работы участковых комиссий референдума. URL: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/15831139> (дата обращения: 24.04.2024).

¹⁴ Статья 2 Закона ДНР о референдуме; ст. 2 Закона ЛНР о вхождении в состав России.

¹⁵ Рекомендация ПАСЕ от 29.04.2005 № 1704 (2005). Референдумы: на пути к выработке передовой практики в Европе. URL: [https://www.coe.int/t/R/Parliamentary_Assembly/\[Russian_documents\]/\[2005\]/%5BApr2005%5D/Rec1704_rus.asp#TopOfPage](https://www.coe.int/t/R/Parliamentary_Assembly/[Russian_documents]/[2005]/%5BApr2005%5D/Rec1704_rus.asp#TopOfPage) (дата обращения: 27.04.2024).

¹⁶ *Lesiv B.V.* Constitutional resistance as an essential ability of modern democracy // *Legal Concept*. 2018. Vol. 17. № 4. P. 78–84.

¹⁷ Положение об Общественном совете при Военно-гражданской администрации Херсонской области (утв. указом главы Военно-гражданской администрации от 01.06.2022 № 56-р).

¹⁸ В соответствии с п. 3.1 Положения об Общественном совете все областные общественные объединения избирали

ственного совета определено оказание консультативной, информационной и организационной помощи Администрации в нормализации социальной, общественно-политической, деловой и культурной жизни Херсонской области. Уже 20 сентября Общественный совет попросил о проведении референдума. Его председатель В. Овчаренко отметил, что это обращение основано на многочисленных предложениях и пожеланиях общественных организаций и отдельных жителей Херсонской области¹⁹.

Следующим шагом на пути к демократизации Херсонской области и организации представительной демократии стало формирование избирательной комиссии для проведения выборов и референдумов. Статус, порядок формирования и полномочия определялись указом главы Администрации²⁰, который определил срок полномочий комиссии (три года) и ее численный состав (семь человек), а также предписал разработку положения, регулирующего порядок ее деятельности.

Запорожская область. Пятого марта 2022 года начал функционировать общественный совет самоорганизации города²¹ в Энергодаре — городе, в котором располагается Запорожская атомная электростанция. Данное явление станет массовым на всех освобожденных территориях и впоследствии приведет к формированию Военно-гражданской администрации Запорожской области (далее — Администрация Запорожской области). Именно с ее появления как органа, взявшего на себя ответственность за налаживание мирной жизни в освобожденной части области, начнется формирование полноценных органов власти, способных наладить жизнеобеспечение народа, сохранить жизненно важную инфраструктуру Запоро-

жья. Уже 20 мая²² была сформирована структура исполнительных органов власти области, что позволило обеспечить нормальную жизнедеятельность в области, надлежащим образом организовать самоуправление. Двадцать первого июля²³ образована Избирательная комиссия Запорожской области, определен срок ее полномочий в три года и численный состав в десять членов.

С июля 2022 года начало формироваться общественное движение «Мы вместе с Россией»²⁴, которое было ориентировано на интеграцию Запорожья и Российской Федерации. Впоследствии стали появляться и другие объединения граждан в порядке самоорганизации с целью обозначить позицию жителей области перед Администрацией Запорожской области. Наиболее крупным из них стал Общенародный съезд общественности Запорожской области в Мелитополе 20 сентября 2022 года²⁵, делегаты которого, представляющие различные районы и населенные пункты области, обратились к Администрации с призывом к немедленному проведению референдума, а также подчеркнули историческую значимость референдума о воссоединении с Россией и призвали жителей области принять в нем участие. После этого начались активные действия по подготовке избирательной системы области к проведению референдума.

Подобные обращения от органов общественного контроля были озвучены в обеих областях бывшей Украинской ССР, а также в ДНР и ЛНР. Несмотря на то, что их правовые системы не были синхронизированы между собой, их одновременное проведение само по себе представляется важным.

на своих общих собраниях (съездах) делегатов (представителей) на учредительную конференцию Общественного совета, которая из своего состава избрала 13 членов Общественного совета.

¹⁹ Общественный совет Херсонской области попросил главу ВГА немедленно провести референдум. URL: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/15804377> (дата обращения: 27.04.2024).

²⁰ Указ главы Военно-гражданской администрации Херсонской области от 22.07.2022 № 245-р.

²¹ Здесь, так же как и в Херсонской области, этот орган был призван ликвидировать вакуум власти, образовавшийся в связи с самоустранением от исполнения своих обязанностей ранее действовавших органов власти и должностных лиц.

²² См.: Указ главы Военно-гражданской администрации Запорожской области от 20.05.2022 № 19-р «Об утверждении структуры Военно-Гражданской Администрации Запорожской области».

²³ Указ главы Администрации Запорожской области от 21.07.2022 № 154/1-у «Об избирательной комиссии Запорожской области».

²⁴ В Запорожье создают движение за интеграцию с Россией. URL: <https://www.pnp.ru/in-world/v-zaporozhe-sozdayut-dvizhenie-za-integraciyu-s-rossiey.html> (дата обращения: 27.04.2024).

²⁵ Общественность Запорожской области призвала провести референдум о присоединении к РФ. URL: <https://www.interfax.ru/world/863053> (дата обращения: 27.04.2024).



2. Гарантии и основные принципы реализации права на участие в референдуме

При рассмотрении референдума о самоопределении с точки зрения его легитимности ключевым, наряду с правовыми основаниями его проведения, является вопрос о **гарантиях права на волеизъявление народа** — как в разрезе **общепризнанных прав и свобод человека**, выражающего свою волю, так и в разрезе **уважения и обязательности учета воли** самоопределяющегося народа. В этом отношении особый научный интерес представляет процедура проведения референдумов о самоопределении и реализации заложенных в них механизмов обеспечения легитимности свободного волеизъявления самоопределяющегося народа.

Совокупный анализ положений, приведенных в международных актах, позволяет выделить такие общепризнанные элементы легитимности референдума, как наличие всеобщего равного избирательного права, обеспечение свободного и тайного голосования. Неразрывно связаны с этим открытость и гласность, независимость комиссий референдума²⁶. В принятых порядках проведения референдумов отражено, как в самоопределившихся территориях была решена основная задача — обеспечить соблюдение базовых принципов свободного волеизъявления²⁷.

²⁶ См. подробнее: *Степанюк Д.Ю.* Референдум как одна из форм реализации права народов на самоопределение // Актуальные проблемы российского права. 2024. Т. 19. № 5.

²⁷ Постановление ЦИК ДНР от 20.09.2022 № 93 «О Порядке подготовки и проведения референдума Донецкой Народной Республики по вопросу о вхождении в состав Российской Федерации на правах субъекта Российской Федерации»; Положение о референдуме Херсонской области о выходе Херсонской области из состава Украины и о вхождении Херсонской области в состав Российской Федерации на правах субъекта Российской Федерации (утв. указом Главы Военно-гражданской администрации Херсонской области от 20.09.2022 № 88-у) (далее — Положение о референдуме Херсонской области); Утвержден порядок подготовки и проведения референдума — ЦИК. URL: <https://news.gtrklnr.ru/news/lnr/6902-utverzhdn-porjadok-podgotovki-i-provedeniija-referenduma-cik.html>; Евгений Балицкий подписал положение о проведении референдума в Запорожской области. URL: https://zo.gov.ru/news/show/evgenij_balickij_podpisal_polozhenie_o_provedenii_referenduma_v_zaporozhskoj_oblasti?ysclid=lvw5efqehf43759322 (дата обращения: 25.04.2024).

2.1. Всеобщее право на участие в референдуме.

Данный принцип — не только провозглашенный, но и закрепленный в нормативных актах и впоследствии реализуемый на практике — служил гарантией наделения правом на участие в референдуме граждан соответственно ДНР, ЛНР, жителей Запорожской и Херсонской областей, достигших на день (последний день) голосования возраста 18 лет и не признанных судом недееспособными²⁸.

2.2. Равное и прямое право на участие в референдуме.

Каждый участник референдума имел право на получение только одного бюллетеня для голосования. При этом голосование осуществлялось им лично и непосредственно, что нормативно и на практике означало запрет получения бюллетеня одним физическим лицом за другого, даже по доверенности, а также запрет на передачу бюллетеня для голосования другим лицам.

Симметричным непосредственному голосованию участника референдума явился способ голосования — лично путем внесения в бюллетень любого знака в квадрат, относящийся к выбранному варианту волеизъявления.

Способ голосования был единым — после заполнения бюллетеня его надлежало опустить в опечатанный (опломбированный) ящик для голосования.

2.3. Свободное волеизъявление и тайна голосования.

Нарушение основного принципа любого электорального процесса — тайного голосования²⁹ — негативно отражается на его легитимности, поскольку открывает пути к контролю за выраженным мнением и к недостоверности результатов волеизъявления. Следовательно, на референдуме как высшей форме прямой демократии тайна голосования обеспечивает соблюдение принципа свободного волеизъявления, т.е. волеизъявление граждан по своему собственному осознанному и самостоятельному, без какого-либо принуждения выбору практически должно обеспечиваться такими механизмами голосования, чтобы исключалась любая форма контроля за ним.

²⁸ Статья 5 Закона ДНР о референдуме; ст. 5 Закона ЛНР о вхождении в состав России; п. 3 Положения о референдуме Херсонской области.

²⁹ *Вашакидзе Г.Т.* Бюллетень для голосования на референдуме // Закон. Право. Государство. 2020. № 4-1. С. 197–203.

Применительно к рассматриваемым нами референдумам свободное волеизъявление принципиально гарантировалось каждому их участнику. Участие в референдуме являлось для жителей регионов свободным и добровольным. Законодательно был установлен запрет на оказание воздействия на участника референдума с целью принудить его к участию или неучастию в голосовании, препятствовать его свободному волеизъявлению. Также запрещалось поощрение или принуждение участников референдума к передаче бюллетеня для голосования другим.

2.4. Запрет на вмешательство в проведение референдума иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных организаций, международных организаций и международных общественных движений. Названным лицам запрещалось осуществлять деятельность, препятствующую подготовке и проведению референдума, а также в иных формах препятствовать населению участвовать в голосовании.

При этом нормативно весьма четко разделялись запрет на вмешательство указанных лиц в вопросы проведения референдума и допустимость их присутствия на референдуме в статусе международных наблюдателей как элемента гласности, с соответствующим регулированием на уровне закона и принимаемыми избирательными комиссиями решениями о порядке аккредитации соответствующих лиц и представителей соответствующих организаций в качестве иностранных (международных) наблюдателей.

2.5. Открытость и гласность проведения референдума. Несмотря на то, что с точки зрения обеспечения безопасности референдумы о самоопределении проходили в беспрецедентно сложных — как для организующих референдум избирательных комиссий, так и для самих его участников — условиях, подготовка и их проведение были максимально открытыми и гласными.

Немаловажную роль в организации референдума играет широкое информирование его потенциальных участников референдума как элемент гласности, позволяющий населению всеми доступными способами получить информацию о референдуме, выносимых на голосование вопросах, месте и времени голосования, сроках и порядке совершения действий для участия. Характерной чертой информирования, организованного при проведении рассматриваемых референду-

мов, стало широкое их освещение в средствах массовой информации, сети Интернет, социальных сетях, размещение информационных печатных материалов в доступных для посещения населением местах. Во избежание дискредитации, распространения заведомо ложной информации, препятствующей свободному участию населения в голосовании, были нормативно закреплены требования к объективности и достоверности содержания информационных материалов, размещаемых в СМИ или распространяемых иным способом. При этом обязанность по информированию возлагалась прежде всего на комиссии референдума с сохранением права осуществлять его как органам государственной власти, органам местного самоуправления (в том числе вновь созданным органам публичной власти в Запорожской и Херсонской областях), так и средствам массовой информации, физическим и юридическим лицам.

2.6. Наблюдение. Международные наблюдатели. Широкое общественное и международное наблюдение является общепризнанным критерием открытости и гласности процесса организации голосования, доступности общественного контроля за предоставлением организующими голосование комиссиями населению возможности свободного волеизъявления и недопустимостью нарушений прав граждан, влекущих искажение результатов волеизъявления. Особую значимость для целей легитимности референдума, в том числе его признания со стороны международного сообщества, приобретает международное наблюдение.

В доктрине существуют разные подходы к пониманию сущности международного наблюдения. Так, В.Е. Чуров отмечал, что одной из задач, которые выполняет институт международного наблюдения за выборами, является повышение доверия избирателей к существующей в государстве избирательной системе, при этом объективного способа точно определить уровень доверия граждан к избирательной системе нет, а следовательно, «внутригосударственный вопрос народного волеизъявления извращенно превращается в вопрос внешнего (т.е. международного) непризнания результатов национальных выборов»³⁰. Встречает-

³⁰ Чуров В.Е. Мировая практика организации работы международных наблюдателей на выборах (состояние, проблемы, перспективы) // Гражданин. Выборы. Власть. 2016. № 1. С. 3–27.



ся и альтернативный подход, предполагающий, что международные организации, которые направляют наблюдателей, способны оказать влияние на соблюдение государством институциональных правил посредством таких средств, как убеждения и ценности³¹. При этом, вне зависимости от доктринальных подходов, присутствие международных наблюдателей обеспечивает внешнюю оценку процесса голосования: они не только выполняют функцию мониторинга, но и являются важным инструментом соблюдения заданных соответствующей юрисдикцией стандартов при организации волеизъявления.

В правовые акты, регулирующие порядок проведения рассматриваемых референдумов, был включен детально регламентированный институт наблюдения, в том числе международного. Все документы, устанавливающие порядок голосования, содержали положения, гарантирующие гласность в деятельности комиссий, в том числе возможность наблюдения представителями международных организаций и иностранными лицами. К примеру, в Запорожской области гласности был посвящен раздел 5 Порядка подготовки и проведения референдума, который закреплял возможность участия в наблюдении за ходом голосования в том числе и аккредитованных иностранных (международных) наблюдателей. В течение всех дней голосования на избирательных участках в Запорожской области присутствовали международные наблюдатели из Франции, Камеруна и Сирии, Белоруссии, ЮАР³², Испании³³, ФРГ. Также на территории области работали делегации международных наблюдателей, в которые входили представители государств Южной Америки³⁴.

В Херсонской области международное наблюдение обеспечивали представители Алжира, Ботсваны, Гер-

мании, Замбии³⁵, Индонезии, Мексики, США, Франции, Болгарии³⁶ и ЮАР.

В ЛНР осуществляли деятельность международные наблюдатели из Германии, Камеруна, Словакии и Беларуси, Бразилии, Нидерландов, Египта, Франции, Сирии, Аргентины и Мексики, Судана, Мьянмы, Казахстана, Словении, Сербии, Эквадора, Камеруна, ЦАР и ЮАР, Того³⁷, получив соответствующую аккредитацию³⁸.

В ДНР для наблюдения за ходом референдума были аккредитованы 129 наблюдателей из Европы, Латинской Америки и Африки. Итоговое количество наблюдателей превысило 1000 человек³⁹.

При всей важности присутствия международных наблюдателей ключевым способом обеспечения гласности является деятельность наблюдателей, которые обладают правом голосовать на соответствующем референдуме, поскольку они в наибольшей степени заинтересованы в обеспечении достоверности его результатов, определяющих дальнейшую судьбу самоопределяемого народа.

Так, на каждом из четырех референдумов наблюдатели были наделены существенным комплексом прав, как материальных, так и процессуальных, главными из которых для успешной реализации функции наблюдения были права присутствовать в помещении для голосования, наблюдать за действиями комиссии, обращаться к председателю участковой комиссии,

³¹ Линдерс А.М.П. Международные отношения и технологическая обусловленность // Каспийский регион: политика, экономика, культура. 2020. № 1. С. 96–104.

³² Завершился третий день голосования на референдуме по вопросу вхождения Запорожской области в состав России... URL: https://t.me/IK_ZO/25 (дата обращения: 26.04.2024).

³³ Сегодня в Запорожской области работают международные наблюдатели из Бразилии, ЮАР, Белоруссии и Испании... URL: <https://t.me/BalitskyEV/314> (дата обращения: 26.04.2024).

³⁴ Завершился первый день голосования на референдуме по вопросу вхождения Запорожской области в состав России... URL: https://t.me/IK_ZO/15 (дата обращения: 26.04.2024).

³⁵ Наблюдатель из Замбии назвал выборы президента России на Херсонщине демократичными. URL: <https://tass.ru/politika/20259611> (дата обращения: 26.04.2024).

³⁶ Наблюдатель из Болгарии назвал волей народа референдум в Херсонской области. URL: <https://iz.ru/1401880/2022-09-27/nabljudatel-iz-bolgarii-nazval-volei-naroda-referendum-v-khersonskoi-oblasti> (дата обращения: 26.04.2024).

³⁷ Зарубежные эксперты присутствовали на избирательном участке во время подсчета голосов. URL: https://t.me/mid_inr/6285 (дата обращения: 26.04.2024).

³⁸ В ЛНР прибыла группа международных наблюдателей, которые непосредственно на участках отслеживают ситуацию с соблюдением демократических принципов волеизъявления при голосовании по вопросу о вхождении ЛНР в состав Российской Федерации. URL: https://t.me/mid_inr/6144 (дата обращения: 26.04.2024).

³⁹ Итальянский наблюдатель не выявил нарушений в первый день референдума в ДНР. URL: <https://dan-news.ru/world/italjanskij-nabljudatel-ne-vyjavil-narushenij-v-pervyj-den-referenduma-v-dnr/> (дата обращения: 26.04.2024).

а в случае его отсутствия к замещающему его лицу с предложениями и замечаниями по вопросам организации голосования.

Широкое общественное и международное наблюдение, реализованное на участках для голосования, позволило в полной мере раскрыть потенциал децентрализованного демократического (общественного) контроля за чистотой процесса голосования, обеспечив инвентарий для подлинной гласности и, что не менее важно, соблюдения установленных правил деятельности комиссий референдумов о самоопределении.

2.7. Комиссии референдума. Формирование устойчивой избирательной системы как фактор легитимности. Избирательная система, как уже отмечалось выше, не была одинакова в четырех будущих субъектах Российской Федерации. Например, под руководством главы Администрации Запорожской области была сформирована избирательная комиссия в связи с намеченным референдумом по вопросу вхождения региона в состав Российской Федерации — в целях обеспечения прозрачности и легитимности референдума и защиты избирательных прав граждан подписан указ о создании избирательной комиссии Запорожской области⁴⁰. Утвержденное в соответствии с ним Положение об избирательной комиссии Запорожской области определяло ее правовой статус, полномочия, порядок формирования и срок полномочий.

Новая структура была сформирована из представителей общественных организаций, а также собраний граждан по месту жительства, работы или службы, включая наиболее активных и заинтересованных жителей региона. Этот шаг также предполагал прекращение с момента подписания указа деятельности всех предыдущих органов, занимавшихся организацией выборов на территории, и создание совершенно новой открытой структуры.

При формировании комиссии был заложен комплекс процессуальных и материальных гарантий, обеспечивающих как открытость ее деятельности, так и легитимность принимаемых ею решений. В частности,

важными процессуальными гарантиями являются деятельность избирательной комиссии на постоянной основе, коллегиальный характер работы, наличие требований к правомочности состава, представленность гражданского общества в составе. Работа комиссии должна быть открытой и гласной.

Как уже было отмечено выше, в отличие от Херсонской и Запорожской областей, в ДНР и ЛНР уже стабильно функционировала собственная система публичной власти и избирательная система, в связи с чем существовала проработанная организационно-правовая база, которая использовалась при организации Всеобщих выборов, на которых были избраны главы и законодательные органы республик. В обеих республиках систему избирательных комиссий возглавляли Центральные избирательные комиссии.

Например, ЦИК ЛНР является коллегиальным действующим на постоянной основе государственным органом, наделенным полномочиями по обеспечению реализации и защите избирательных прав граждан. Указанное положение закреплено на высшем уровне⁴¹.

В обеих республиках была выстроена избирательная система, состоящая из следующих звеньев: ЦИК, территориальные избирательные комиссии и участковые избирательные комиссии, которые обеспечивали полную доступность голосования для избирателей.

3. Порядок голосования и подведения итогов референдума

3.1. Списки участников референдума, их составление, основания дополнительного включения в списки, как и документы-основания для такого включения, несмотря на их процедурный характер, представляют особый интерес с точки зрения обеспечения легитимности — прежде всего потому, что право на включение в список участников голосования при наличии соответствующего электорального права является гарантией реализации принципа всеобщего права на участие в референдуме⁴².

⁴¹ Закон ЛНР от 13.10.2014 № 31-І «О Центральной Избирательной Комиссии Луганской Народной Республики».

⁴² Гаджиева А.О. Электронный список избирателей как новый элемент цифровизации избирательного процесса: право-

⁴⁰ См. сноску 23.



В отсутствие полноценного доступа к данным регистрации учета избирателей в рамках системы государственного учета (а в рассматриваемых референдумах комиссии формировали списки избирателей именно в таких непростых условиях, вызванных сопротивлением органов власти Украины) правильность их составления, корректность учета участников референдума, а также возможность реализации ими права на участие в голосовании представляли собой не только правовой вызов, но и важную организационно-электоральную задачу.

Во избежание необоснованных отказов во включении в список участников референдума был установлен широкий, но концептуально и юридически обоснованный перечень документов, которые подтверждают право гражданина на участие в голосовании.

Например, ЦИК ДНР при принятии актов⁴³, регулирующих порядок подготовки и проведения референдума, утвердила и список документов, удостоверяющих личность участника референдума⁴⁴: паспорт ДНР, удостоверение личности офицера ДНР, военный билет солдата, военный билет офицера запаса ДНР, адресная справка миграционной службы МВД ДНР, паспорт гражданина Украины с отметкой о регистрации по месту жительства на территории ДНР, другие документы, удостоверяющие личность, выданные уполномоченным органом.

Элементом обеспечения реализации всеобщего права на участие в референдуме послужила нормативно закреплённая возможность участия в голосовании лиц, временно находящихся за пределами территории его проведения. Принимая во внимание сложившуюся на момент проведения референдума непростую (с точки зрения безопасности проживающего на соответствующей территории населения) ситуацию,

придание особой значимости формированию участков за пределами территории референдума существенно расширяло право на участие в голосовании, а по сути служило дополнительной гарантией его реализации гражданами, которые в силу объективных причин не могли явиться на избирательные места на территории проведения референдума, хотя имели не только право на участие в голосовании, но и желание проголосовать по вопросу, выносимому на референдум.

Образование множества таких избирательных участков является характерной особенностью всех рассматриваемых референдумов. В целом на территории России было сформировано более 600 участков⁴⁵, на которых проголосовало свыше 900 тыс. человек⁴⁶.

Такое количество участков для голосования создавало максимальные возможности для голосования лицам, временно находящимся за пределами территории проведения референдума. К примеру, для голосования в ДНР был открыт 481 участок (также 217 за пределами территории республики), в ЛНР — 461 (также 201 за пределами территории республики), в Запорожской области — 394 (также 103 за пределами области) и в Херсонской области — 198 участков (также 104 за пределами области)⁴⁷.

Для соблюдения процедуры референдума в технологической части комиссии закупили и впоследствии использовали необходимое оборудование — переносные и стационарные ящики для голосования, кабинки для обеспечения тайны голосования, сейфы для надежного хранения документации, сейф-пакеты, печати избирательных комиссий.

3.2. Организация голосования. Референдум в Херсонской и Запорожской областях проходил с 23 по 27 сентября. В первые четыре дня голосование осуществлялось с 08:00 до 20:00 по местному времени на придомовых территориях, на территориях общего

вые и организационные основы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 47–48.

⁴³ ЦИК ДНР утвердил порядок проведения референдума по вопросу о вхождении в состав РФ. URL: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/15811947> (дата обращения: 28.04.2024).

⁴⁴ Постановление ЦИК ДНР от 20.09.2022 № 94 «Об утверждении форм документов, связанных с подготовкой и проведением референдума Донецкой Народной Республики по вопросу о вхождении в состав Российской Федерации на правах субъекта Российской Федерации».

⁴⁵ Референдумы в ДНР, ЛНР, Херсонской и Запорожской областях. Главное. URL: <https://www.rbc.ru/politics/29/09/2022/6329d5c89a79474c0f7ad167> (дата обращения: 26.04.2024).

⁴⁶ Подведены итоги референдумов по вопросу вхождения в РФ новых субъектов на участках в Москве. URL: <https://www.msk.kp.ru/online/news/4939219/> <https://www.msk.kp.ru/online/news/4939219/> (дата обращения: 01.05.2024).

⁴⁷ Референдумы в ДНР, ЛНР, Херсонской и Запорожской областях. Главное.

пользования и в иных местах, пригодных для голосования, а также в населенных пунктах, где отсутствуют помещения для голосования. 27 сентября голосование проходило на участках с 08:00 до 16:00 и вне помещения для голосования — для тех участников, которым здоровье не позволяло явиться в него. Такой порядок был необходим для обеспечения безопасности избирателей и сохранности их персональных данных.

Аналогичные сроки и формы реализации волеизъявления были закреплены в постановлениях Народных советов ЛНР и ДНР о назначении референдумов. Там для сохранения конфиденциальности в первые дни голосования избирательными комиссиями использовались сейф-пакеты, имеющие индикаторную ленту, подтверждающую факт сохранности и неприкосновенности содержащихся в них бюллетеней. Правда, фактов несанкционированного вскрытия сейф-пакетов, нарушения целостности и (или) повреждения их и содержащихся в них документов так и не было выявлено.

Также предусматривалось право участковой комиссии в случае возникновения на участке референдума в день (дни) голосования ситуации, которая может привести к нанесению вреда жизни и здоровью членов комиссии референдума, участников референдума, приостановить голосование на данном участке до устранения опасности с обязательным информированием о данной угрозе вышестоящей территориальной комиссии.

3.3. Подсчет голосов и установление итогов голосования. Несмотря на трудные условия с точки зрения обеспечения безопасности и высокий риск провокаций, подсчет голосов осуществлялся, как это и было предусмотрено порядками, с соблюдением принципа гласности, с участием наблюдателей, представителей средств массовой информации, что также имеет большое значение для признания процедуры установления итогов голосования легитимной.

Наличие в порядке проведения референдума (в части процедуры установления итогов голосования на участке) нормы, предусматривающей подсчет голосов и составление протокола об итогах голосования вышестоящей комиссией, было обусловлено целесообразностью обеспечения беспрепятственного подсчета при возникновении угрозы безопасности членов комиссии и необходимости их эвакуации из помещения избирательного участка.

Определение результатов референдумов, юридическая сила принятого на них решения, поставленная в прямую зависимость от волеизъявления народа, их общеобязательный, не требующий дополнительного подтверждения со стороны каких-либо органов характер являются отличительными особенностями данных референдумов.

Вопрос, вынесенный на голосование, считался одобренным, если получил поддержку не просто большинства, принявшего участие в голосовании, но абсолютного большинства участников, включенных в списки. Столь высокие требования были призваны обеспечить однозначность волеизъявления в связи с тем, что жители всех территорий определяли свою судьбу, будущее, выбирали исторический путь.

Заключение

В основе демократического характера референдума и его последующей легитимности лежит соблюдение порядка его проведения, устанавливающего процессуальные и материальные гарантии для его участников, иных субъектов референдумного процесса. Правовая основа голосования и ее соблюдение становятся определяющими факторами, формирующими доверие граждан к его результатам и обеспечивающими принятие обществом решений по вопросам, вынесенным на референдум.

Само по себе проведение референдума по вопросу самоопределения, когда решение дальнейшей судьбы и правового статуса территории поставлено в зависимость от прямого и свободного выбора народа, выраженного им непосредственно, является высшей формой демократического процесса.

Исследование особенностей референдумного процесса принятия решений о самоопределении на примере Донецкой и Луганской Народных Республик, Херсонской и Запорожской областей показывает, что ключевые аспекты организации и проведения референдумов, уровень соблюдения прав и свобод человека в процессе голосования и подготовки к нему могут однозначно свидетельствовать о подлинности выраженной воли самоопределившихся народов, с которой обязаны считаться все сторонние субъекты. 🇺🇦



Characteristics of the Referendum Process for Decision-Making on Self-Determination: The Case of the Donetskaya and Luganskaya People's Republics, Khersonskaya and Zaporozhskaya Oblasts

The principle of self-determination has occupied a central place in the international legal agenda of the 20th century, decisively influencing the restructuring of geopolitical space and the formation of the contemporary global order. Post-decolonisation examples of self-determination, characterised by ad hoc situations, have thus confronted the competing principle of the territorial integrity of states, enhancing the relevance of the problem concerning the conditions and forms in which peoples may exercise their right to self-determination. Alongside the bases for self-determination through secession, the form and procedure of its implementation, as well as the consequences associated with the decision on self-determination, are of significant importance. Legal doctrine lacks a clear understanding of the forms in which the right to self-determination may be realised. In practice, the procedures for implementing secession are also heterogeneous, and it does not always occur as a result of the direct expression of will by the self-determining people. However, a referendum can be regarded as one of the most authoritative confirmations of the act of self-determination due to its inherent democratic principles, which directly embody the will of the people determining their own destiny, and with which the international community must comply based on established principles.

In this context, the referendums conducted in September 2022 in the Donetsk and Luhansk People's Republics, as well as in the Kherson and Zaporozhye regions, described by the authors in the article, present a particular academic interest.

Keywords: right to self-determination, referendum, territorial integrity, democratic procedures, will of the people

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Denis Yu. Stepanyuk

Postgraduate Student at HSE University (e-mail: dest_yu@mail.ru)

Alexey S. Koshel

Professor of HSE University, Doctor of Juridical Sciences (e-mail: koshel@hse.ru)

Albina O. Gadzhieva

Associate Professor of HSE University, Candidate of Juridical Sciences (e-mail: agadzhieva@hse.ru)

REFERENCES

Churov, V.E. "The world practice of organizing the work of international election observers (status, problems, prospects)" [*Mirovaya praktika organizatsii raboty mezhdunarodnykh nablyudateley na vyborah (sostoyaniye, problemy, perspektivy)*]. Citizen. Elections. Power. [*Grazhdanin. Vybory. Vlast'*]. 2016. No. 1. P. 3–27.

Gadzhieva, A.O. "Electronic voters list as a new element of digitalizing electoral process: legal and organizational basis" [*Elektronnyy spisok izbiratelej kak novyy element cifrovizatsii izbiratel'nogo processa: pravovye i organizatsionnye osnovy*]. Law. Journal of the Higher School of Economics [*Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*]. 2022. Vol. 15. No. 5. P. 44–65.

Khabrieva, T.Ya. "The right of peoples to self-determination: a modern formulation of the issue" [*Pravo narodov na samoopredelenie: sovremennaya postanovka voprosa*]. Journal of Foreign Legislation and Comparative Law [*Zhurnal zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*]. 2010. No. 4. P. 9–19.

Kulyasova, N.A. "Compilation and clarification of voter lists in the Russian Federation" [*Sostavlenie i utochnenie spiskov izbirateley v Rossiyskoy Federatsii*], in: The electoral process in the Russian Federation: Collection of Essays [*Izбирatel'nyy protsess v Rossiyskoy Federatsii: sb. st.*]. Moscow, 2014. P. 31–34.

Leenders, A.M.R. "International relations and technological causation" [*Mezhdunarodnye otnosheniya i tekhnologicheskaya obuslovlennost'*]. The Caspian region: politics, economy, culture [*Kaspiyskiy region: politika, ekonomika, kul'tura*]. 2020. No. 1. P. 96–104.

Lesiv, B.V. "Constitutional resistance as an essential ability of modern democracy". Legal Concept. 2018. Vol. 17. No. 4. P. 78–84.

Taeva, N.E. "Features of procedural norms in the Constitutional Law of Russia" [*Osobennosti protsessual'nykh norm v Konstitutsionnom prave Rossii*]. Legal issues [*Problemy prava*]. 2014. No. 4. P. 24–31.

Vashakidze, G.T. "The ballot paper for the referendum" [*Byulleten' dlya golosovaniya na referendumе*]. Law. Right. State. [*Zakon. Pravo. Gosudarstvo*]. 2020. № 4-1. P. 197–203.



В АВГУСТОВСКОМ НОМЕРЕ

Главная тема: Иудейское право и право Израиля

Среди авторов номера:

Д.В. Тариканов

Квалификация развода по еврейскому праву в международном частном праве
Автор исследует, соответствует ли расторжение брака по религиозному еврейскому праву требованиям п. 3 ст. 160 Семейного кодекса для его признания в России, на примере подходов к оценке статуса такого развода в зарубежных правовопорядках.

О.Л. Васильев

Способствуют ли новеллы УПК РФ укреплению авторитета судебной власти?
В статье дается оценка новелл уголовного процессуального права с конца 2022 по 2023 год включительно.

Н.Г. Елисеев

Применение эстоппеля в решении английского суда от 1 ноября 2023 года по иску экс-акционеров «ЮКОСа» к Российской Федерации
Статья представляет анализ решения Коммерческого суда Отделения королевской скамьи от 1 ноября 2023 года по вопросу о праве Российской Федерации оспаривать в английском суде юрисдикцию арбитражного Трибунала.

Темы ближайших номеров

- СЕНТЯБРЬ Банковское право
ОКТАБРЬ Соседское право
НОЯБРЬ Налоговое право в эпоху санкций



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА

Учредитель:

ООО «Издательская
группа «Закон»

РЕДАКЦИЯ И ИЗДАТЕЛЬСТВО:

Главный редактор:
Александр Николаевич Верещагин
avere@igzakon.ru

Директор издательства:
Кирилл Казанков
kazankov@igzakon.ru

Шеф-редактор:
Ирина Шмарко
shmarko@igzakon

Подписной индекс **39001**
в Объединенном каталоге
«Пресса России»
и в каталоге Агентства «Роспечать»

Редакция не несет ответственности
за достоверность сведений,
содержащихся в рекламных материалах.

Выпускающий редактор:
Юлия Сиренко

Корректор:
Татьяна Казакова

Компьютерная верстка:
Мария Гранкина

Адрес редакции и издателя:
107078, Москва, пр-д Красноворотский,
д. 3, стр. 1, помещ. IV-8

Отпечатано в ООО «Гран При»

Адрес типографии:
152900, Ярославская область,
р-н Рыбинский, г. Рыбинск,
ул. Орджоникидзе, д. 57

Распространение:
Ринат Якупов
rinat@igzakon.ru

Фотография на обложку:
Ярослав Кулик

Перепечатка материалов
журнала «Закон» допускается
только с письменного согласия
издателя.

Дата выхода в свет 20.07.2024

Формат 84x108 1/16
Бумага офсетная № 1
Офсетная печать
Объем 13 печ. л.
Тираж 2000 экз.
Цена свободная



zakon.ru/senat



ПОЛНОЕ

СОБРАНИЕ

СЕНАТСКИХ РЕШЕНИЙ

ПО ЧАСТНОМУ ПРАВУ

1866-1917

**ВПЕРВЫЕ
В ОТКРЫТОМ ДОСТУПЕ:**

- все сборники решений Гражданского Кассационного Департамента
- указатели сенатской практики
- аннотации к тысяче наиболее ярких дел

Специальный раздел на портале «Закон.ру»

zakon.ru/senat

слѣдствіи
ли тяжущійся въ
же акта безъ прямого объявленія
рѣшается на основаніи нижеслѣдующихъ
условія заявленія сомнѣнія въ подлинности
кому заявленію опредѣляются ст. 107—109 Уст. Гр. Суд.
бныхъ установленій и 542—554 ст. того же Устава
тановленій, производство же по спору
111 Уст. Гр. Суд. для мѣсяца
ихъ судебныхъ
сомнѣніе въ подлинности акта

перваго засѣданія
сомнѣніе (ст. 545 Устава)
акта въ мировыхъ
сравненіемъ докумен-
свидѣтелей (ст. 107
суда, по назначенію
сти актъ въ общихъ
которой изъ сторонъ
сительно коего заявлено
вилу, каждая сторона
тѣхъ фактовъ, бытіе
ность доказать подлинность акта, относительно коего заявлено сомнѣніе
жить на сторонѣ, представившей актъ (рѣш. Гражд. Кассационн. Д. та
№ 124; 1876 г. № 544). Заявившій сомнѣніе въ подлинности акта



ЗАКОН
ИЗДАТЕЛЬСКАЯ ГРУППА



Составитель: Александр Верещагин,
доктор права Эссекского университета
(Великобритания), главный редактор
журнала «Закон».

При поддержке
Университета Дмитрия Пожарского.

БАКАЛАВРИАТ, МАГИСТРАТУРА И ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ПЕРЕПОДГОТОВКА

на факультете права Шанинки

« Наши студенты разбираются со смыслами, которые закладываются в регулирование, сделку или проект, и инструментами, которыми можно пользоваться для эффективного достижения поставленных целей. »



Антон Селивановский,
декан факультета
права МВШСЭН



Радикальная
междисциплинарность

Ориентированность
на практику

Широкий спектр
компаний-партнеров

Современный кампус
и библиотека в центре Москвы

Возможность учиться
из любого города



Бакалавриат
Юриспруденция



Магистратура
Юрист IT компании



Магистратура
Юрист
инфраструктурной
корпорации



**Профессиональная
переподготовка**
Юрист для бизнеса