

ОБЪЕДИНЕНИЕ КОРПОРАТИВНЫХ ЮРИСТОВ

Конференция ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ В СВЕТЕ ТРЕТЬЕГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПАКЕТА 22 февраля 2011 г. Москва, ЦВК «ЭКСПОЦЕНТР»

УСЛОВИЯ НАСТУПЛЕНИЯ И ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В КОНКУРЕНТНОМ ПРАВЕ

«Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры»

Юрий Монастырский

Позвольте поблагодарить организаторов конференции за предоставленную возможность выступить на наиболее важную тему об ответственности за несоблюдение конкурентного законодательства. В узком правовом смысле она означает санкции, налагаемые на нарушителя. Они являются главным инструментом регулирования, т.к. их действенность, четкость, эффективность и предвидимость заставляют субъектов исполнять нормативные, а в конкурентной сфере еще и адресные предписания уполномоченных органов. Если механизм присуждения несовершенен, он оказывает не упорядочивающий, а дезорганизующий эффект.

По законам виновные лица могут подвергаться административным, гражданским и уголовным санкциям. По этим вопросам третий антимонопольный пакет содержит ряд нововведений.

1. Административная ответственность

Напомним об общеправовой модели наложения санкций. Условием здесь является поведение субъекта, причинившего ущерб при достаточной причинно-следственной связи первого и второго и вине нарушителя. В сфере охраны конкурентной среды в предпосылках ответственности наблюдаются крупные отличия, которые при своеобразной юридической технике закона, его формулировок и терминологии дают основу для широчайшего усмотрения антимонопольного органа и суда, а также способны породить систематические курьезы в правоприменении. В нашей практике это наблюдается довольно часто.

То, что в административном праве в целом и статьях, относящихся к конкуренции, в особенности бездействие может составить проступок, - не лучший пример юридической техники при расплывчатости обязанностей, параметров их исполнения, сроках и пр (в отличие от гражданского права, где содержания тех или иных требований и имущественных ожиданий всегда ясны). В конкурентной сфере виновная деятельность должна быть активной. Если имеет место отказ от подписания сделки, то здесь речь должна идти о несостоявшемся юридическом факте, несоблюдении норм о публичных договорах и т.д. Уклонение, как правило, выражается в фактических действиях, деятельности. Особенно адекватным здесь видится термин «антиконкурентное поведение». Даже при заключении разного рода соглашений, могущих влиять на рыночную обстановку, нарушение возникает не в момент их подписания, а когда это подписанное стали исполнять. «Для юридической оценки важна не злая воля сама по себе и не результат деяния сам по себе, который может быть случайным, а только связь намерения с результатом или степень реализации злой воли в деянии (В.Соловьев – Оправдание добра: нравственная философия – Республика 1996 г. - с.334, 1897 г.).

Антимонопольный орган только и должен оценивать фактические действия. Случаи вмешательства в гражданско-правовую сферу, дисквалификаций сделок как таковых должны быть максимально ограничены законом, иначе это создает базу для неоправданного вторжения в имущественный оборот. Прямо обозначенная возможность трактовать бездействие как административный проступок чревата перекосами. Она не вяжется с принципом и целью конкурентного права – гарантирование экономической свободы субъектов.

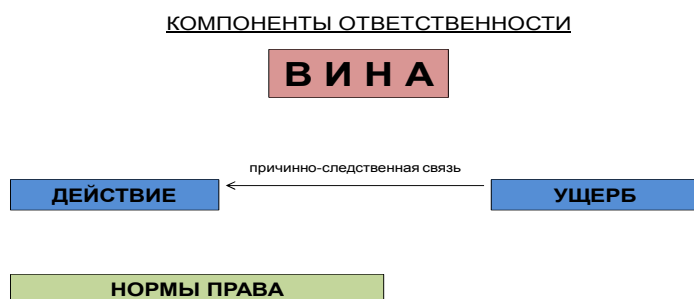
Если пассивность считать равноценной незаконной деятельности, то из этого можно вывести, что производитель, переставая изготавливать и поставлять на рынок определенную продукцию, совершает серьезное правонарушение, он ослабляет соревнование участников рынка и, таким образом, ухудшает конкуренцию.

Второй отличительной чертой ответственности является природа ущерба. В отличие от уголовного и гражданского, в административном праве ущерб вообще может выражаться в нарушении правопорядка и подразумевает вред любого рода на стороне множества лиц.

Явным отличием в конкурентном регулировании обладает такое базовое понятие, как вина. Гуманистическое направление юриспруденции связывает её с отношением участника оборота к своему виновному действию, к себе и его последствиям. Иными словами, он освобождается от ответственности за случай, который по меткому выражению одного из теоретиков «есть вторжение внешних сил в нормальный ход событий». Корректировка данного принципа происходит за счет распределения бремени рисков в более конкретизированных случаях.

Однако в КоАП мы видим иной подход применительно к организациям (ст.2.1 п.2. «Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению»). Здесь в чистом виде получила выражение так называемая «поведенческая концепция» строгой ответственности, в том числе за случай, в отличие, конечно, от непредотвратимых событий (или непреодолимой силы). Условием здесь является «комплекс негативных элементов, обусловленных дезорганизацией деятельности юридического лица, неприятием им необходимых мер для надлежащего исполнения возложенных на него обязанностей, неприложением требуемых усилий для предупреждения правонарушений и устранения их причин».

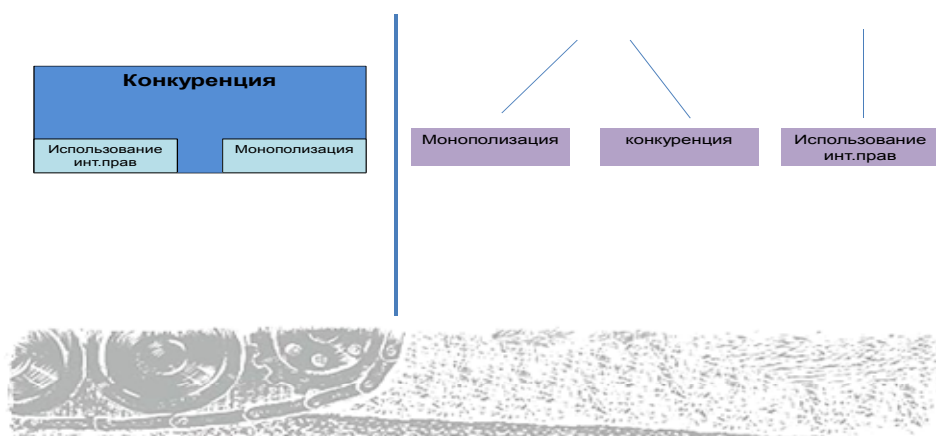
Для нас, практикующих юристов, важно знать, что применительно к руководителям, чиновникам, индивидуальным предпринимателям в вопросе установления вины должна использоваться более мягкая психологическая теория, которая исключает ответственность за любое внешнее и реальное случайное обстоятельство.



И наконец, упомянем самое важное отличие национального конкурентного права, которое в первую очередь объясняет возможность широчайшего усмотрения органов ФАС при решении вопроса о возложении ответственности на субъектов. Помимо того, что категория вины для компаний понимается чрезвычайно широко, и выражена она в неприятии ожидаемых мер по предотвращению нарушений, имеется гораздо более весомый правовой фактор для частого отнесения предпринимательских операций к разновидности противозаконных. Дело в том, что сама вина, какой бы строгой она ни была, проявляется и может существовать при одном важном установлении о том, что

поведение субъекта не укладывается в нормативные предписания и является противоправным. Но, к сожалению, общие запреты «создавать возможность ограничения конкуренции» или «ущемлять права» иных участников нейтрализуют это базовое условие, и в широчайшем спектре случаев объявлять то или иное поведение антиконкурентным не составит большого труда, хотя природа естественной конкуренции - это всегда ограничение возможностей и стеснение конкурентов, заключающееся в убывании доли рынка и недополучении дохода. Не будет преувеличением сказать, что налицо нормативная возможность управляться с участниками рынка, как с фигурами на шахматной доске.

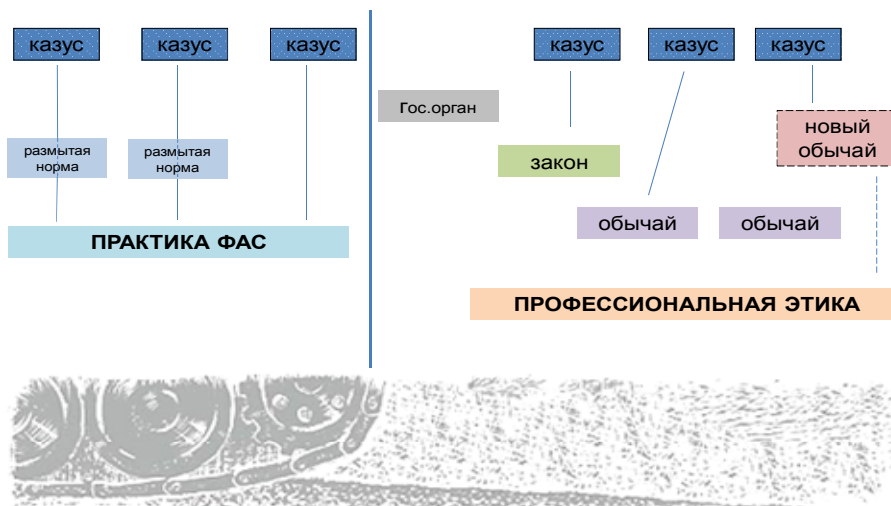
Концепция правовой охраны честной экономической соревновательности, несмотря на доступность зарубежного опыта, отличается и несет печать национального своеобразия. Это в первую очередь характеризуется увлечением категорией монополизма (злоупотребление доминирующим положением), который есть частный случай недобросовестной конкуренции, как, скажем, и несанкционированное использование чужих средств индивидуализации или нечестная реклама.



Это порождает трудности при принятии решений, т.к. делает абсолютным условие об обязательном установлении границ рынка.

В судебной практике европейских стран последовательно выдерживается направленность на соблюдение «правил игры» участниками рынка, там в первую голову используется понятие «недобросовестность», которое не так уж абстрактно, как кажется на первый взгляд. Почему? Потому что оно применительно к отдельно взятой отрасли экономики основано на правилах бизнес-этики и поднятых на уровень правовых норм обычаях делового оборота, устанавливаемых судом и доказываемых конкурентами как в административных, так и в гражданских процессах. Таким образом, в эту сложную и в полном смысле стихийную среду привносятся элементы саморегулирования и самоуправления наряду с государственным контролем. Например, только обычай делового оборота, ставший нормативным положением, может ответить

на вопрос, является ли переманивание персонала у других компаний отрасли недобросовестной конкуренцией. Наверное, нет, скажем, в хлебопекарной промышленности и, скорее, да на рынке юр.услуг.



2. Имущественные санкции по искам частных лиц

Задействие механизмов гражданского права зависит от дополнительных усилий участников рынка, творческой позиции ВАС, что совсем не стимулируется именно нормами, важнейшие из которых должны быть посвящены ответственности. ГК закрепляет систему «смешанного деликта», где наряду с перечислением различных составов правонарушений говорится: «любой вред возмещается в полном объеме» (ст.1064 ГК). Чрезвычайно трудно задействовать частные средства правовой защиты при доктринальном понимании термина «вред», т.к. он причиняется наличному имуществу жертвы (прямой ущерб). Справедливости ради нужно сказать, что в соответствии со ст. 1082 ГК суд в зависимости от обстоятельств может присудить убытки, но в большинстве случаев это не упущенная выгода, а лишь прямой ущерб, который взыскивается вместо вреда согласно принципу полного его возмещения.

Нормативную основу требований за антиконкурентное поведение должна составить новая статья о специальном деликте, где бремя доказывания вины нес бы потерпевший (общая презумпция виновности здесь неработоспособна), где было бы четкое указание об уполномоченности взыскивать недополученные доходы и затраты, возникшие в результате нарушения.

Ст. 10 ГК позволяет потерпевшему в роли ответчика защищаться от исков, но не взыскивать. Лишь в связи с реформой гражданского законодательства могут быть внесены изменения о праве искать присуждение за злоупотребление. Конечно, имеется ст. 15 ГК о полном возмещении всех убытков в случае

правонарушения, но она требует известной юридической изобретательности в доказывании противоправности и главное - содержании размытых норм закона о конкуренции. Их конкретизацией являются те самые предпринимательские обыкновения, сложившиеся в различных отраслях и сферах деятельности. А наши суды обычай делового оборота и лежащие в основе нормального судебного рассуждения презумпции не применяют.

3. Уголовные наказания

До последнего времени правоохранные инструменты для целей излечения конкурентной среды не работали. Статья 147, призванная пресекать умышленные преступления в области интеллектуальных прав, помещаемая до сих пор в главе об охране личности, подразумевает, что потерпевшими в этой сфере могут быть только физические лица, хотя очевидно, что исключительными имущественными правами обладают, в основном, реализующие их на промышленном уровне организации.

Комментаторы и практики сетовали, что ст.178 УК была парализована таким элементом состава, как наличие крупного (свыше 1 млн рублей) ущерба, причиненного нарушениями в области конкуренции, т.к. органы следствия понимали термин «ущерб», который в реальности выражается в неполученных доходах, слишком буквально.

Статистика свидетельствовала о том, что уголовно-правовые механизмы и в самом деле не использовались, и в значительной степени из-за отсутствия организационных мер в МВД.

Поправки в уголовный кодекс вводят следующее радикальное нововведение «Лицо, совершившее преступление, освобождается от уголовной ответственности, если оно ... иным образом загладило вред, причиненный в результате действий, предусмотренных настоящей статьей...». Любопытно, как же это может сработать, учитывая, что органы ФАС уголовные дела не возбуждают, а делают это по собственной инициативе полицейские.

Главным подковёрным механизмом и стимулом к нарушениям в сфере конкуренции является коррупция, одно из самых латентных преступных деяний. Средства конкурентного права направлены на подавление внешнего результата этого весьма распространенного феномена, а вот законодательные основы борьбы с коммерческим подкупом как таковым далеки от совершенства.

Небезынтересно отметить, что, являясь участником Конвенции ООН против коррупции (31.10.2003) и Декларации ООН о борьбе с коррупцией в международных коммерческих операциях (16.12.1996), Россия не спешит приводить свое законодательство в соответствие с базовыми принципами этих

документов. В праве РФ до сих пор юридическое лицо не может быть объектом уголовного преследования, несмотря на общепризнанный европейский подход в борьбе с взятками и антиконкурентным поведением, к которым прибегают именно монополисты для получения заказов, льгот и преференций. В результате лоббистская коррупция в сфере крупного бизнеса эффективно не расследуется, а на замешанные юридические лица не могут накладываться крупные штрафы.

Следует отметить, что в соответствии с положениями Конвенции Совета Европы «Об уголовной ответственности за коррупцию и недолжное влияние» (27.01.1999) Российская Федерация обязалась выполнить ряд мер, направленных на противодействие коррупции, в частности, «принять такие законодательные и иные меры, которые могут потребоваться для обеспечения того, чтобы юридические лица могли быть привлечены к ответственности в связи с совершением уголовных правонарушений, заключающихся в активном подкупе, злоупотреблении влиянием в корыстных целях и отмытии доходов, признанных в качестве таковых в соответствии с настоящей Конвенцией и совершенных в их интересах каким-либо физическим лицом, действующим в своем личном качестве или в составе органа юридического лица и занимавшим руководящую должность в юридическом лице» (статья 18).

К настоящему времени указанные обязательства РФ не исполнила.

Несмотря на всё вышесказанное, российское юридическое сообщество приветствует принятие упомянутых изменений в конкурентное законодательство, с энтузиазмом и надеждой ожидает действительного правового влияния обновленных нормативных актов на предпринимательскую среду и востребованность юр.услуг в целом.