

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

DOI: 10.17803/1994-1471.2023.148.3.101-114

Д. М. Ашфа*

Правила торговой практики в конкурентном праве

Аннотация. Статья посвящена исследованию правил торговой практики как способа предупреждения нарушений антимонопольного законодательства. Автором проанализированы научные и практические подходы к определению понятия и содержания правил торговой практики, а также корпоративные процедуры разработки и утверждения рассматриваемых правил, в том числе хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение на товарных рынках. Аргументировано, что под правилами торговой практики следует понимать корпоративный документ, устанавливающий порядок отбора хозяйствующим субъектом контрагентов для заключения договоров поставки товаров и существенные условия таких договоров с целью минимизации рисков злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке. Выявлено, что правила торговой практики разрабатываются хозяйствующими субъектами в добровольном порядке — для установления недискриминационных условий взаимодействия с контрагентами и в принудительном порядке — на основании предписания антимонопольного органа в целях прекращения злоупотребления доминирующим положением или недопущения ограничения конкуренции при сделках экономической концентрации. Определены последние тенденции в области применения правил торговой практики, связанные с обеспечением приоритета поставок товаров на внутренний рынок и отказом от иностранных биржевых индикаторов при ценообразовании на российские товары.

Ключевые слова: корпоративное право; конкурентное право; конкуренция; антимонопольное законодательство; хозяйствующий субъект; доминирующее положение; злоупотребление доминирующим положением; антимонопольный орган; предписание; правила торговой практики; торговая деятельность; биржевая торговля.

Для цитирования: Ашфа Д. М. Правила торговой практики в конкурентном праве // Актуальные проблемы российского права. — 2023. — Т. 18. — № 3. — С. 101–114. — DOI: 10.17803/1994-1471.2023.148.3.101-114.

Trade Practice Rules in Competition Law

Daniel M. Ashfa, Cand. Sci. (Law), Lecturer, Department of Competition Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
ashfa0408@gmail.com

Abstract. The paper is devoted to the study of trade practice rules as a way to prevent violations of antitrust laws. The author analyzes scientific and practical approaches to the definition of the concept and content of trade

© Ашфа Д. М., 2023

* Ашфа Даниэль Мохамедович, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
ashfa0408@gmail.com

practice rules, as well as corporate procedures for the development and approval of the rules in question, including by business entities that occupy a dominant position in the commodity markets. Trade practice rules should be understood as a corporate document that establishes the procedure for selecting counterparties by an economic entity for concluding contracts for the supply of goods and the essential terms of such contracts in order to minimize the risks of abuse of a dominant position in the commodity market. It was revealed that trade practice rules are developed by economic entities on a voluntary basis to establish non-discriminatory conditions for interaction with counterparties and forcibly on the basis of an order from the antimonopoly authority in order to stop the abuse of a dominant position or prevent restriction of competition in transactions of economic concentration. The latest trends in the application of trade practice rules related to ensuring the priority of deliveries of goods to the domestic market and the rejection of foreign exchange indicators in the pricing of Russian goods are identified.

Keywords: corporate law; competition law; competition; antimonopoly law; business entity; dominant position; abuse of a dominant position; antimonopoly body; prescription; trade practice rules; trading activity; stock trading.

Cite as: Ashfa DM. Pravila trgovoy praktiki v konkurentnom prave [Trade Practice Rules in Competition Law]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2023;18(3):101-114. DOI: 10.17803/1994-1471.2023.148.3.101-114. (In Russ., abstract in Eng.).

Антимонопольное регулирование всегда исходило из необходимости применения прямых запретов и ограничений для экономической деятельности только тех хозяйствующих субъектов, которые ограничивают конкуренцию для целей обеспечения свободы осуществления деятельности всеми лицами, а также защиты и развития конкуренции в целом. При этом в зависимости от существующих и потенциальных угроз функционированию товарных рынков в конкурентном праве выделяют гражданско-правовые, административные и уголовно-правовые способы защиты конкуренции¹.

С позиции экономической науки на тех товарных рынках, где барьеры входа отсутствуют, существует свобода перемещения ресурсов между отраслями и количество участников рынка может непрерывно изменяться. Однако в том случае, когда возникают барьеры входа, не все участники могут войти на товарный рынок. Если такие барьеры становятся слишком высокими, товарный рынок оказывается заблокированным и первоначальные участники рынка могут полу-

чать сверхприбыль за счет недопущения новых конкурентов².

Из этого следует, что во многом именно по указанным причинам экономическая теория связывает появление антимонопольного регулирования с необходимостью эпизодического государственного вмешательства в процессы экономического воспроизводства на товарных рынках для внесения коррективов в поведение нарушителей³.

В связи с этим, как отмечает С. А. Пузыревский, юридическое равенство участников гражданских правоотношений — при экономическом неравенстве хозяйствующих субъектов на товарном рынке — превращается в полную фикцию и не может быть реализовано. Поэтому для обеспечения подлинного равенства участников рыночных отношений включаются механизмы публично-правового регулирования, содержащиеся в антимонопольном законодательстве⁴.

При этом А. Ю. Кинёв обоснованно указывает на то, что воздействие на нарушителей антимонопольного законодательства посредством при-

¹ См.: Конкурентное право России : учебник / отв. ред. С. А. Пузыревский. М. : Проспект, 2021. С. 477.

² См.: Розанова Н. М. Теория отраслевых рынков : учебник для академического бакалавриата : в 2 ч. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2016. Ч. 1. С. 23.

³ См.: Князева И. В. Эволюция антимонопольной политики и процессов концентрации на товарных рынках : дис. ... д-ра экон. наук. Новосибирск, 2002. С. 34.

⁴ См.: Пузыревский С. А. Некоторые аспекты определения отраслевой самостоятельности конкурентного права // Юрист. 2016. № 1. С. 20–26.

менения административно-правовых санкций, предусмотренных КоАП РФ, является наиболее эффективной мерой, что связано с недостаточным уровнем развития уголовно-правовых мер противодействия ограничению конкуренции⁵.

Вместе с тем верной представляется также точка зрения О. В. Мильчаковой о том, что дополнение полномочий антимонопольных органов применять к хозяйствующим субъектам превентивные меры связано с общим развитием современного антимонопольного регулирования, ориентированного на правовое просвещение, которое нередко является более результативным, чем административные штрафы и судебные разбирательства⁶.

Одновременно нельзя не согласиться с Е. Ю. Борзило, что во многих случаях хозяйствующие субъекты, в том числе занимающие доминирующее положение, узнают об антимонопольных рисках только тогда, когда сталкиваются с их последствиями, то есть по результатам рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства⁷.

С этих позиций немаловажным способом предупреждения нарушений антимонопольного законодательства, в том числе со стороны доминирующих на товарных рынках хозяйствующих субъектов, можно считать применение правил торговой практики, также именуемых в литературе по конкурентному праву как коммерческие, торгово-сбытовые или маркетинговые политики⁸.

Применительно к правовому обеспечению правил торговой практики следует учитывать требования, содержащиеся в п. 1 ст. 9 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования тор-

говой деятельности в Российской Федерации»⁹ (далее — Закон о торговле), согласно которым хозяйствующий субъект, осуществляющий торговую деятельность путем организации торговой сети, обязан обеспечить хозяйствующему субъекту, осуществляющему поставки продовольственных товаров, доступ к информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки товаров и о существенных условиях такого договора путем размещения соответствующей информации на своем сайте в сети «Интернет».

Таким образом, Закон о торговле фактически закрепляет обязанность торговых сетей разрабатывать и публиковать правила торговой практики для своих контрагентов в открытом доступе.

При этом следует обратить внимание, что главой 3 Закона о торговле установлены специальные антимонопольные требования к хозяйствующим субъектам, осуществляющим торговую деятельность, а также поставки продовольственных товаров. Основные требования для таких хозяйствующих субъектов содержатся в ст. 13 Закона о торговле, к которым относятся запреты:

— на создание дискриминационных условий, определяемых в соответствии с Федеральным законом от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁰ (далее — Закон о защите конкуренции);

— создание препятствий для доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка других хозяйствующих субъектов;

— нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

⁵ См.: Кинёв А. Ю. Административно-правовая защита конкуренции: проблемы и пути совершенствования : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 204.

⁶ См.: Мильчакова О. В. Предостережения и предупреждения антимонопольного органа // Процедуры в конкурентном праве : учебное пособие / отв. ред. С. А. Пузыревский. М. : Проспект, 2019. Гл. 4. С. 81.

⁷ См.: Борзило Е. Ю. Отдельные аспекты определения коллективного доминирующего положения на рынке и применения его последствий // Евразийский юридический журнал. 2018. № 12 (127). С. 157–159.

⁸ См.: Хохлов Е. С. Меры предупредительного воздействия на хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение // Закон. 2017. № 4. С. 132–140.

⁹ СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

¹⁰ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

Отдельное внимание в п. 4 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле уделено запрету на навязывание контрагентам условий договора, не относящихся к предмету договора, которым установлен емкий перечень таких недопустимых действий.

Рассматриваемой категории хозяйствующих субъектов также запрещено заключать между собой для осуществления торговой деятельности договор, по которому товар передается для реализации третьему лицу без перехода к такому лицу права собственности на товар, в том числе договор комиссии, договор поручения, агентский договор или смешанный договор, содержащий элементы одного или всех таких договоров (п. 5 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле).

Последним недопустимым условием является заключение договора, содержащего условие о возврате хозяйствующему субъекту, осуществившему поставки продовольственных товаров, таких товаров, на которые срок годности установлен до 30 дней включительно, либо о замене таких товаров на такие же товары, либо о возмещении их стоимости, за исключением случаев, если иное допускается или предусмотрено законодательством Российской Федерации (п. 6 ч. 1 ст. 13 Закона о торговле).

Вместе с тем, как верно было отмечено А. В. Молчановым, специальный характер антимонопольных запретов, приведенных в ст. 13 Закона о торговле, связан с особым статусом их адресатов: 1) хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети; 2) хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров в торговые сети. Кроме того, автором обоснованно сделан вывод, что специальный характер антимонопольных запретов, указанных в ст. 13 Закона о торговле, состоит в

том, что они не требуют установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном рынке¹¹.

В этой связи важно заметить, что для снижения рисков злоупотреблений именно со стороны хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение, ФАС России были инициированы поправки¹² к Закону о защите конкуренции (далее — Проект поправок), в том числе подробно определяющие порядок разработки, утверждения и опубликования правил торговой практики доминирующими субъектами.

Основной причиной предложения ФАС России Проекта поправок стали дела о злоупотреблении нефтяными компаниями доминирующим положением на рынках реализации нефтепродуктов. При этом выдача антимонопольным органом нефтяным компаниям предписаний о разработке и согласовании правил торговой практики позволила обеспечить недискриминационный доступ к данным товарам¹³.

ФАС России предлагала закрепить следующие основные положения для правил торговой практики доминирующих хозяйствующих субъектов:

- характеристика товара, на рынке которого хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение;
- принципы определения цены и оплаты товара;
- сведения о минимальных и максимальных объемах реализации товара;
- существенные условия договора о реализации товара;
- порядок заключения и отказа от заключения договора поставки товара.

Перечисленные положения правил торговой практики предполагалось закрепить в рамках

¹¹ См.: Молчанов А. В. Антимонопольные требования к осуществлению торговой деятельности // Правовое регулирование торговой и закупочной деятельности : учебник / отв. ред. Л. В. Андреева. М. : Проспект, 2022. Гл. 3, § 3. С. 155.

¹² См.: проект федерального закона № 602468-6 «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и иные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (если не указано иное, документы в настоящей статье приводятся в соответствии с СПС «КонсультантПлюс»).

¹³ См.: Пузыревский С. А. О спорах ФАС с нефтяными компаниями // Конкуренция и право. 2010. № 1. С. 15.

ст. 10 Закона о защите конкуренции для целей повышения прозрачности деятельности и недопущения дискриминации доминирующими хозяйствующими субъектами своих контрагентов. Правила торговой практики должны были быть разработаны доминирующими хозяйствующими субъектами в срок, установленный в предписании (не менее трех и не более шести месяцев), и утверждены решением исполнительного органа хозяйственного общества, иного органа (руководителя) юридического лица в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

При этом А. Г. Цыганов обратил внимание, что, исходя из сложившейся практики ФАС России, предлагаемые Проектом поправки положения являются сбалансированными для прохождения корпоративных процедур, связанных с разработкой, утверждением и опубликованием хозяйствующими субъектами правил торговой практики на своем сайте в сети «Интернет» и такой порядок не влечет для них существенных инвестиционных и временных затрат¹⁴.

Кроме того, как отметил С. А. Пузыревский, немаловажным стимулом законодательной регламентации порядка разработки и утверждения правил торговой практики послужили дела, рассмотренные ФАС России в отношении международных фармацевтических компаний, в связи с чем в Проект поправок были включены нормы, носящие антикоррупционный характер¹⁵.

В частности, в дополнение к основаниям, приведенным в ч. 2 ст. 10 и ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции, закрепляющим право доминирующих хозяйствующих субъектов обосновывать допустимость своих действий на товарном рынке, предлагалось включить норму о том, что отказ от заключения договора может быть признан обоснованным, если он обусловлен соблюдением хозяйствующими субъектами требований антикоррупционного законодательства иностранного государства, если такие требования соответствуют международным дого-

ворам, заключенным с участием России, или законодательству Российской Федерации.

Примечательно, что включение этой нормы в Проект поправок являлось результатом обобщения практики ФАС России по делам о злоупотреблении доминирующим положением, при рассмотрении которых возникли вопросы о соотношении антикоррупционного и антимонопольного законодательства. Такой вопрос впервые был поднят в Российской Федерации в 2010 г. при рассмотрении ФАС России дела в отношении фармацевтической компании «Ново Нордиск». Антимонопольным органом было установлено, что данная компания злоупотребила доминирующим положением на рынке производства лекарственных препаратов путем отказа контрагенту в заключении договора поставки. Вместе с тем в обоснование правомерности своего отказа компания «Ново Нордиск» указала, что в своей деятельности она обязана соблюдать требования в том числе американского антикоррупционного законодательства, содержащего обязанность проведения экспертизы в отношении действующих и потенциальных контрагентов. Процедура антикоррупционной экспертизы и право на отказ от заключения договора с контрагентами были предусмотрены в торгово-сбытовой политике компании «Ново Нордиск».

При этом ФАС России выявила, что: а) процедура проверки компанией «Ново Нордиск» контрагентов не содержала детальных критериев, б) требования к деловой репутации контрагентов, включая их антикоррупционную экспертизу, не были предусмотрены законодательством Российской Федерации. При таких обстоятельствах ФАС России признала компанию «Ново Нордиск» нарушившей п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции путем экономически и технологически необоснованного отказа от заключения договора поставки и предписала исключить из торгово-сбытовой политики положения об антикоррупционной экспертизе контр-

¹⁴ См.: Цыганов А. Торговые практики хозяйствующих субъектов — направление развития конкурентной политики // Экономическая политика. 2013. № 5. С. 73–80.

¹⁵ См.: Пузыревский С. А. Поправки в антимонопольное законодательство: содержание и ожидаемые последствия // Хозяйство и право. 2013. № 12 (443). С. 3–18.

агентов, а также обязанности соблюдать требования, не предусмотренные законодательством Российской Федерации, и возможности отказа от заключения договора в случае несоблюдения контрагентами данных требований¹⁶.

Вместе с тем по результатам обжалования решения и предписания в судебном порядке между ФАС России и компанией «Ново Нордиск» было заключено мировое соглашение, по условиям которого антимонопольный орган согласился с тем, что компания «Ново Нордиск», как доминирующий субъект, вправе проводить проверки своих контрагентов на предмет соблюдения ими требований иностранного и российского антикоррупционного законодательства, не допуская при этом злоупотребления своим доминирующим положением. Одновременно компания «Ново Нордиск» исполнила предписание, выданное ФАС России, путем принятия новых правил торговой практики, в том числе закрепляющих критерии и процедуру оценки контрагентов, а также условия о соблюдении ими принципов корпоративной этики компании «Ново Нордиск» с правом расторжения договора при их нарушении¹⁷.

Можно констатировать, что по результатам рассмотрения данного дела ФАС России были сформированы наиболее общие принципы соотношения антикоррупционного и антимонопольного законодательства и практически одновременно с рассмотрением дела в отношении компании «Ново Нордиск» в российском антикоррупционном законодательстве произошли существенные изменения.

Так, в 2012 г. Российской Федерацией была ратифицирована Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств при совершении международных коммерческих сделок¹⁸, а с 1 января 2013 г. вступили в силу изменения и дополнения в

Федеральном законе от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»¹⁹, которыми была введена новая статья 13.3, содержащая обязанность организаций принимать меры по предупреждению коррупции.

Вскоре, в развитие новых требований, Министерство труда и социальной защиты РФ утвердило Методические рекомендации по разработке и принятию организациями мер по предупреждению и противодействию коррупции²⁰, где министерством были разъяснены, в том числе следующие вопросы:

— в п. 2 разд. II обращено внимание на возможность применения к российским организациям норм и ограничений, предусмотренных не только законодательством Российской Федерации, но и законодательными актами о противодействии коррупции иностранных государств, включая Закон США «О коррупционных практиках за рубежом» (Foreign Corrupt Practices Act 1977) и Закон Великобритании «О борьбе со взяточничеством» (UK Bribery Act 2010);

— в п. 8 разд. IV указано на необходимость внедрения в организациях процедур проверки контрагентов, в том числе сбора и анализа имеющихся в открытом доступе информации и сведений о потенциальных контрагентах (об их деловой репутации, о продолжительности осуществляемой деятельности на товарных рынках, об участии в коррупционных нарушениях).

Исходя из этого, можно констатировать, что к 2013 г. в российском правовом порядке официально были признаны требования об антикоррупционной экспертизе контрагентов, которые ранее содержались в иностранных законах. Примечательно, что в том же году на рассмотрении ФАС России оказался ряд дел о злоупотреблении доминирующим положением, связанных с соотношением антикоррупционного и антимонопольного законодательства, по результа-

¹⁶ См.: решение и предписание ФАС России по делу от 06.10.2010 № 1 10/91-10.

¹⁷ См.: определение Арбитражного суда г. Москвы от 28.07.2011 по делу № А40-148956/10-92-998.

¹⁸ СЗ РФ. 2012. № 17. Ст. 1899.

¹⁹ СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

²⁰ См.: Методические рекомендации по разработке и принятию организациями мер по предупреждению и противодействию коррупции, утв. Минтрудом России // URL: <https://mintrud.gov.ru/ministry/programms/anticorruption/015/0> (дата обращения: 20.08.2022).

там обжалования которых суды признали обоснованной позицию ФАС России о признании фармацевтических компаний нарушителями.

В первом деле ФАС России был признан экономически необоснованным отказ ЗАО «Компания “Бакстер”» в заключении с контрагентом договора на поставку лекарственного препарата, поскольку ее торгово-сбытовая политика не содержала критериев отбора контрагентов, сроков и процедур рассмотрения предложений, порядка взаимодействия с ними и оснований для прекращения дистрибьюторских отношений. Кроме того, антимонопольным органом и судом было учтено, что ЗАО «Компания “Бакстер”» не представила доказательств о вовлечении контрагента в коррупционные нарушения²¹.

В другом деле ФАС России признала компанию «Тева Фармасьютикал Индастриз Лимитед» нарушителем, поскольку ее требования к контрагенту об обязательности прохождения проверки по американскому антикоррупционному закону как условие заключения договора поставки лекарственного препарата не могли относиться к его предмету и не могли являться экономически или технологически обоснованными исходя из того, что контрагент, как российское юридическое лицо, обязан соблюдать антикоррупционное законодательство Российской Федерации²².

В следующем деле, что характерно — снова рассмотренном ФАС России в отношении компании «Ново Нордиск», действия по включению в договор поставки лекарственного препарата требований о прохождении контрагентами проверок на соблюдение российского антикоррупционного законодательства (а не американского, как в первом случае) были признаны невыгодными для контрагента и не относящимися к предмету договора. Антимонопольный орган и суды указали, что в целях применения административной ответственности в контексте Зако-

на о противодействии коррупции необходимо установить, что противоправные действия осуществлялись «от имени и в интересах» компании «Ново Нордиск», но исследуемый договор поставки этого не предполагал²³.

Таким образом, из представленных решений можно сделать вывод: ФАС России и суды исходят из того, что действия контрагентов, связанные с последующей перепродажей товара, не затрагивают прав фармацевтических компаний-производителей с точки зрения административной ответственности, предусмотренной статьей 19.28 КоАП РФ за коррупционные нарушения.

Вместе с тем примечательно, что в целях содействия фармацевтическим компаниям в минимизации антимонопольных рисков при взаимодействии с контрагентами ФАС России были приняты соответствующие рекомендации, определяющие в том числе правомерные и обоснованные критерии отбора контрагентов и основания для прекращения работы с ними²⁴.

Применительно к правилам торговой практики также следует отметить, что ФАС России предлагала два способа их разработки и утверждения доминирующими хозяйствующими субъектами для целей недопущения злоупотребления таким положением: добровольный и принудительный.

Так, принудительный порядок означал, что по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства путем злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке или в рамках государственного контроля за экономической концентрацией ФАС России могла бы выдавать хозяйствующим субъектам — ответчикам по делу о нарушении антимонопольного законодательства или представляющим в антимонопольный орган ходатайство или уведомление о совершении сделки (иного действия) предписания о разработке и об опубликовании правил торговой практики

²¹ См.: постановление АС МО от 23.06.2015 по делу № А40-72433/2014.

²² См.: постановление ВС РФ от 09.11.2015 по делу № А40-42997/2014.

²³ См.: постановление АС г. Москвы от 25.03.2014 по делу № А40-154847/2013.

²⁴ См.: Рекомендации ФАС России по разработке и применению коммерческих политик хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение на рынках лекарственных средств и рынках медицинских изделий (одобрены Президиумом ФАС России 17.06.2015).

в целях обеспечения недискриминационного доступа к товару, на рынке которого такой хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение. Следовательно, принудительный порядок разработки и опубликования доминирующим хозяйствующим субъектом правил торговой практики носил бы крайне ограниченный характер, поскольку являлся бы допустимым, только когда при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при государственном контроле за сделками экономической концентрации антимонопольный орган приходил бы к выводам, что выдача предписания, содержащего требование об утверждении правил торговой практики, является разумным и сбалансированным способом обеспечения конкуренции на рынке.

Однако, несмотря на то, что предлагаемые ФАС России законодательные поправки фактически закрепляли уже сложившиеся подходы к применению правил торговой практики доминирующими хозяйствующими субъектами как в добровольном, так и принудительном порядке — при выдаче предписаний по результатам рассмотрения ходатайств о согласовании сделок, подлежащих государственному контролю экономической концентрации²⁵, и по результатам рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства²⁶, они были изъяты из Проекта поправок и не получили нормативного закрепления в Законе о защите конкуренции, в том числе по причине критики отдельных

федеральных органов исполнительной власти и бизнес-сообщества²⁷.

Антимонопольные эксперты с экономических позиций тоже возражали против принудительного порядка разработки и опубликования правил торговой практики доминирующими на товарных рынках хозяйствующими субъектами.

Так, Т. А. Радченко и А. Е. Шаститко утверждают, что вмешательство ФАС России в деятельность доминирующих хозяйствующих субъектов может приводить к подмене поставленной перед антимонопольным органом цели, поскольку вместо защиты и развития конкуренции, правила торговой практики, предписываемые антимонопольным органом, могли бы обеспечивать права и интересы отдельных групп потребителей, включая удовлетворение спроса конкретных участников рынка²⁸.

Согласно мнению С. Б. Авдашевой и А. А. Курдина, выдача ФАС России доминирующему хозяйствующему субъекту предписания о принятии правил торговой практики в принудительном порядке в долгосрочной перспективе может привести к снижению стимулов и утрате способностей такого субъекта к поиску новых контрагентов и переговорам с действующими контрагентами²⁹.

Приведенные экспертные оценки, на наш взгляд, являются не вполне корректными, поскольку принятие доминирующим хозяйствующим субъектом правил торговой практики в принудительном порядке, в целях исполнения

²⁵ См.: решение и предписание ФАС России от 01.04.2011 № ИА/11899 по результатам рассмотрения ходатайства ОАО «Уралкалий» о присоединении к нему ОАО «Сильвинит»; решение и предписание ФАС России от 05.12.2014 № АЦ/49949/14 по результатам рассмотрения ходатайства ЗАО «Евроцемент груп» о приобретении 100 % голосующих акций ОАО «Мордовцемент».

²⁶ См.: решение и предписание ФАС России от 25.03.2011 № 110/89-10 по делу о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «ЕвразХолдинг», ЗАО «Распадская угольная компания» и ОАО «Северсталь»; решение и предписание ФАС России от 23.12.2011 № 1 10/171-11 по делу о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ОАО «ТНК-ВР Холдинг».

²⁷ См.: *Мартемьянов В. В.* Торговая практика компании: возможности и последствия // Конкуренция и право. 2014. № 2. С. 13–16.

²⁸ См.: *Радченко Т., Шаститко А.* Регламентация торговой политики частной компании: теория, практика и выводы для антитраста // Экономическая политика. 2013. № 5. С. 81–105.

²⁹ См.: *Авдашева С., Курдин А.* Задачи торговых политик частных компаний как инструмента регулирования и развития конкуренции: мировой опыт и попытка прогноза // Экономическая политика. 2013. № 5. С. 106–126.

предписания ФАС России, не означает прямого государственного регулирования деятельности определенного доминирующего субъекта на постоянной основе, а направлено на обеспечение конкуренции на соответствующем товарном рынке и допустимо в случае установления факта злоупотребления доминирующим положением, что подтверждается положениями Закона о защите конкуренции и судебной практикой. Так, в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции, ФАС России выдает хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания: о прекращении злоупотребления доминирующим положением на товарном рынке (пп. «б» п. 2 ч. 1 ст. 23); о заключении договоров, об изменении условий договоров или о расторжении договоров (пп. «и» п. 2 ч. 1 ст. 23); по результатам рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства (ст. 50).

При этом важно учитывать правовую позицию Верховного Суда РФ о том, что, прекращая нарушение, антимонопольный орган не вправе в рамках его компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. Однако антимонопольный орган вправе определить допустимое поведение в конкретных гражданско-правовых отношениях, предложив сторонам заключить договор или привести условия договора в соответствие с решением, принятым после рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе путем указания в предписании мер об установлении (об изменении, о прекращении) гражданских прав и обязанностей для конкретных сторон³⁰.

В контексте изложенного необходимо учитывать, что, поскольку многие хозяйствующие субъекты, особенно занимающие доминирующее положение, продолжают разрабатывать и после согласования с антимонопольным органом, применять правила торговой практики,

ФАС России дала разъяснения, закрепляющие подходы к разработке, утверждению и опубликованию таких правил³¹.

ФАС России рассматривает правила торговой практики как документ, который определяет основные принципы реализации товара хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке. Одновременно утверждается, что доминирующему на товарном рынке хозяйствующему субъекту необходимо добросовестно соблюдать принятые правила торговой практики, в том числе не дискриминировать контрагентов, не допускать злоупотребления своими правами при осуществлении проверок потенциальных и действующих контрагентов, поскольку, если доминирующий хозяйствующий субъект будет совершать действия, противоречащие нормам Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган будет оценивать такие действия на предмет нарушения ст. 10 данного Закона.

По этим причинам, в целях минимизации антимонопольных рисков доминирующего хозяйствующего субъекта, важно содержание правил торговой практики, которые должны включать:

— процесс отбора контрагентов, который должен регламентировать все этапы рассмотрения заявок о заключении договоров; содержать информацию о должностных лицах, которые оказывают влияние на принятие решений, входят в комиссию по рассмотрению заявок, о предельном сроке рассмотрения таких заявок, о сроках рассмотрения заявок на каждой стадии проверки, о продлении сроков проверки на каждой стадии с обоснованием возможных причин;

— процесс взаимодействия с контрагентами и коммерческие условия, которые могут включать объемы поставок и ассортимент товаров, процедуру формирования цены и оплаты, условия предоставления скидок и премий;

³⁰ См.: п. 47 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2021. № 5.

³¹ 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).

— порядок и закрытый перечень оснований прекращения взаимодействия доминирующего хозяйствующего субъекта с его контрагентами.

Таким образом, можно сделать вывод, что правила торговой практики следует рассматривать как акты поднормативного регулирования, поскольку они основываются на требованиях антимонопольного законодательства, устава хозяйствующего субъекта (коммерческой корпоративной организации) и не должны противоречить им. Можно констатировать, что указанные документы закрепляют обязательные правила локального характера и не нуждаются в государственном санкционировании, а подлежат утверждению на основании решений органов управления коммерческих корпораций (совета директоров).

Вместе с тем в литературе по конкурентному праву верно отмечается, что в целях защиты конкуренции наибольший интерес представляют правила торговых практик, которые способны негативно повлиять на конкуренцию и, следовательно, должны быть скорректированы³².

Руководитель ФАС России М. А. Шаскольский подчеркивает, что антимонопольный орган не ставит целью взыскать как можно больше административных штрафов, а стремится обеспечить справедливые, понятные и равные для участников рынка правила, прежде всего на наиболее социально значимых товарных рынках, в том числе продуктов питания, стройматериалов, топлива и лекарственного обеспечения³³.

В этой связи можно заметить, что ФАС России были скорректированы принципы экономического анализа практик ценообразования доми-

нирующих хозяйствующих субъектов, которые в текущих экономических условиях будут отдавать приоритет балансу спроса и предложения на внутреннем рынке. Данный подход объясняется тем, что практика ценообразования на российские товары не может быть основана только на иностранных биржевых индикаторах, поскольку это может привести к необоснованному росту цен. Одновременно ФАС России исходит из того, что практики ценообразования доминирующих субъектов, учитывающие индикаторы, сложившиеся на зарубежных рынках, могут быть признаны допустимыми, только если они исключают возможность возникновения отрицательных последствий для внутреннего рынка³⁴.

Важно отметить, что, определяя организационную (биржевую) торговлю в качестве одного из основных принципов функционирования товарных рынков, государство относит ее развитие к приоритетным задачам, которые закреплены в Указе Президента РФ от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции»³⁵ и Национальном плане развития конкуренции в РФ на 2021–2025 годы³⁶, которыми предусмотрено создание в Российской Федерации отвечающего международным стандартам биржевого товарного рынка фьючерсных контрактов и создание условий для реализации биржевых товаров на экспорт на российских биржах за рубли.

Так, во исполнение данных задач ФАС России был разработан проект «дорожной карты» развития биржевой торговли, которым предусматривается расширение количества товарно-сырьевой продукции: лесопродукции, водных

³² См.: Шастинко А. Е. Торговая практика компании как политика по соблюдению требований антимонопольного законодательства // Корпоративный юрист. Ежеквартальное приложение. 2012. № 10. С. 46–49.

³³ См.: Шаскольский М. А. «Пятый антимонопольный пакет», гостиничные услуги, итоги работы в 2021 году и планы ведомства на ближайшее будущее // Российское конкурентное право и экономика. 2022. № 1. С. 8–11.

³⁴ См.: Принципы экономического анализа практик ценообразования на предмет их соответствия Закону о защите конкуренции. 2021.

³⁵ См.: Указ Президента РФ от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» (вместе с Национальным планом развития конкуренции в Российской Федерации на 2018–2020-е годы) // СЗ РФ. 2017. № 52 (ч. 1). Ст. 8111.

³⁶ См.: распоряжение Правительства РФ от 02.09.2021 № 2424-р «Об утверждении Национального плана (“дорожной карты”) развития конкуренции в Российской Федерации на 2021–2025 годы».

биологических ресурсов, продуктов нефтегазохимии и ряда других³⁷.

При этом, как справедливо отметил А. Н. Голомолзин, биржевая торговля является многоплановым инструментом роста результативности экономики на основе повышения прозрачности ценообразования, создания механизмов хеджирования валютных рисков, а также перераспределения капитала между финансовым и реальным сектором экономики³⁸.

Рассматриваемые изменения о необходимости обеспечения приоритета поставок товаров на внутренний рынок закономерно повлияли и на подходы к разработке и применению некоторыми хозяйствующими субъектами правил торговой практики. В частности, 30 марта 2022 г. ФАС России были согласованы первые правила торговой практики, в соответствии с которыми хозяйствующий субъект добровольно принял на себя обязательства соблюдать приоритетность поставок товаров на внутренний рынок и при формировании ценообразования не учитывать иностранные биржевые индикаторы.

Так, ФАС России отмечено, что согласованные для ООО «Газпромнефть — Битумные материалы» новые правила торговой практики, учитывающие при определении стоимости битума только российские биржевые и внебиржевые индикаторы, будут оказывать содействие многим государственным заказчикам в определении начальной максимальной цены контрактов

при осуществлении закупок на строительство дорог и иной социально значимой инфраструктуры, что позволит не допустить необоснованного роста цен в сфере строительства. При этом другие участники рынка сообщили о намерении в ближайшее время также согласовать с ФАС России проекты своих правил торговой практики³⁹.

Продолжением тенденции к разработке и согласованию с ФАС России правил торговой практики с приоритетом потребностей внутреннего рынка в последнее время стали поручения Правительства РФ в сфере производства и реализации отдельных видов удобрений⁴⁰ и серы⁴¹.

Следует отметить, что в целях исполнения поручения Правительства РФ в сфере реализации удобрений ФАС России были утверждены методические рекомендации по разработке правил торговой практики для производителей минеральных удобрений⁴². Так, производителям рекомендуется разработать и согласовать с антимонопольным органом такие торгово-сбытовые политики, которые будут предусматривать предельные цены реализации данных видов удобрений, сформированных на основании базовых цен — средней стоимости за период с мая по июль 2021 г. и индексации ниже существующего уровня инфляции.

Вместе с тем в целях исполнения поручения Правительства РФ в сфере реализации серы ФАС России были утверждены методические

³⁷ См.: ФАС — от леса до нефтегазохимии: в России может появиться отечественный аналог зарубежной биржи природными ресурсами // URL: <https://fas.gov.ru/news/32048> (дата обращения: 20.08.2022).

³⁸ См.: Голомолзин А. Н. О конкуренции и регулировании: теория, история, практика, перспективы. М. : РГ-Пресс, 2021. С. 165.

³⁹ См.: ФАС согласовала первую торговую политику с отказом от нетбэка и привязки к курсам иностранных валют // URL: <https://fas.gov.ru/news/31885> (дата обращения: 20.08.2022).

⁴⁰ См.: постановление Правительства РФ от 30.05.2022 № 990 «О введении временного количественного ограничения на вывоз отдельных видов удобрений и внесении изменения в категории товаров, в отношении которых не применяются предусмотренные Таможенным кодексом Евразийского экономического союза неполное таможенное декларирование и периодическое таможенное декларирование».

⁴¹ См.: постановление Правительства РФ от 06.08.2022 № 1392 «О введении временного количественного ограничения на экспорт отдельных видов серы и внесении изменений в отдельные акты Правительства РФ».

⁴² См.: приказ ФАС России от 31.05.2022 № 417/22 «Об утверждении методических рекомендаций по разработке торгово-сбытовых политик, предусматривающих реализацию азотных и азотосодержащих удобрений».

рекомендации для участников внешнеторговой деятельности, осуществляющих производство серы⁴³. По оценкам антимонопольного органа, 80 % серы в промышленности идет на производство серной кислоты. При этом 78 % серной кислоты идет на изготовление минеральных удобрений в целях осуществления посевных работ российскими аграриями. С учетом этого, ФАС России в своих рекомендациях исходит из того, что производителям серы следует разработать и применять торгово-сбытовые политики, которые будут устанавливать предельные цены реализации серы для российских производителей минеральных удобрений, которые осуществляют их поставки на внутренний рынок. Данные предельные цены формируются на основании уровня средних цен на серу, сложившихся в мае — июле 2021 г. и их индексации, как и для минеральных удобрений.

Представляется, что приведенные подходы к разработке и применению торгово-сбытовых политик позволят стабилизировать цены на минеральные удобрения и на серу на внутреннем рынке и, как следствие, не допустить ограничения конкуренции на соответствующих товарных рынках.

Между тем в текущих условиях изменения структуры товарных рынков, в качестве общих правил к торгово-сбытовым политикам, следует учитывать рекомендации ФАС России о включении хозяйствующими субъектами в такие корпоративные документы ряда принципов

ответственного ценообразования: соблюдение приоритета интересов российских потребителей и недопущение сокращения объема поставок при наличии спроса; заключение долгосрочных контрактов с использованием механизмов сглаживания цен при их высокой волатильности фиксированными ценами и объемами поставок; повышение цен соразмерно повышению расходов, а также снижение ранее установленных цен при снижении расходов⁴⁴.

В завершение необходимо сделать вывод о том, что применение правил торговой практики может обеспечивать хозяйствующим субъектам, в том числе занимающим доминирующее положение, должную осмотрительность в их действиях на товарном рынке, не дискриминировать и не допускать нарушений в процессе проверок действующих и потенциальных контрагентов. При этом антимонопольный орган получает возможность сбалансированного вмешательства в деятельность доминирующего хозяйствующего субъекта для создания равных условий в целях защиты и развития конкуренции.

Таким образом, несмотря на отсутствие прямого закрепления процедуры разработки, утверждения и опубликования правил торговой практики в рамках Закона о защите конкуренции, рассматриваемый внутренний документ имеет немаловажное значение для целей соблюдения хозяйствующими субъектами антимонопольного законодательства и предупреждения его нарушения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Авдашева С., Курдин А. Задачи торговых политик частных компаний как инструмента регулирования и развития конкуренции: мировой опыт и попытка прогноза // Экономическая политика. — 2013. — № 5. — С. 106–126.
2. Борзило Е. Ю. Отдельные аспекты определения коллективного доминирующего положения на рынке и применения его последствий // Евразийский юридический журнал. — 2018. — № 12 (127). — С. 157–159.

⁴³ См.: приказ ФАС России от 08.08.2022 № 572/22 «Об утверждении методических рекомендаций по разработке торгово-сбытовых политик, предусматривающих реализацию серы для производства минеральных удобрений, поставляемых на внутренний рынок Российской Федерации».

⁴⁴ См.: ФАС: компаниям сто́ит включать принципы ответственного ценообразования в свои торгово-сбытовые политики // URL: <https://fas.gov.ru/news/32024> (дата обращения: 20.08.2022).

3. Голомолзин А. Н. О конкуренции и регулировании: теория, история, практика, перспективы. — М. : РГ-Пресс, 2021. — 176 с.
4. Кинёв А. Ю. Административно-правовая защита конкуренции: проблемы и пути совершенствования : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2014. — 329 с.
5. Князева И. В. Эволюция антимонопольной политики и процессов концентрации на товарных рынках : дис. ... д-ра экон. наук. Новосибирск. — 2002. — 447 с.
6. Конкурентное право России : учебник / отв. ред. С. А. Пузыревский. — М. : Проспект, 2021. — 640 с.
7. Мартемьянов В. В. Торговая практика компании: возможности и последствия // Конкуренция и право. — 2014. — № 2. — С. 13–16.
8. Мильчакова О. В. Предостережения и предупреждения антимонопольного органа // Процедуры в конкурентном праве : учебное пособие / отв. ред. С. А. Пузыревский. — М. : Проспект, 2019. — 296 с.
9. Молчанов А. В. Антимонопольные требования к осуществлению торговой деятельности // Правовое регулирование торговой и закупочной деятельности : учебник / отв. ред. Л. В. Андреева. — М. : Проспект, 2022. — 336 с.
10. Пузыревский С. А. Некоторые аспекты определения отраслевой самостоятельности конкурентного права // Юрист. — 2016. — № 1. — С. 20–26.
11. Пузыревский С. А. О спорах ФАС с нефтяными компаниями // Конкуренция и право. — 2010. — № 1.
12. Пузыревский С. А. Поправки в антимонопольное законодательство: содержание и ожидаемые последствия // Хозяйство и право. — 2013. — № 12 (443). — С. 3–18.
13. Радченко Т., Шаститко А. Регламентация торговой политики частной компании: теория, практика и выводы для антитраста // Экономическая политика. — 2013. — № 5. — С. 81–105.
14. Розанова Н. М. Теория отраслевых рынков : учебник для академического бакалавриата : в 2 ч. Ч. 1. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2016. — 345 с.
15. Хохлов Е. С. Меры предупредительного воздействия на хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение // Закон. — 2017. — № 4. — С. 132–140.
16. Цыганов А. Торговые практики хозяйствующих субъектов — направление развития конкурентной политики // Экономическая политика. — 2013. — № 5. — С. 73–80.
17. Шаскольский М. А. «Пятый антимонопольный пакет», гостиничные услуги, итоги работы в 2021 году и планы ведомства на ближайшее будущее // Российское конкурентное право и экономика. — 2022. — № 1. — С. 8–11.
18. Шаститко А. Е. Торговая практика компании как политика по соблюдению требований антимонопольного законодательства // Корпоративный юрист. Ежеквартальное приложение. — 2012. — № 10. — С. 46–49.

Материал поступил в редакцию 22 августа 2022 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Avdasheva S., Kurdin A. Zadachi torgovykh politik chastnykh kompaniy kak instrumenta regulirovaniya i razvitiya konkurentsii: mirovoy opyt i popytka prognoza // Ekonomicheskaya politika. — 2013. — № 5. — S. 106–126.
2. Borzilo E. Yu. Otdelnye aspekty opredeleniya kollektivnogo dominiruyushchego polozheniya na rynke i primeneniya ego posledstviy // Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal. — 2018. — № 12 (127). — S. 157–159.
3. Golomolzin A. N. O konkurentsii i regulirovanii: teoriya, istoriya, praktika, perspektivy. — M.: RG-Press, 2021. — 176 s.
4. Kinev A. Yu. Administrativno-pravovaya zashchita konkurentsii: problemy i puti sovershenstvovaniya: dis. ... d-ra yurid. nauk. — M., 2014. — 329 s.

5. Knyazeva I. V. Evolyutsiya antimonopolnoy politiki i protsessov kontsentratsii na tovarnykh rynkakh: dis. ... d-ra ekon. nauk. Novosibirsk. — 2002. — 447 s.
6. Konkurentnoe pravo Rossii: uchebnik / otv. red. S. A. Puzyrevskiy. — M.: Prospekt, 2021. — 640 s.
7. Martemyanov V. V. Torgovaya praktika kompanii: vozmozhnosti i posledstviya // Konkurentsia i pravo. — 2014. — № 2. — S. 13–16.
8. Milchakova O. V. Predosterezheniya i preduprezhdeniya antimonopolnogo organa // Protседury v konkurentnom prave: uchebnoe posobie / otv. red. S. A. Puzyrevskiy. — M.: Prospekt, 2019. — 296 s.
9. Molchanov A. V. Antimonopolnye trebovaniya k osushchestvleniyu torgovoy deyatel'nosti // Pravovoe regulirovaniye torgovoy i zakupochnoy deyatel'nosti: uchebnik / otv. red. L. V. Andreeva. — M.: Prospekt, 2022. — 336 s.
10. Puzyrevskiy S. A. Nekotorye aspekty opredeleniya otraslevoy samostoyatel'nosti konkurentnogo prava // Yurist. — 2016. — № 1. — S. 20–26.
11. Puzyrevskiy S. A. O sporakh FAS s neftyanymi kompaniyami // Konkurentsia i pravo. — 2010. — № 1.
12. Puzyrevskiy S. A. Popravki v antimonopolnoye zakonodatel'stvo: sodержanie i ozhidaemye posledstviya // Khozyaystvo i pravo. — 2013. — № 12 (443). — S. 3–18.
13. Radchenko T., Shastitko A. Reglamentatsiya torgovoy politiki chastnoy kompanii: teoriya, praktika i vyvody dlya antitrasta // Ekonomicheskaya politika. — 2013. — № 5. — S. 81–105.
14. Rozanova N. M. Teoriya otraslevykh rynkov: uchebnik dlya akademicheskogo bakalavriata: v 2 ch. Ch. 1. — 3-e izd., pererab. i dop. — M.: Yurayt, 2016. — 345 s.
15. Khokhlov E. S. Mery predupreditelnogo vozdeystviya na khozyaystvuyushchikh subektov, zanimayushchikh dominiruyushchee polozhenie // Zakon. — 2017. — № 4. — S. 132–140.
16. Tsyganov A. Torgovye praktiki khozyaystvuyushchikh subektov — napravlenie razvitiya konkurentnoy politiki // Ekonomicheskaya politika. — 2013. — № 5. — S. 73–80.
17. Shaskolskiy M. A. «Pyatyy antimonopolnyy paket», gostinichnye uslugi, itogi raboty v 2021 godu i plany vedomstva na blizhayshee budushchee // Rossiyskoe konkurentnoe pravo i ekonomika. — 2022. — № 1. — S. 8–11.
18. Shastitko A. E. Torgovaya praktika kompanii kak politika po soblyudeniyu trebovaniy antimonopolnogo zakonodatel'stva // Korporativnyy yurist. Ezhekvartalnoye prilozhenie. — 2012. — № 10. — S. 46–49.