

Д. А. Петров*

КООРДИНАЦИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК ФУНКЦИЯ САМОРЕГУЛИРОВАНИЯ

Саморегулирование представляет собой осуществление специально созданными субъектами ряда полномочий по регулированию на определенных рынках. Такие полномочия должны быть делегированы не только государством как регулятором этого рынка, но и действующими на рынке субъектами, участвующими в системе саморегулирования.

Подобная делегация имеет публичный характер: в первом случае государство, передавая часть полномочий публично-правового характера, имеющих государственно-властное содержание, делится своей компетенцией как субъекта высшего порядка, как главного регулятора рынка; во втором случае участники системы саморегулирования, делясь своими правами, делегируют саморегулируемой организации публичные в определенном экономико-отраслевом значении полномочия, связанные главным образом не с организацией внутривозрастной деятельности, а с взаимодействием с иными участниками (потребителями, органами власти). Эта делегация меняет природу и устройство власти в определенном сегменте рыночного хозяйства, что влечет необходимость установления определенного правопорядка с помощью саморегулируемой организации и вынужденного осуществления последней координации деятельности экономически активных участников этого сегмента рынка.¹

Объем передаваемых полномочий будет различаться в зависимости от используемого в секторе экономики вида саморегулирования — делегированного (полномочия передаются государством и участниками рынка в определяемых государством пределах) или добровольного (полномочия передаются участниками рынка в определяемых ими пределах в законодательно очерченных границах). Но в любом случае саморегулируемая организация будет вынуждена регулирующим образом воздействовать на деятельность участников системы саморегулирования в рамках делегированных ей полномочий.

Саморегулируемые организации фактически координируют деятельность своих участников. Формально Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях»² (далее — Закон о СРО) нормативно не закрепляет за саморегулируемыми организациями такой функции, не использует термин «координация», что отнюдь не означает невозможность и неправомерность осуществления саморегулируемыми организациями координации деятельности их участников.

* Петров Дмитрий Анатольевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ.

© Д. А. Петров, 2012

E-mail: 3772552@mail.ru

¹ Подробнее об этом см.: *Петров Д. А. Правовые и экономические предпосылки саморегулирования в сфере предпринимательства // Российский ежегодник предпринимательского (коммерческого) права. 2009. № 3 / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. В. Ф. Попондопуло. СПб., 2010. С. 197–221.*

² СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

Предпринимательская или профессиональная деятельность субъектов, объединенных в саморегулируемые организации, является предметом саморегулирования (ч. 1 ст. 4 Закона о СРО), именно на нее осуществляется регулирующее воздействие. По сути, деятельность саморегулируемой организации выражается в упорядочивании осуществляемых участниками действий, определении пределов их допустимости и условий осуществления, контроле за участниками и наказании последних за отступление от установленных правил.

При этом сама саморегулируемая организация не вправе осуществлять как предпринимательскую деятельность, так и любые действия, позволяющие ей прямо или косвенно стать участником предпринимательской деятельности, являющейся предметом саморегулирования (ст. 14 Закона о СРО). Такие же по смыслу ограничения установлены в отношении должностных лиц саморегулируемой организации и ее работников. Саморегулируемая организация не вправе осуществлять деятельность и совершать действия, создающие угрозу возникновения или влекущие за собой возникновение конфликта интересов саморегулируемой организации и интересов ее членов (ч. 6 ст. 7 Закона о СРО).

Этим создаются предпосылки для экономической независимости участников системы саморегулирования от саморегулируемой организации как регулятора и для формирования у последней экономического интереса в осуществлении саморегулирования как отдельного вида деятельности, отличающегося от деятельности участников.

Учитывая, что в русском языке координация (от лат. *co* (*sum*) — совместно и *ordinatio* — упорядочение) означает согласование, сочетание, приведение в порядок, в соответствие (действий, понятий, составных частей чего-либо), установление целесообразного соотношения между какими-нибудь действиями, явлениями,³ а ряд закрепленных в ст. 6 Закона о СРО функций саморегулируемая организация обязана осуществлять в силу своего статуса (ч. 5 ст. 6), можно сказать, что саморегулируемая организация фактически координирует экономическую (предпринимательскую) деятельность своих участников.

Такие обязательные к осуществлению функции, как разработка и установление условий членства субъектов предпринимательской или профессиональной деятельности в саморегулируемой организации, применение мер дисциплинарного воздействия в отношении своих членов, осуществление анализа деятельности своих членов, осуществление контроля за предпринимательской или профессиональной деятельностью своих членов в части соблюдения ими требований стандартов и правил саморегулируемой организации, условий членства в саморегулируемой организации, рассмотрение жалоб на действия членов саморегулируемой организации и дела о нарушении ее членами требований стандартов и правил саморегулируемой организации, условий членства в саморегулируемой организации, осуществляются саморегулируемой организацией именно в рамках координации экономической (предпринимательской) деятельности их участников.

Подтверждает данный вывод и норма п. 14 ст. 4 и ч. 3 ст. 11 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁴ (далее — Закон о защите конкуренции), исключая распространение понятия «координация экономической деятельности» на осуществляемые в соответствии с федеральными законами действия

³ Ожегов С. И. Словарь русского языка / Под ред. Н. Ю. Шведовой. 14-е изд., стереотип. М., 1983. С. 261.

⁴ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка.

Координация как вид экономической деятельности допустима. Законодательство не всегда вкладывает негативный оттенок в понятие «координация». В силу ст. 121 ГК РФ коммерческие организации в целях координации их предпринимательской деятельности, а также представления и защиты общих имущественных интересов могут по договору между собой создавать объединения в форме ассоциаций или союзов, являющихся некоммерческими организациями.

Саморегулируемая организация не является организационно-правовой формой юридического лица. Учитывая, что в силу ч. 1 ст. 3 Закона о СРО она является некоммерческой организацией, основанной на членстве, чаще используется организационно-правовая форма некоммерческого партнерства и реже — объединения юридических лиц. Отсутствие в законодательстве оговорки для последнего случая означает возможность осуществления саморегулируемыми организациями координации деятельности своих членов, являющихся коммерческими или некоммерческими организациями.

Если саморегулируемая организация объединяет в своем составе лиц, осуществляющих профессиональную деятельность, организационно-правовая форма объединения юридических лиц использована быть не может, что, тем не менее, не исключает возможность фактической координации саморегулируемой организацией, созданной в форме некоммерческого партнерства, деятельности своих членов.

В редких случаях законодательство предусматривает возможность координации деятельности самих саморегулируемых организаций специально создаваемыми организациями более высокого ранга, что является проявлением общей тенденции гражданского законодательства, допускающего создание некоммерческими организациями объединений юридических лиц (ассоциаций и союзов) в целях координации деятельности их участников (ст. 121 ГК РФ). Так, ст. 24.10 Федерального закона от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»⁵ в целях координации деятельности саморегулируемых организаций оценщиков предусматривает создание ими Национального совета как некоммерческой организации. Статья 34 Федерального закона от 18 июля 2009 г. № 190-ФЗ «О кредитной кооперации»⁶ устанавливает право кредитных кооперативов на добровольной основе объединиться в союзы (ассоциации) кредитных кооперативов в целях координации их деятельности.

Организации, осуществляющие деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, могут создавать объединения в форме ассоциаций (союзов) и в иных предусмотренных законодательством Российской Федерации формах в целях координации своей деятельности, разработки и унификации стандартов и правил профессиональной деятельности медиаторов, правил или регламентов проведения процедуры медиации. Указанные организации могут быть членами саморегулируемых организаций медиаторов.⁷

Координация экономической деятельности может быть антиконкурентной и в силу этого неправомерной. Запрет на координацию предпринимательской

⁵ Там же. 1998. № 31. Ст. 3813.

⁶ Там же. 2009. № 29. Ст. 3627.

⁷ Пункт 2 ст. 16 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

деятельности коммерческих организаций, которая имеет либо может иметь своим результатом ограничение конкуренции, появился в Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»⁸ лишь в 1995 г. Изначально он был адресован только объединениям коммерческих организаций (союзам или ассоциациям), хозяйственным обществам и товариществам, а с 2002 г. распространен на все субъекты. Нарушение указанного запрета рассматривалось в качестве основания для ликвидации в судебном порядке организации, осуществляющей координацию предпринимательской деятельности, по иску антимонопольного органа.

С принятием Закона о защите конкуренции основой квалификации запрета на координацию экономической деятельности стали п. 14 ст. 4 и ч. 3 ст. 11 указанного Закона. Координация экономической деятельности — согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов. Не являются координацией экономической деятельности осуществляемые в соответствии с федеральными законами действия саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка.

Федеральным законом от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁹ (далее — Закон № 401-ФЗ) понятие «координация экономической деятельности» изменено, и с момента вступления в силу указанного Закона (с 6 января 2012 г.) под координацией экономической деятельности надо понимать согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельность на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов. Не являются координацией экономической деятельности действия хозяйствующих субъектов, осуществляемые в рамках «вертикальных» соглашений.

Здесь появилось добавление про неосуществление координатором деятельности на координируемых товарных рынках, что уточняет существующее понятие «вертикальные соглашения».

Недостатком этого нового определения следует считать исключение положения о том, что не являются координацией экономической деятельности осуществляемые в соответствии с федеральными законами действия саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка.

Как утверждают представители ФАС России,¹⁰ «с развитием саморегулирования в ряде случаев антимонопольные органы столкнулись с ситуацией, когда действия саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка приводят к ограничению конкуренции. При этом само полномочие на установление определенных требований предусмотрено непосредственно законодательством Российской Федерации (в том числе в общих чертах Федеральным законом “О саморегулируемых организациях”), а его содержание

⁸ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

⁹ Российская газета. 2011. 9 дек.

¹⁰ Пузыревский С. А. Третий антимонопольный пакет: общая характеристика планируемых изменений антимонопольного законодательства // СПС «КонсультантПлюс».

определяется уже саморегулируемой организацией, исходя из интересов определенной группы ее членов. При этом зачастую исключить требования, установленные саморегулируемой организацией и ограничивающие конкуренцию, в существующих условиях правового регулирования не удастся».

Означенный подход и фактический вводимый запрет саморегулируемым организациям устанавливать для своих членов условия доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка противоречат самому понятию саморегулирования, предполагающему установление требований к осуществлению предпринимательской или профессиональной деятельности, обязательных для выполнения всеми членами саморегулируемой организации. По всей видимости, ФАС России не совсем верно оценивает роль саморегулируемых организаций. Если же есть нарушения со стороны последних, то надо дополнить существующее исключение ограничительными правилами.

И хотя саморегулируемые организации, как это может показаться, институционально не предназначены для координации экономической деятельности их участников, такой эффект в ходе осуществления ими определяемых Законом о СРО функций может иметь место, что накладывает на них обязанность соблюдать вмененные законодателем правила конкурентного поведения.

Согласно ч. 2, 7 ст. 4 Закона о СРО разрабатываемые и утверждаемые саморегулируемой организацией стандарты и правила предпринимательской или профессиональной деятельности в качестве комплекса обязательных для исполнения установлений должны определять требования, препятствующие недобросовестной конкуренции. Документы саморегулируемой организации не должны, кроме прочего, устанавливать преимущества для индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, являющихся учредителями такой организации, а также привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе к разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу у продавцов или покупателей (заказчиков), созданию препятствий к доступу на товарный рынок хозяйствующим субъектам (п. 3, 4 ч. 4 ст. 55.5 Градостроительного кодекса РФ). По сути, указанные запреты аналогичны запретам, устанавливаемым в п. 3, 8 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции применительно к запрету на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов.

В соответствии со ст. 50 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»¹¹ организация, созданная профессиональными участниками рынка ценных бумаг, приобретает статус саморегулируемой организации на основании разрешения, выданного федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг, в выдаче которого может быть отказано, если в представленных организацией профессиональных участников рынка ценных бумаг документах предусматриваются ограничения, препятствующие развитию конкуренции профессиональных участников рынка ценных бумаг, в том числе регламентация ставок вознаграждения и доходов от профессиональной деятельности членов организации.

Таким образом, общий запрет на недобросовестную конкуренцию зафиксирован в Законе о СРО. Безусловно, его нельзя считать универсальным и идеально пресекающим или предупреждающим любые антиконкурентные действия даже в силу того, что

¹¹ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

понятия «недобросовестная конкуренция» и «координация экономической деятельности» в Законе о защите конкуренции относятся к разным составам антиконкурентного поведения. В ряде отраслевых законов запрет на антиконкурентное поведение детализируется.

Координация экономической деятельности запрещается антимонопольным законодательством при констатации факта наступления (возможности наступления) негативных последствий в виде ограничения, устранения или недопущения конкуренции, открытый перечень которых приведен в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции. Если указанных негативных последствий нет, то и координация экономической деятельности правомерна.

Учитывая, что не всякая координация рассматривается как правонарушение, представляется важным определить **признаки координации экономической деятельности как антиконкурентного поведения.**

Предметная сфера саморегулирования изначально шире, чем сфера антимонопольного регулирования, использующего в качестве базового метод запретов и не содержащего механизмов стимулирования конкуренции. Такие механизмы должны либо предусматриваться отраслевым законодательством, либо вырабатываться и применяться самими хозяйствующими субъектами в рамках свободно осуществляемой ими предпринимательской или профессиональной деятельности, за которой антимонопольный контроль и должен осуществляться.

Закон о защите конкуренции с момента его принятия распространял свое действие на индивидуальных предпринимателей, коммерческие организации, некоммерческие организации, осуществляющие приносящую им доход деятельность. Но на физических лиц, осуществляющих профессиональную деятельность в рамках саморегулирования, устанавливаемые Законом о защите конкуренции запреты не распространялись, что было нелогичным с учетом роли саморегулируемых организаций в рыночной экономике.

Закон № 401-ФЗ исправил эту ситуацию и изменил понятие хозяйствующего субъекта, под которым теперь следует понимать коммерческую организацию, некоммерческую организацию, осуществляющую деятельность, приносящую ей доход, индивидуального предпринимателя, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Координация экономической деятельности представляет собой *коллективно осуществляемое нарушение* антимонопольного законодательства, при котором указания одного субъекта — координатора — исполняются или действительно могут быть исполнены другими хозяйствующими субъектами. В этом смысле координация экономической деятельности является самостоятельным видом правонарушения, обладающим признаками, совокупность которых должна позволить отграничить ее от иных коллективно осуществляемых видов нарушений антимонопольного законодательства: злоупотребления доминирующим положением в составе группы лиц; соглашений или согласованных действий, влекущих неблагоприятные последствия для конкуренции; координации деятельности участников торгов.

Координация экономической деятельности как вид правонарушения вменяется только самому координатору. Рядовым членам группы (координируемым лицам) будет

вменяться осуществление согласованных действий,¹² поскольку они добровольно участвовали в роли координируемых.

Координатор обладает хозяйственной властью над участниками координируемой им группы, добровольно признаваемой этими участниками в силу экономического интереса. Если субъекты входят в состав группы лиц, то нельзя квалифицировать совершаемые ими действия в качестве заключения соглашения, совершения согласованных действий или координации экономической деятельности.

Недаром Закон № 401-ФЗ вводит специальные нормы о нераспространении запрета на ограничивающие конкуренцию соглашения (ч. 7 ст. 11) и согласованные действия (ч. 6 ст. 11¹) между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль, а также если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица.

Когда фактический координатор и участники координируемой им группы являются группой лиц, нужно говорить о злоупотреблении доминирующим положением.¹³ Как указал суд, группа лиц применительно к целям Закона о защите конкуренции может рассматриваться антимонопольным органом в качестве единого хозяйствующего субъекта, поэтому соглашения внутри группы лиц не подпадают под запреты, установленные ст. 11 указанного Закона.

Если координация осуществлялась в отношении хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц с координатором, действия которого привели к разделу рынка по территориальному принципу, то такие действия не должны квалифицироваться в качестве согласованных действий, без учета руководящей роли координатора.¹⁴

Принципиальным здесь видится следующее обстоятельство. При квалификации действий в качестве согласованных субъект, выполняющий руководящие функции, осуществляет те же виды деятельности, что и руководимые им субъекты. Координатор также руководит координируемыми субъектами, но не участвует в осуществлении того же вида деятельности. Поэтому координация экономической деятельности намного ближе к согласованным действиям, чем к ограничивающим конкуренцию соглашениям, а довод К. А. Писенко¹⁵ о близкой природе координации и соглашений хозяйствующих субъектов как форм монополистической деятельности вызывает сомнения.

Такой вывод следует и из определения координации экономической деятельности, представляющей собой согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, хотя «согласование действий» не тождественно «согласованным действиям».

Тем не менее закон не запрещает рассматривать в качестве координации экономической деятельности заключаемые по воле координатора соглашения, навязываемые им согласованные действия, а также не относящиеся к ним по форме своего внешнего проявления действия иного рода.

Координация экономической деятельности в форме согласованных действий может иметь место в случае поставки продукции через агента производителей (координатора)

¹² Определение ВАС РФ от 16 августа 2011 г. № ВАС-10190/11 по делу № А40-50830/10-144-209. — Постановление ФАС ЗСО от 8 июня 2011 г. по делу № А03-12144/2010.

¹³ Постановление ФАС УО от 26 августа 2010 г. № Ф09-6518/10-С1 по делу № А47-12058/2009.

¹⁴ ФАС Московского округа от 11 марта 2011 г. № КА-А40/1320-11 по делу № А40-50033/10-130-237.

¹⁵ Писенко К. А., Цинделиани И. А., Бадмаев Б. Г. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации: Курс лекций / Под ред. С. В. Запольского. М., 2010. С. 250.

или на условиях, идентичных ценовому предложению координатора.¹⁶ Нельзя считать направленным на координацию экономической деятельности соглашение с условием об установлении всем кооперативным организациям (получателям товара) одинаковой торговой скидки, так как оно не предусматривает ограничений по закупке продукции у других поставщиков, а также не содержит положений, создающих для организаций потребительской кооперации возможность устранения конкуренции, а имеет целью содействие, развитие, защиту прав и интересов потребительских обществ на территории области.¹⁷

В другом случае признано незаконным (но по мотиву недоказанности обстоятельств) решение о нарушении антимонопольного законодательства действиями по включению в субдистрибьюторские и дистрибьюторские соглашения условий, координирующих хозяйственную деятельность контрагентов организации (определение территории, на которой контрагент будет осуществлять свою деятельность; отказ контрагента от заключения аналогичных соглашений с производителями и поставщиками товара; рекомендации контрагенту в розничной торговле устанавливать цены согласно приложению к соглашению; эксклюзивность продажи товара — одного морозильного прилавка; реализация товара под определенной торговой маркой).¹⁸

Координацией экономической деятельности было признано установление в соглашении о сотрудничестве в области жилищного строительства обязанности покупателей, заинтересованных в приобретении квартир, заключать договор банковского счета с определенным банком.¹⁹

Согласно разъяснению ФАС России от 12 января 2010 г. № ИА/146 «О применении положения части 3 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»» в качестве нарушения ч. 3 ст. 11 Закона о защите конкуренции следует рассматривать такое согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, результатом которого является заключение между этими хозяйствующими субъектами соглашения или осуществление ими согласованных действий, которые приводят или могут привести к последствиям, указанным в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Координацией экономической деятельности могут признаваться и действия иного характера: публичные заявления о возможном росте цен на товары;²⁰ направление писем о необходимости информирования о получении заявок от других лиц на выставление коммерческого предложения;²¹ включение в типовой договор аренды нежилого помещения условия о страховании гражданской ответственности и имущества арендатора;²² определение расписания движения их автобусов по маршрутам;²³ разработка Стандартов ипотечного кредитования и их продвижение в форме заключения соглашений с банками об использовании этих Стандартов, под условием выполнения которых выкупаются закладные у кредитных организаций, что приводит к навязыванию

¹⁶ Определение ВАС РФ от 28 сентября 2011 г. № ВАС-10190/11 по делу № А40-50830/10-144-209.

¹⁷ Определение ВАС РФ от 2 июля 2010 г. № ВАС-8330/10 по делу № А45-11862/2009.

¹⁸ Постановление ФАС ВСО от 16 декабря 2010 г. по делу № А33-1952/2010.

¹⁹ Определение ВАС РФ от 18 июня 2009 г. № 7051/09 по делу № А06-4652/2008.

²⁰ Это представляется в достаточной степени спорным, тем не менее ФАС России имеет такое мнение: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32076.html.

²¹ Определение ВАС РФ от 13 июля 2011 г. № 8032/11 по делу № А76-15244/2010-45-358.

²² Постановление ФАС МО от 20 октября 2010 г. № КА-А40/12768-10 по делу № А40-19296/10-84-47.

²³ Постановление ФАС УО от 15 июня 2010 г. № Ф09-4492/10-С1 по делу № А60-48843/2009-С9.

заемщикам (залогодателям/страхователям) условий договоров, не относящихся к предмету договора и невыгодных для них в части дополнительного страхования рисков утраты права собственности, не относящихся к случаям его гибели или уничтожения, а также установления обязанности осуществлять страхование жизни и потери трудоспособности за счет заемщика (залогодателя) в пользу банка²⁴ в виде направления писем, телеграмм, обязывающих торговых партнеров координатора применять утвержденные последним Правила работы дилеров (торговых партнеров, имеющих особые условия работы), предусматривающие количество дилеров и субдилеров в одном городе в зависимости от численности населения и по каждому продуктовому направлению, устанавливающие порядок работы дилера и субдилера, а также контроль со стороны координатора за ценообразованием дилеров).²⁵

Не признано координацией экономической деятельности утверждение и согласование среднерыночной стоимости нормо-часа всех комплексов авторемонтных и окрасочных работ членами некоммерческого партнерства, объединяющего экспертов и оценщиков, работающих на рынке автоэкспертных услуг по всей территории субъекта РФ, поскольку протокол согласования среднерыночной стоимости нормо-часа носит исключительно рекомендательный характер.²⁶

Размер занимаемой координатором доли на рынке не важен — важным является исполнение указаний. По мнению ФАС России, требование о проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке в таких условиях является лишним, хотя потребность²⁷ в определении продуктовых и географических границ соответствующего товарного рынка, определении состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, барьеров входа на товарный рынок может возникнуть.

Из п. 1.4 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке²⁸ следует, что не требуется проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, возбужденных по признакам нарушения в виде координации экономической деятельности.

Тем не менее применительно к актам недобросовестной конкуренции, в качестве которых могут признаваться различные действия противоправного характера, суды²⁹ (такая позиция сформирована главным образом в ФАС Северо-Западного округа) указали на необходимость у антимонопольного органа в спорной ситуации устанавливать такие обстоятельства, как «границы товарного рынка обращения соответствующего товара; состав хозяйствующих субъектов, конкурирующих между собой;

²⁴ Постановление ФАС МО от 20 сентября 2010 г. № КА-А40/10796-10 по делу № А40-156471/09-119-1131.

²⁵ Постановление ФАС МО от 11 марта 2011 г. № КА-А40/1320-11 по делу № А40-50033/10-130-237.

²⁶ Постановление ФАС УО от 4 марта 2011 г. № Ф09-715/11-С1 по делу № А76-14965/2010-22-384.

²⁷ Письмо ФАС РФ от 11 февраля 2009 г. № ИА/3890 «О рассмотрении обращения».

²⁸ Утвержден Приказом ФАС РФ от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 34.

²⁹ Определение ВАС РФ от 3 марта 2011 г. № ВАС-2454/11 и постановление ФАС Северо-Западного округа от 18 ноября 2010 г. по делу № А05-1982/2010; постановление ФАС Северо-Западного округа от 26 января 2011 г. по делу № А05-8003/2010; постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 ноября 2010 г. по делу № А05-6003/2010; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 25 мая 2010 г. по делу № А45-15643/2009.

преимущества общества перед иными участниками рынка при осуществлении им предпринимательской деятельности». В этом случае противоправное посягательство всегда сопряжено с негативными последствиями для конкурентной среды, квалифицировав которые, можно будет выяснить характер приобретенных преимуществ по отношению к другим участникам рынка. Поэтому правовое значение приобретает выяснение границ определенного товарного рынка (связанного с определенным посягательством), хозяйствующих субъектов, конкурирующих между собой, преимуществ одного субъекта (одних субъектов) перед иными участниками рынка при осуществлении им (ими) предпринимательской деятельности.

К сожалению, не всегда суды оценивают довод о непроведении антимонопольными органами анализа состояния конкурентной среды в качестве основания для признания нарушения антимонопольного законодательства недоказанным.³⁰

Тем не менее уместным выглядит вопрос и о выходе ФАС за пределы делегированных ей полномочий при включении п. 1.4 в Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Согласно п. 3 ч. 2 ст. 23 Закона о защите конкуренции федеральный антимонопольный орган утверждает порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции (в отношении кредитной организации — по согласованию с Центральным банком РФ).

Здесь законодатель недвусмысленно поручил утвердить порядок для всех случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции. Каждое из нарушений, предусмотренных ст. 11, 11.1, 14, 15, 16, 17, 17.1, 18 Закона о защите конкуренции, посягает в той или иной мере на конкуренцию. Поэтому пункт приказа, освобождающий ФАС от обязанности проведения анализа состояния конкуренции при квалификации указанных составов, незаконен.

Запрет на координацию экономической деятельности является безусловным в силу значительности этого правонарушения, и *правила о допустимости* антиконкурентных действий применены быть не могут.

Для квалификации координации экономической деятельности в качестве антимонопольного нарушения важным является *обнаружение угрозы наступления или наступления неблагоприятных последствий для конкуренции* в виде ее ограничения, недопущения или устранения. Только в таком случае физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям запрещается координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов (ч. 1, 3 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

В литературе отмечается, что запрету подлежит координация экономической деятельности, последствия которой совпадают с последствиями заключения хозяйствующими субъектами картельных соглашений или осуществления ими согласованных действий, ограничивающих конкуренцию.³¹

Перечень этих последствий, являясь открытым для соглашений и согласованных действий, имеет открытый характер и для координации экономической деятельности.

³⁰ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 3 мая 2011 г. по делу № А79-7629/2010; постановление ФАС Московского округа от 1 июня 2011 г. по делу № А40-95642/10-21-497.

³¹ Головин В. Н. Комментарий к Федеральному закону от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (постатейный). М., 2010.

Точка зрения³² о закрытом характере перечня указанных последствий представляется неверной.

Координатором может быть как хозяйствующий субъект, так и некоммерческая организация или физическое лицо. В целях осуществления контроля за соблюдением антимонопольного законодательства антимонопольный орган вправе проводить проверки в отношении некоммерческих организаций исключительно в части соблюдения ими антимонопольного законодательства при координации ими экономической деятельности других хозяйствующих субъектов (ч. 1 ст. 25.1 Закона о защите конкуренции).

Не устанавливая права на проведение проверок в отношении физических лиц, ч. 1 ст. 25 Закона о защите конкуренции определяет обязанность физических лиц представлять в антимонопольный орган (его должностным лицам) по его мотивированному требованию в установленный срок необходимые антимонопольному органу в соответствии с возложенными на него полномочиями документы, объяснения, информацию соответственно в письменной и устной форме, включая служебную переписку в электронном виде.

За нарушения антимонопольного законодательства ФАС России привлекает к ответственности коммерческие и некоммерческие организации, их должностных лиц, физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей (п. 5 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции). Поэтому физическое лицо формально может быть субъектом ответственности, и в его отношении представляется допустимым принятие антимонопольным органом соответствующих решения и предписания.

Однако к административной ответственности за нарушение ч. 2 ст. 14.32 КоАП в части осуществления координации экономической деятельности физические лица привлечены быть не могут, поскольку санкция в виде наложения административного штрафа распространяется только на должностные и юридические лица. Понятия должностного лица и физического лица (ст. 2.4 КоАП) не тождественны.

Саморегулируемые организации могут и должны, устанавливая для своих членов условия доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка, создавать недобросовестным субъектам препятствия доступу на рынок и вытеснять их с товарного рынка.

В этом состоит задача не только саморегулирования, но и лицензирования как способа государственного регулирования. Поэтому ограничивать саморегулируемые организации в этих устремлениях следует в случаях их выхода за пределы установленных законодательством прав.

Для этого законодательство должно предоставлять право обжалования в судебном порядке как факта исключения из членов саморегулируемой организации, так и факта отказа в приеме или бездействия при приеме в члены саморегулируемой организации, чего действующий Закон о СРО не закрепляет. Хотя, к примеру, в сфере градостроительства такого рода права закреплены (ч. 8 ст. 55.8 Градостроительного кодекса РФ).

Запрет на координацию экономической деятельности также может быть использован в этих целях, если, например, его последствием будет установление условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях, если такие условия приводят или

³² Писенко К. А., Цинделиани И. А., Бадмаев Б. Г. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации: Курс лекций. С. 251.

могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. Оговорка о нераспространении запрета координации экономической деятельности на действия саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка приниматься во внимание не должна.

Само по себе решение об установлении членского взноса не может противоречить законодательству Российской Федерации. Является незаконным установление излишне высокого и экономически не дифференцированного размера вступительного (единовременного) членского взноса, создающего препятствия доступу хозяйствующих субъектов на товарный рынок. В этом смысле препятствием, создающим барьеры для заинтересованного лица при реализации возможности осуществления деятельности на соответствующем товарном рынке, будет принятый без оценки возможных последствий для хозяйствующих субъектов товарного рынка размер членского взноса.

В сфере электроэнергетики³³ действия по установлению высокого размера вступительного членского взноса были ошибочно квалифицированы в качестве злоупотребления доминирующим положением, совершенным в составе группы лиц НП «Совет рынка» и ОАО «АТС». Довод о необходимости квалификации указанных действий в качестве координации экономической деятельности был отвергнут по мотиву отсутствия статуса саморегулируемой организации у НП «Совет рынка» по причине отсутствия о нем сведений в реестре саморегулируемых организаций,³⁴ что в этом случае не обосновано³⁵ и является отражением общей дискуссии о признании некоторых юридических лиц субъектами публичного права.³⁶

В другом случае вопрос о координации экономической деятельности возник применительно к системе коллективного страхования, предусматриваемой п. 1 ч. 1 ст. 13 Закона о СРО в качестве способа обеспечения имущественной ответственности членов саморегулируемой организации перед потребителями произведенных ими товаров (работ, услуг) и иными лицами.

Суды отказались квалифицировать как координацию экономической деятельности³⁷ в градостроительстве установление (п. 3 ч. 12 ст. 55.5 Градостроительного кодекса РФ) в качестве требований о страховании членами саморегулируемой организации

³³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 2 ноября 2009 г. № 09АП-18519/2009-АК по делу № А40-49507/09-149-318.

³⁴ В соответствии с ч. 6 ст. 3 Закона о СРО некоммерческая организация приобретает статус саморегулируемой организации с даты внесения сведений о некоммерческой организации в государственный реестр саморегулируемых организаций.

³⁵ По нашему мнению, в качестве саморегулируемой организации «Совет рынка» должен признаваться не в силу его включения или невключения в реестр саморегулируемых организаций, а в силу правовой природы, предопределенной наделением его статусом саморегулируемой организации прямым законодательным указанием (подробнее об этом см.: *Петров Д. А.* Саморегулирование как способ управления на рынке электроэнергетики в Российской Федерации // *Вестник Санкт-Петербургского университета.* 2010. Сер. 14 «Право». Вып. 4. С. 62–76).

³⁶ Подобная логика, не учитывающая статуса саморегулируемых организаций и их типологии в зависимости от сектора экономики, создает почву для рассуждений об особом публично-правовом статусе «Совета рынка» и невозможности применения к нему общей конструкции некоммерческого партнерства. Хорошо бы только, чтобы такие рассуждения заканчивались предложениями (см., напр.: *Романовская О. В.* Правовой статус саморегулируемых организаций в сфере электроэнергетики // *Российская юстиция.* 2011. № 7. С. 40–43).

³⁷ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28 октября 2010 г. по делу № А32-15910/2010. — Определением ВАС РФ № ВАС-18551/10 от 11 апреля 2011 г. отказано в передаче дела

гражданской ответственности и условий такого страхования, как: наличие уставного капитала не менее 500 млн рублей; срок работы компании на рынке не менее 5 лет; наличие определенного рейтинга по классификации рейтингового агентства «Эксперт» и положительных рейтингов ряда международных рейтинговых агентств; отсутствие задолженности страховой компании перед кредиторами; наличие в страховой компании сотрудников-экспертов с опытом оценки рисков строительных организаций; наличие в страховой компании установленных взаимоотношений с независимыми экспертными организациями в области строительства).

Таким образом, координация экономической деятельности составляет содержание деятельности саморегулируемых организаций, а оговорка о нераспространении соответствующего запрета в антимонопольном законодательстве на их действия по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка сама по себе не должна толковаться в качестве освобождения от ответственности, если такие условия приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

в Президиум. Пост. ФАС УО от 26 августа 2010 г. № Ф09-6518/10-С1 по делу № А47-12058/2009, от 25 июля 2011 г. № Ф09-4280/11 по делу № А76-10970/2010.