

ISSN 2221-8351

КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

научно-практический журнал



№ 3 (Том 30) — 2018

ООО «Издательство «Юрист»
Москва

Учредитель:
МГУ им. М.В. Ломоносова

Главный редактор
Пугинский Б.И., д.ю.н., профессор

Редакционный совет

Абросимова Е.А., д.ю.н., доцент
Амиров А.Т., к.ф.н., доцент
Андреева Л.В., д.ю.н., профессор
Бевзенко Р.С., к.ю.н., доцент
Белов В.А., д.ю.н., профессор
Олейник О.М., д.ю.н., профессор
Рассолов И.М., д.ю.н., профессор
Сидорова Т.Э., к.ю.н., доцент
Скворцов О.Ю., д.ю.н., профессор
Турлуковский Я., доктор права и философии
Цветков И.В., д.ю.н., профессор

Ответственный редактор
Пальцева М.В.

Кафедра коммерческого права и основ правоведения Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова выражает благодарность Директору АНО «НПЦ внедрения новых социальных технологий» Царегородцеву Сергею Станиславовичу за оказание помощи в издании данного номера журнала «Коммерческое право».

Журнал включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ)

Издание зарегистрировано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) Свидетельство о регистрации ПИ № ФС 77 – 71195 от 10 октября 2017 г.

Вниманию авторов!

Просьба направлять материалы в печатном виде с приложением электронного носителя или по электронной почте. Материалы будущих публикаций принимаются к рассмотрению при наличии информации об авторе и его контактных данных, аннотаций к статье на английском и русском языках, ключевых слов, постраничных сносок, библиографического списка.

Адрес редакции:
119992, ГСП_2, Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13–14,
IV учебный корпус, Юридический факультет, ауд. 208 А
e-mail: commercial-law@mail.ru

ЗАРУБЕЖНОЕ ТОРГОВОЕ ПРАВО

Абросимова Е.А., Ульянов Я.А. Правовой статус субъектов торгового оборота в странах Азии на примере Японии и Китая 4

Долганин А.А. Правовой статус бирж в зарубежных правовых порядках: основные модели и тенденции 16

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ТОРГОВЛИ

Давыдов Ю.Г. Правовые механизмы защиты конкуренции на оптовом рынке лекарственных препаратов 27

Рубцова Н.В. К вопросу о социальном предпринимательстве 58

Абросимова Елена Антоновна,
заведующая кафедрой коммерческого права и основ правоведения
Юридического факультета Московского государственного университета
имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук
e_abrosimova@law.msu.ru

Ульянов Ярослав Александрович,
студент бакалавриата Юридического факультета
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова
zeiboldwot@gmail.com

ПРАВОВОЙ СТАТУС СУБЪЕКТОВ ТОРГОВОГО ОБОРОТА В СТРАНАХ АЗИИ НА ПРИМЕРЕ ЯПОНИИ И КИТАЯ

В статье исследуются вопросы правового регулирования субъектов торгового оборота в двух азиатских юрисдикциях — Японии и Китае — с использованием методов сравнительного анализа с учетом страноведческой специфики. Авторы проводят анализ источников японского и китайского торгового права в отношении понятия «коммерсант», «организаторов торгового оборота» и «видов торговых представителей» в этих странах.

Ключевые слова: Япония, Китай, коммерсант, организатор торгового оборота, торговый представитель, правовое регулирование, агент, посредник, комиссионер.

Abrosimova Elena Antonovna
LLD, Head of Commercial Law and Legal Fundamentals Department,
Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University
e_abrosimova@law.msu.ru

Ulyanov Yaroslav Alexandrovich
Undergraduate student, Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University
zeiboldwot@gmail.com

LEGAL STATUS OF COMMERCIAL LAW SUBJECTS IN ASIAN COUNTRIES AS
JAPAN AND CHINA

The article devoted the actual issues of legal regulation for trade subjects in two Asian jurisdictions — Japan and China — on the base of comparative

analysis methodology with countries specifics. Authors analyze Japanese and Chinese sources of law in light of definitions of merchant, trade organizers and types of commercial representatives.

Keywords: Japan, China, merchant, trade organizer, commercial representative, legal regulation, agent, commercial agent, broker.

История развития торгового права в странах Азии прежде всего связана с их геополитическим положением. К XX в. Азия представляла собой совокупность разнообразных по размеру колоний Франции, Англии, Нидерландов и Португалии¹.

В то время как в Европе к этому времени торговое право начинает оформляться как самостоятельная отрасль права, или хотя бы, как в некоторых странах — подотрасль частного права, и уже принимаются первые торговые уставы, регулирование частных правоотношений в колониях подчинялось праву метрополии и говорить об особенностях и отличиях субъектов торгового оборота от европейских моделей не приходилось. Например, в Индонезии, ныне входящей в первую десятку стран по внутреннему валовому продукту (ППС)², до сих пор действует Гражданский кодекс, принятый в 1847 г. во время голландского владычества и являющийся копией аналогичного кодекса Нидерландов³. В таком же положении находятся бывшие французские колонии в Индокитае — Вьетнам, Камбоджа и Лаос. Отличие их правового регулирования коммерческих отношений от Франции, где применяется Французский Гражданский кодекс, заключается лишь в отсутствии кодифицированных актов и некоторых отличиях экономики в целом, связанных с восприятием паттернов социалистической модели развития в середине XX в.⁴

С точки зрения исследователей особый интерес представляют те страны Азии, которые либо никогда не были колониями, либо всегда сохраняли собственное правовое регулирование частного права, в том числе коммерческого. В качестве таких нами были выбраны Китай и Япония по следующим причинам.

¹ Удинцев В.А. История обособления торгового права. Киев, 1900.

² Gross domestic product based on purchasing-power-parity (PPP) valuation of country GDP (Внутренний валовый продукт рассчитанный по паритету покупательной способности). 2018. URL: https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.PP.CD?year_high_desc=true (дата обращения: 05.10.2018).

³ Indonesian Civil Code (Гражданский кодекс Индонезии). 1847. URL: <http://www.flevin.com/id/lgso/translations/Various/Civil%20Code.pdf> (дата обращения: 05.10.2018).

⁴ History and principles of commercial law in Vietnam (История и принципы коммерческого права Вьетнама) // Vietnam Law and Legal Forum 2006. URL: <http://vietnamlawmagazine.vn/history-and-principles-of-commercial-law-in-vietnam-4485.html> (дата обращения: 05.10.2018).

Во-первых, Япония относится к странам, исторически сохранившим максимально закрытый режим в плане доступа к своим рынкам, кроме того, Япония никогда не была колонизирована и сохранила свое собственное регулирование торговых отношений⁵. По мнению самих японских юристов, Япония представляет собой в поэтическом смысле морскую раковину, которая пропускает через себя различные влияния правовых систем, формирует собственную уникальную «жемчужину» правового регулирования⁶. Китай же, в свою очередь, интересен сочетанием элементов рыночного регулирования с плановой направленностью экономического развития, а также наличием в своем составе двух специальных административных регионов (далее — САР) — Гонконг и Макао, сохраняющих исключительно рыночный уклад⁷.

Во-вторых, Япония и Китай на данный момент находятся в первой пятёрке стран мира по внешнеторговому обороту, чем представляют собой особый интерес для изучения вопросов правового регулирования участников торговли⁸.

Прежде чем перейти к страноведческому анализу торгового права, необходимо дать общую характеристику источников правового регулирования в Японии и Китае.

Япония относится к странам с дуалистическим подходом к частному праву, при котором разделяется гражданское и коммерческое право, и, как следствие, существует отдельный торговый кодекс. Японский Торговый кодекс (далее — ЯТК), который является ключевым актом в области регулирования торговых отношений, будучи специальным законом по отношению к Гражданскому кодексу Японии, был принят в 1899 г.⁹ Наряду с ЯТК правовое регулирование торговых отношений включает в себя обычаи торгового оборота, и только вследствие недостаточности этих источников начинают действовать нормы Гражданского кодекса Японии. Изначально, ЯТК представлял собой копию принятого незадолго до этого Германского Торгового уложения, однако впоследствии в него было внесено множество поправок, из-за чего ныне уже нельзя отождествлять эти два документа¹⁰. К важным

⁵ Кудояров В.Н. Японо-голландские отношения в эпоху Эдо (1603–1867) // Вестник СПбГУ. Серия 13: Востоковедение. Африканистика. 2013. № 3. С. 57.

⁶ Интервью с профессорами Токийского университета в апреле 2017 г.

⁷ One Country, Two Systems (Одна страна, две системы). 2006. URL: <http://www.china.org.cn/english/features/china/203730.htm> (дата обращения: 10.10.2018).

⁸ Exports and Imports (Экспорт и импорт) // CIA World Factbook 2017. URL: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2078rank.html> (дата обращения: 10.10.2018).

⁹ Japanese Commercial Code. 1899. URL: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2135&vm=04&re=02> (дата обращения: 11.10.2018).

¹⁰ Kanamori, Shigenari German influences on Japanese Pre-War Constitution and Civil Code (Канамори, Шигенари Германское влияние на японскую довоенную Конституцию и Гражданский кодекс) // European Journal of Law and Economics. 1999. № 7. С. 93–95.

специальным законам Японии в области торгового права также относятся Закон «О торговой регистрации» 1963 г.¹¹, Закон «О компаниях» 2006 г.¹², «Антитрестовский закон» 1947 г.¹³ и др.

Японская система источников торгового права сформировалась под влиянием континентальных и англо-саксонских правовых институтов, в которой законодательство является кодифицированным, а решения судов не являются источниками права. Сильное влияние англо-саксонской правовой семьи испытывают антимонопольное и законодательство о компаниях в Японии, которые представляют собой адаптированные акты различных штатов США, прежде всего штата Калифорния и штата Нью-Йорк¹⁴.

В Китае нет отдельного кодифицированного акта, регулирующего торговые отношения, так же, как и нет полноценного гражданского кодекса. Его роль выполняют Общие положения гражданского права (далее — ОПГП) КНР 1987 г., которые являются рамочным законом в области частного права¹⁵. Таким образом, регулирование коммерческих отношений в Китае осуществляется отдельными законодательными актами, такими как законы: «О компаниях» 2006 г.¹⁶, «О предприятиях иностранного капитала» 1986 г.¹⁷, «О промышленных предприятиях всенародной собственности» 1988 г.¹⁸, «О противодействии монополиям» 2007 г.¹⁹, «Об обеспечении обязательств» 1995 г.²⁰, «О договорах» 1999 г.²¹ и иными.

Другой, уже обозначенной нами особенностью КНР с точки зрения торгового права, является присутствие в составе государства двух регионов,

¹¹ Commercial Registration Act (О торговой регистрации). 1963. URL: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1863&vm=&re=> (дата обращения: 11.10.2018).

¹² Companies Act (О компаниях). 2006. URL: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2035&vm=04&re=02> (дата обращения: 12.10.2018).

¹³ The Antimonopoly Act (Антитрестовский закон). 1947. URL: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index_files/The_Antimonopoly_Act.pdf (дата обращения: 12.10.2018).

¹⁴ Fry J.D. Struggling to teethe Japan's antitrust enforcement regime (Фрай Дж.Д. В попытках прорыва: режим антимонопольного законодательства Японии) // Law and Policy in International Business. 2001. № 33.

¹⁵ Общие положения гражданского права КНР. 1987. URL: http://chinalawinfo.ru/civil_law/general_principles_civil_law (дата обращения: 13.10.2018).

¹⁶ Закон КНР «О компаниях» 2006 г. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_company (дата обращения 13.10.2018).

¹⁷ Закон КНР «О предприятиях иностранного капитала». 1986. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_wholly_owned_foreign_enterprises (дата обращения 13.10.2018).

¹⁸ Закон КНР «О промышленных предприятиях общенародной собственности». 1988. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_industrial_enterprises_national (дата обращения 13.10.2018).

¹⁹ Закон КНР «О противодействии монополиям». 2007. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_antimonopoly (дата обращения 13.10.2018).

²⁰ Закон КНР «Об обеспечении обязательств (гарантиях)». 1995. URL: https://chinalaw.center/civil_law/china_security_law_1995_russian/ (дата обращения 13.10.2018).

²¹ Закон КНР «О договорах». 1999. URL: http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_contract (дата обращения 13.10.2018).

на которые не распространяется плановая составляющая экономики страны и которые сохраняют так называемый капиталистический уклад хозяйства, в том числе и в области торговли. В Гонконге ключевыми законами, регулирующими коммерческие отношения, являются декрет «О продаже товаров» 1896 г.²², декрет «Об экспорте и импорте» 1971 г.²³ и некоторые другие. Их особенностью является то, что они были приняты во времена генерал-губернаторства Великобритании и являются чисто англо-саксонскими актами со всеми присущими им институтами. В свою очередь, в Макао, в силу влияния правовой модели португальской колониальной природы, в 1999 г. был принят отдельный Коммерческий кодекс, полностью регулирующий торговую деятельность в регионе²⁴.

Подытожив анализ источников торгового права, можно констатировать, что в обеих странах правовое регулирование данной отрасли очень сложное, так как здесь сочетаются законы с англо-саксонским влиянием, континентальные романо-германские институты вроде кодексов и уложений, а также присущие именно Японии и Китаю правовые акты. Все это непосредственно влияет и на регулирование субъектов торгового оборота, которые в каждой стране и даже в разных регионах внутри страны будут различными и с разным регулированием.

Руководствуясь доктринальным подходом, субъекты торгового права будут рассмотрены с позиций определения понятия коммерсанта в Японии и Китае, требований, предъявляемым к организаторам торгового оборота, и торговым представителям²⁵.

Япония

Понятие коммерсанта и его организационно-правовые формы

Согласно ст. 4 ЯТК коммерсант (merchant/商人) — любое лицо, занимающееся от своего имени предпринимательской деятельностью, связанной с совершением торговых операций. Более того, во второй части данной статьи к коммерсанту приравниваются все те субъекты, которые занимаются продажей товаров в магазинах или иных местах, а также лица, занятые в горнодобывающей (mining business/鉱業) промышленности, хотя совершение торговых операций и не является основной их деятельностью.

Помимо этого, в Японии существует институт обязательной регистрации коммерсантов с занесением их Бюро по юридическим вопросам при

²² Sale of Goods Ordinance (Декрет о продаже товаров). 1896. URL: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap26?tab=m> (дата обращения: 12.10.2018).

²³ Import and Export Ordinance (Декрет об экспорте и импорте). 1972. URL: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap60?tab=m> (дата обращения: 12.10.2018).

²⁴ Código Comercial do Região Administrativa Especial de Macau (Торговый кодекс САР Макао). 2000. URL: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcompt/Default.asp> (дата обращения: 13.10.2018).

²⁵ Коммерческое право России : учебник / под общ. ред. Б.И. Пугинского, В.А. Белова, Е.А. Абрисимовой, М. : Юрайт, 2016. С. 92–96.

Министерстве юстиции в торговый реестр по месту осуществления деятельности (ст. 8 ЯТК) и необходимость выступать в сделках под торговым наименованием, которое, впрочем, может состоять из личного имени коммерсанта (ст. 11 ЯТК).

Законом «О компаниях» 2006 г. предусмотрены следующие виды коммерческих организаций (ст. 2):

- ♦ акционерное общество (Kabushiki-Gaisha/株式会社), которое, в свою очередь, разделяется на публичные и непубличные, среди которых выделяются крупные, т.е. чьи активы за год превышают 500 млн иен;
- ♦ полное товарищество (Gomei-Kaisha/合名会社);
- ♦ товарищество с ограниченной ответственностью, или коммандитное товарищество (Goushi-Kaisha/合資会社);
- ♦ общество с ограниченной ответственностью (Goudou-Kaisha/合同会社).

Особенностью наименования организации является необходимость указать на японском языке организационно-правовую форму, в том числе если компания является иностранной (ст. 6 Закона «О компаниях»).

Несмотря на наличие в японском правовом порядке понятия индивидуального предпринимателя (Kojin-Jigyō/個人事業), он, тем не менее, не может считаться коммерсантом в смысле ЯТК. Это следует из совокупного анализа статей ЯТК и Закона «О коммерческой регистрации» (ст. 6), согласно которым любой коммерсант должен пройти регистрацию, но при этом в списке субъектов, подлежащих обязательной регистрации, обозначены только вышеупомянутые компании.

Таким образом, лицо, желающее профессионально заниматься торговой деятельностью, должно учредить юридическое лицо в любой из указанных в Законе «О компаниях» форм, практически все из которых имеют аналог в российской правовой системе.

Организаторы торгового оборота

В Японии представлены все основные категории организаторов торгового оборота, включая товарные биржи, торговые союзы, а также ярмарки и выставки²⁶. Особенно хотелось бы обратить внимание на товарные биржи, главная из которых — Токийская товарная биржа (далее — ТОСОМ).

Ключевой особенностью правового статуса японских товарных бирж, регулируемых Законами «О финансовых инструментах и фондовых биржах» 1948 г. и «Об операциях с товарными деривативами» 1950 г., является их направленность на извлечение прибыли²⁷. Согласно ст. 121 Закона

²⁶ См., например: Международная выставка электронной техники Interperson Japan, Международная выставка напитков и продуктов питания Foodex Japan.

²⁷ Commodities Exchange Act (Об операциях с товарными деривативами). 1950. URL: <http://www.meti.go.jp/policy/commerce/b00/pdf/b0000005.pdf> (дата обращения: 15.10.2018).

«Об операциях с товарными деривативами» биржа может быть преобразована (инкорпорирована) в коммерческую организацию путем конверсии активов, что и было проведено 1 декабря 2008 г., когда в закон были внесены соответствующие изменения²⁸. В результате этого, ТОСОМ, будучи более 50 лет некоммерческой организацией в форме организации публичного интереса (public interest corporation), была реорганизована в акционерное общество (Kabushiki-Gaisha/株式会社). Аналогичное правовое регулирование существует и для фондовых бирж Японии. Токийская фондовая биржа (TSE) также является акционерным обществом²⁹.

Стоит отметить, что в российской доктрине коммерческого права такой подход критикуется, так как считается, что деятельность организаторов торговли не может быть направлена на извлечение прибыли, а сами они предпочтительно должны являться некоммерческими организациями³⁰.

Торговое представительство

Торговое представительство в Японии получило широкое распространение и рассматривается как отдельный вид коммерческой деятельности, осуществляемой на профессиональной основе. Основным актом, регулирующим вопросы торгового представительства, является ЯТК, который выделяет следующие его формы:

- ♦ управляющий торговым предприятием (manager/支配人) (ст. 20 ЯТК) — работник коммерсанта, назначенный им и за его счет представляющий его в торговых сделках в силу трудового договора. Важно отметить, что законом установлены ограничения представительской деятельности. Так, управляющий не может без разрешения коммерсанта заниматься самостоятельной предпринимательской деятельностью, вступать в правоотношения и заключать сделки с третьими лицами относительно той же деятельности, в которой занят коммерсант, а также становиться работником у другого работодателя и состоять в управлении какой-либо компании (ст. 23 ЯТК). Данный служащий также подлежит регистрации и внесению в торговый реестр в качестве управляющего торговой организации (ст. 22 ЯТК);

- ♦ коммерческий агент (commercial agent/問屋) (ст. 27 ЯТК) — правовой статус схож со управляющим предприятием в вопросах того, за чей счет и от чьего лица осуществляется представительство, а также относительно ограничений деятельности коммерческого агента. Отношения между коммерсантом и коммерческим агентом строятся на основе гражданско-правового

²⁸ TOCOM Financial Statement (Финансовый отчет ТОСОМ). 2009. URL: https://www.tocom.or.jp/profile/gaiyou/documents/TOCOM_Financial_Statement_2009.pdf (дата обращения: 15.10.2018).

²⁹ Japan Exchange Group Corporate Profile (Корпоративный профиль Токийской фондовой биржи). 2014. URL: <https://www.jpx.co.jp/english/corporate/about-jpx/profile/index.html> (дата обращения: 15.10.2018).

³⁰ Абросимова Е.А. Организаторы торгового оборота : учеб. пособие. М., 2011.

договора. Ключевым отличием, помимо оформления отношений отдельным гражданско-правовым договором, является дополнительная обязанность в виде обязательного уведомления коммерсанта о каждом совершенном в его интересах действии (ст. 27 ЯТК). Разновидностью коммерческого агента является торгово-экспедиторский агент (консигнатор) (ст. 559 ЯТК);

- ♦ комиссионер (commission agent/問屋) — лицо, которое осуществляет сделки от своего имени и, соответственно, выступает в отношениях с третьими лицами как самостоятельный субъект, однако за счет своего комитента (ст. 551 ЯТК);

- ♦ брокер (broker/仲立) — лицо, которое занимается деятельностью, состоящей в посредничестве между двумя и более сторонами сделки. Брокер является классическим посредником, который сам не совершает операции с товаром, а лишь создает условия для совершения сделок между контрагентами. Особенностью этого вида торгового представительства является то, что брокерская деятельность может быть безвозмездной (ст. 543–544 ЯТК).

Китай

Понятие коммерсанта и его организационно-правовые формы

В законодательстве КНР отсутствует отдельное определение коммерсанта, таким образом, согласно доктрине коммерческого права, коммерсантом является предприниматель, который профессионально занимается торговыми операциями — покупкой и последующей продажей товаров³¹.

Согласно ОПГП 1987 г. и закону КНР «О компаниях» 2006 г. все организационно-правовые формы торговых компаний можно разделить по двум критериям, во-первых, на те, которые не требуют образования юридического лица, и те, которые требуют, во-вторых, сами юридические лица подразделяются на государственные и частные предприятия (ст. 6 Закона КНР «О компаниях»).

К первым относятся так называемые «индивидуальные предприятия промышленности и торговли» (далее — ИППТ), персональные товарищества и подрядные хозяйства в деревне (ст. 26–29 ОПГП) Особенностью является ограниченная правосубъектность данных субъектов в торговой сфере, требующая регистрации и получения разрешения на осуществление коммерческой деятельности (ст. 26 ОПГП).

Государственные юридические лица в КНР известны как «промышленные предприятия общенародной собственности» (предприятия) и регулируются профильным законом, который определяет их как «социалистическую организацию, производящую товары и самостоятельно ведущую хозяйственную деятельность согласно закону, самостоятельно отвечающую за прибыли и убытки, использующую самостоятельный хозяйственный расчет», кроме того, эти предприятия должны «твердо придерживаться

³¹ Пугинский Б.И. Коммерческое право. 5-е изд. М., 2016. С. 65–66.

социалистического курса» (ст. 2 и 5 Закона КНР «О промышленных предприятиях общенародной собственности» 1988 г.). Таким образом, данные предприятия олицетворяют командные начала китайской экономики и созданы государством для осуществления плановых мероприятий. Это отражается прежде всего в том, что предприятие имеет право самостоятельно продавать свои товары только сверх плана, все остальное реализуется централизованно (ст. 24 Закона КНР «О промышленных предприятиях общенародной собственности» 1988 г.).

В свою очередь, частные юридические лица в КНР представлены в виде товариществ и корпораций. Товарищества, в соответствии с профильным законом, делятся на обычные (полные) и ограниченные (коммандитные)³². Корпорации, согласно Закону «О компаниях», могут быть обществами или акционерными компаниями, все из которых с ограниченной ответственностью (ст. 2). Причем особое правовое регулирование предусмотрено для обществ, состоящих из одного члена или созданное исключительно на государственные средства, а также для акционерных обществ, которые размещаются на фондовых рынках или созданы только на базе иностранного капитала (ст. 121–125).

Определение коммерсанта и описание организационно-правовых форм не будет полным без обращения к специфичному регулированию данного вопроса в исключительно рыночных административных регионах КНР — Гонконгу и Макао.

Наиболее интересен в данном случае Макао, так как там принят Торговый кодекс, согласно которому коммерсантом (торговым предприятием / empresa comercial) является любое коммерческое юридическое лицо, а также частное или коллективное лицо, которые осуществляют коммерческую деятельность, определенную в ст. 1 данного кодекса. Особенность состоит в том, что, исходя из определения коммерческой деятельности, торговым предприятием, согласно ст. 2 Торгового кодекса Макао, являются все субъекты, относящиеся к структуре товарного рынка, если их основная деятельность направлена на систематическое получения прибыли в результате торговых операций (*troca sistemática e vantajosa*). Специальная регистрация коммерсантов не предусмотрена, однако определенные акты, связанные с осуществлением торговой деятельности, подлежат опубликованию (ст. 62 Торгового кодекса Макао).

Организаторы торгового оборота

Среди всех организаторов торгового оборота в Китае наиболее детально регулируются биржи, как товарные, так и фондовые. Прежде всего стоит сказать, что все биржи в КНР являются некоммерческими и саморегулиру-

³² Закон КНР «О товариществах». 2006. Ст. 2. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_partnership (дата обращения: 22.10.2018).

емыми организациями, находящимися под контролем Комиссии по ценным бумагам (CSRC)³³. Таким образом, в отличие от Японии, Китай следует мировому тренду организации биржевых рынков. Однако для китайских бирж характерен другой признак — закрытый либо серьезно затрудненный доступ к торгам для иностранных инвесторов.

Например, на крупнейшей в Китае товарной бирже — Шанхайской фьючерсной бирже (далее — SHFE) — участниками торгов могут быть либо компании напрямую, либо брокеры. Причем, согласно уставу и биржевым правилам (ст. 17), функции брокеров на бирже могут выполнять только резиденты Китая³⁴. В том случае, если иностранная компания хочет заключить фьючерсный контракт, ей необходимо совершать операции через китайского брокера после открытия на территории КНР своего филиала со значительным уставным капиталом³⁵.

Тем не менее в Китае постепенно смягчаются условия заключения биржевых контрактов в отношении определенных видов товаров. Так, с 2018 г. иностранным коммерсантам разрешено в определенных условиях торговать на SHFE нефтепродуктами, а на Даляньской фьючерсной бирже — железной рудой³⁶. Кроме того, недавно SHFE разрешило иностранным компаниям хранить товар для торговли на бирже на собственных складах в порту Шанхая³⁷.

Торговое представительство

Регулирование отношений в сфере представительства в КНР осуществляется ОПГП и Законом «О договорах» 1999 г. Согласно им торговый представитель может осуществлять свою деятельность в качестве агента, посредника и комиссионера³⁸:

³³ China Securities Regulatory Commission (Комиссия по ценным бумагам КНР). URL: http://www.csrc.gov.cn/pub/csrc_en/about/intro/200811/t20081130_67718.html (дата обращения: 25.10.2018).

³⁴ Articles of Association and Rules of Shanghai Futures Exchange Rules (Устав и правила Шанхайской фьючерсной биржи). URL: <http://www.shfe.com.cn/upload/20141210/1418200411012.pdf> (дата обращения: 29.10.2018).

³⁵ Шанхайская товарная биржа запускает индекс цен на цветные металлы. URL: https://www.metaltorg.ru/news/market_index.php?id=10079112&date=1356587820 (дата обращения: 27.10.2018).

³⁶ How China Will Shake Up the Oil Futures Market (Как Китай встряхнет нефтяной рынок?). URL: [https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-01/how-china-will-shake-up-the-oil-futures-market-quicktake-q-a; Iron ore futures now open to foreigners](https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-01-01/how-china-will-shake-up-the-oil-futures-market-quicktake-q-a; Iron%20ore%20futures%20now%20open%20to%20foreigners) (Фьючерсы на железную руду теперь открыты для иностранцев). URL: http://www.dce.com.cn/DCE/Media_Center/Exchange%20News/6101848/index.html (дата обращения: 01.11.2018).

³⁷ Shanghai Futures Exchange approves first foreign warehouse (Шанхайская фьючерсная биржа признает первый зарубежный склад). URL: <https://www.ft.com/content/8094cb64-dde3-11e8-8f50-cbae5495d92b?kbc=060cdeb1-0803-4f39-9ccd-61c000651d87> (дата обращения: 01.11.2018).

³⁸ Коммерческое (торговое) право зарубежных стран : учебник для магистров / отв. ред. О.А. Макарова. М. : Юрайт, 2013. С. 538.

♦ агент — по агентскому договору обязуется лично вести дела патрона и получать за это вознаграждение (ст. 396 Закона «О договорах»). Агент действует исключительно от имени своего патрона, что проявляется в том, что даже при вступлении в отношения с третьим лицом от своего имени обязательство возникает между патроном и этим третьим лицом (ст. 402 Закона «О договорах»). В некоторых источниках данный договор обозначен как «поручительский договор», в то же время, сравнивая с отечественным порядком, китайский вариант больше похож на смешанный договор с элементами агентского договора и договора поручения³⁹.

♦ посредник (иногда он называется брокером), правовое регулирование которого в Китае очень похоже на японский аналог, информирует давшую поручение сторону о благоприятных обстоятельствах для заключения договора либо предоставляет посреднические услуги в целях заключения договора (ст. 424 Закона «О договорах»). Однако, в отличие от японского брокера, китайский посредник не может работать безвозмездно. Если договор вообще не был заключен, то посреднику возмещаются только его текущие расходы. Если посредник способствовал заключению торгового договора, то его услуги обязана оплатить сторона, поручившая ему быть посредником. Если же договор был заключен с помощью посреднических услуг, вознаграждение в равных долях выплачивают обе стороны договора (ст. 426–427 Закона «О договорах»);

♦ комиссионер — лицо, которое от своего имени занимается коммерческой деятельностью в интересах комитента, а комитент выплачивает ему вознаграждение (ст. 414 Закона «О договорах»). Все расходы по осуществлению коммерческой деятельности несет сам комиссионер, вместе с тем, при более выгодной, чем по ценам, указанным комитентом, покупке или продаже товаров, образовавшуюся прибыль комиссионер вправе забрать себе (ст. 418 Закона «О договорах»). В литературе также встречается понятие «трастовый торговец», вместо комиссионера⁴⁰. На наш взгляд, это ошибка перевода, так как словари толкуют оригинальный китайский термин (行□人) как комиссионер или маклер, более того, в китайском правовом порядке вообще отсутствует понятие «траст», в отличие от, например, Японии⁴¹.

Обратившись к вопросу торгового представительства в Гонконге и Макао, можно обнаружить, что специфика правового регулирования этих субъектов коммерческого права состоит прежде всего в особенностях источников регулирования.

³⁹ Законодательство Китая. URL: http://chinalawinfo.ru/civil_law/law_contract/law_contract_p2ch21

⁴⁰ Коммерческое (торговое) право зарубежных стран : учебник для магистров / отв. ред. О.А. Макарова. С. 540.

⁴¹ Китайско-русский словарь. URL: <http://cidian.ru/r.php?q=%E8%A1%8C%E7%BA%AA%E4%BA%BA>

В Гонконге, исходя из позиций, определенных в общем, т.е. прецедентном и статутном праве, существует только фигура агента, которая своим понятием объединяет сразу три существующие в Китае формы представительства⁴². Так, по определению, данному в «Факторинговом декрете», торговый агент (mercantile agent) — лицо, которое обладает полномочиями по продаже товаров, в том числе консигнационной, а также на получение вознаграждения от страхования вверенных товаров (ст. 2 декрета)⁴³. Причем совершать данные действия можно как от лица и за счет принципала, так и за свой счет, и от собственного лица.

Торговый кодекс Макао, в свою очередь, предусматривает понятия агента и комиссионера, которые детализированы в соответствующих разделах и практически не отличаются от принятых в континентальных правовопорядках определений (ст. 593, 622 Торгового кодекса Макао).

На основе проведенного исследования правового статуса основных субъектов торгового оборота в странах Азии на примере Китая и Японии можно констатировать, что обе страны имеют во многом различное регулирование, обусловленное разным историческим развитием и особенностями экономических систем.

Япония опирается в этом вопросе на ЯТК и на специальные законы, некоторые из которых имеют очевидное англо-саксонское влияние. Коммерсанты имеют легальное определение и подлежат регистрации так же, как и определенные виды торгового представительства. Организаторы торгового оборота в Японии отличаются тем, что имеют направленность на получение прибыли в результате своей деятельности.

Правовое регулирование участников коммерческой деятельности в Китае характеризуется прежде всего сочетанием государственных институтов, которые не могут быть субъектами торгового оборота в широком смысле, с деятельностью частных институтов, привычных континентальному правовопорядку. Товарные биржи в Китае практически недоступны иностранному инвестору, хотя постепенно принимаются меры по либерализации данной сферы. В этом Китай опирается на свои рыночные регионы со специальным статусом — Гонконг и Макао, которые сохраняют правовое регулирование, принятое их метрополиями — Великобританией и Португалией в XIX–XX вв., со всеми вытекающими последствиями, в том числе в вопросах торгового представительства.

⁴² AGENCY LAW IN HONG KONG (Агентское право в Гонконге). URL: http://www.agentlaw.co.uk/site/global/hong_kong.html (дата обращения: 04.11.2018).

⁴³ Factors Ordinance. 1896. URL: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap48> (дата обращения: 04.11.2018).

Долганин Александр Александрович,
ассистент кафедры коммерческого права
и основ правоведения Юридического факультета
Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова,
кандидат юридических наук
a_dolganin@law.msu.ru

ПРАВОВОЙ СТАТУС БИРЖ В ЗАРУБЕЖНЫХ ПРАВООРЯДКАХ: ОСНОВНЫЕ МОДЕЛИ И ТЕНДЕНЦИИ

В статье исследуются особенности правового статуса бирж в зарубежных государствах. Выявляются базовые подходы и модели регулирования, условно обозначаемые в качестве «европейской» и «американской», определяются факторы их формирования и ключевые признаки. На основе анализа законодательства западных государств (Германии, Японии, США и др.) делаются выводы о наиболее значимых тенденциях развития правового статуса организаторов торговли.

Ключевые слова: биржа, биржевая торговля, дериватив, правовой статус, производный финансовый инструмент, регулирование, организатор торговли.

Долганин Александр Александрович,
ассистент кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук
a_dolganin@law.msu.ru

LEGAL STATUS OF EXCHANGES IN FOREIGN STATES: GENERAL MODELS AND TRENDS

The article discusses main features of legal status of exchanges in foreign states. The author explores basic approaches and regulation models conditionally designated as «European» and «American», determines the factors of their formation and key characteristics. Considering results of analysis of the Western countries' (Germany, Japan, USA, etc.) legislation the author makes some conclusions about the most important trends in the development of legal status of trade organizers.

Keywords: exchange, exchange trade, derivative contract, legal status, regulation, trade organizer.

Г.Ф. Шершеневич весьма точно и емко определял биржу в качестве «правильного и постоянного собрания торговых деятелей в определенном месте для заключения торговых сделок, по которым исполнение предполагается в другом месте»¹.

Представляется, что правовое регулирование биржевой торговли основано на поиске баланса в подходах к двум ключевым системам:

1) взаимодействие между: а) локальным, внутренним регулированием, представленным в форме правил торговли, которые устанавливаются конкретными биржами и представляют собой, по мнению некоторых авторов, формализованные деловые обыкновения², и б) внешним воздействием предписаний позитивного права;

2) направленность государственного регулятивного воздействия: а) на определение статуса биржи как организатора торговли, правового положения непосредственно самих участников оборота или б) на установление императивных требований к заключаемым на бирже договорам.

В зависимости от выбора точек равновесия в этих системах выстраиваются разнообразные модели регулирования биржевой торговли, среди которых с некоторой долей условности можно выделить две генеральных модели: европейскую (континентальную) и американскую (англосаксонскую).

В экономической литературе закономерно отмечается, что дореволюционные русские биржи отдельными тенденциями в своем развитии весьма отличались от западноевропейских и американских аналогов³. Между тем справедливым будет следующее уточнение: русские биржи в связи с консерватизмом и некоторой архаичностью представляли собой образцы классической континентальной модели организованной торговли, тогда как гибкая западноевропейская практика оказалась более восприимчивой к англосаксонскому и, прежде всего, к американскому опыту.

Необходимо отметить, что указанные подходы нельзя рассматривать в качестве полностью противоположных и разнонаправленных: американская модель представляет собой результат развития нормативного опыта европейского организованного рынка, адаптированного к условиям одной из самых мощных и динамичных экономик мира. Итоги данного процесса были предопределены особенностями и закономерностями исторического развития биржевой торговли.

В позднее Средневековье бурный подъем европейской торговли положил начало двум заметным направлениям в упорядочивании и организации торговых отношений. Во-первых, значительную роль стали играть ярмарки

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М. : Московское научное издательство, 1919. С. 165.

² Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: экономическая сущность и правовая природа // Хозяйство и право. 1996. № 6. С. 30.

³ Васильев Г.А., Каменева Н.Г. Товарные биржи : практич. пособие. М. : Высшая школа. 1991. С. 19–20.

(к примеру, Британская ярмарка в Стоурбридже⁴) — события, отличавшиеся хотя и периодичностью, но вместе с тем и регулярностью проведения. Ярмарки постепенно становились не только местами заключения торговых сделок, технически приспособленными к поиску и осмотру товаров, но и «опытно-экспериментальными» площадками регулирования, где складывались, испытывались, изменялись обычаи и практики торгового оборота. Эффективность процессов саморегулирования и обычного нормотворчества была обусловлена, прежде всего, острой необходимостью в устойчивой и масштабной международной торговле. Таким образом, во многом именно деятельность ярмарок была ключевым фактором появления самостоятельной системы торгового (купеческого) права (*lex mercatoria*, или *the law merchant*), признанного и активно использовавшегося как в континентальной Европе, так и в Британии⁵.

Второе направление в развитии организованного оборота было связано с деятельностью разнообразных купеческих корпораций (гильдий, союзов). Будучи полноценными правосубъектными организациями, объединяя — иногда добровольно, а зачастую и принудительно — значительное количество участников торгового оборота, корпорации через свои органы (не только исполнительно-распорядительные, но и квазисудебные) оказывали огромное влияние на торговлю посредством внутреннего (локального) нормотворчества. Помимо установления унифицированных правил торговли, систематизации и кодификации существующих обычаев и торговых практик, стандартизации форм торговых договоров и разработки новых правовых средств, купеческие объединения также выполняли важнейшую функцию представительства интересов определенных слоев общества. В этой связи примечательным является мнение дореволюционного исследователя Ю. Филиппова о том, что «русские биржи, будучи местными организациями, возникали во многих случаях не столько ради задач торга, сколько вследствие назревшей потребности в представительстве местных торгово-промышленных интересов»⁶.

Особенности континентальной модели правового регулирования можно выразить, исходя из тех насущных задач, которые предстояло решить законодателю в европейских государствах по мере укрепления государственной власти и, соответственно, усиления нормативно-правового регулирования гражданского оборота. После Средневековья развитие *lex mercatoria* не претерпело серьезных регрессивных явлений, обычное торговое право последовательно изменялось вслед за экономическими преобразованиями. Между тем государство не могло не поместить мощные купеческие объеди-

⁴ См.: Dewing A.S. *A Study Of Corporation Securities*. New York : The Ronald Press Company, 1934. P. 19.

⁵ См.: Baer J.B., Saxon O.G. *Commodity Exchanges and Futures Trading*. Harper and Brothers Publishers, 1949. P. 5–8.

⁶ Цитата по: Штиллих О. *Биржа и ее деятельность*. СПб. : Брокгауз и Ефрон, 1912. С. 184.

нения (в том числе и все виды бирж), имевшие ключевое значение для торгового оборота, в рамки нормативного поля позитивного права — и в этом смысле континентальный подход предполагает более правовое регулирование бирж посредством определения их правового статуса, нежели императивную регламентацию биржевой торговли как той части торгового оборота, которая имеет организованную форму.

По моему мнению, ввиду вышеуказанных обстоятельств среди основных черт, характеризующих европейскую модель правового регулирования на национальном уровне, можно отметить сравнительно небольшой объем нормативных предписаний, которые в большей степени уделяют внимание таким вопросам, как, во-первых, организационно-правовая форма товарных бирж (или любых бирж в целом), порядок их создания, иногда — структура органов биржи, определение прав и обязанностей членов биржи в том случае, если биржа является корпорацией, и др., а во-вторых, вопросам государственного контроля за деятельностью организаторов торговли.

Так, например, согласно парагр. 2 разд. 1 Закона о биржах (Börsengesetz)⁷, принятого 16 июля 2007 г. в Германии, биржи представляют собой ограниченно правоспособные государственные учреждения. Современное немецкое законодательство таким образом не использует более традиционные представления о корпоративном характере бирж, не только устанавливая единственно возможную организационно-правовую форму, но и предопределяя этой формой значительный государственный контроль за деятельностью бирж. Согласно парагр. 4 для создания биржи необходимо получение разрешения (лицензии) Комиссии по ценным бумагам и биржам, которое выдается по результатам рассмотрения соответствующего заявления при выполнении условий, указанных в п. 2 парагр. 4. В соответствии с парагр. 12 каждая биржа обязана создать биржевой совет, являющийся высшим выборным органом управления, среди основных полномочий которого следует отметить принятие правил торговли, назначение и снятие с должности управляющего директора биржи, надзор за его распорядительными действиями и др. Параграф 16 устанавливает вопросы, подлежащие обязательному включению в правила торговли на конкретной бирже. Это, в частности, сфера деятельности биржи, ее структура, виды торгуемых биржевых инструментов, порядок публикации котировок и др.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона о фондовых биржах (Stock Exchange Act, далее — SESTA)⁸, принятого в Швейцарии 24 марта 1995 г. и вступившего в силу с 1 февраля 1997 г., биржи осуществляют деятельность в соответствии с разрешением (лицензией), выданным уполномоченным органом

⁷ Börsengesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330, 1351).

⁸ BRB of 2 December 1996 (AS 1997 84). Закон регулирует не только фондовые, но и иные виды бирж, в том числе товарные (подробнее см.: Background Report: Commodities. Report of the interdepartmental platform on commodities to the Federal Council. 27.03.2013. P. 24).

по контролю за финансовым рынком (Swiss Financial Market Supervisory Authority, далее — FINMA). Согласно ст. 4 SESTA биржа обязана самостоятельно определять свою организационную структуру, правила деятельности и порядок управления постольку, поскольку это необходимо для организации биржевой торговли. Принимаемые биржей внутренние акты подлежат последующему утверждению уполномоченным органом. Глава 6 регулирует процедуры контроля за деятельностью биржи, гл. 9 устанавливает штрафные санкции за неисполнение организаторами торговли предписаний закона.

В целом SESTA представляет собой классический пример лаконичного законодательного акта континентальной модели правового регулирования, в котором абсолютное большинство немногочисленных норм являются предписаниями и запретами, исполняемыми биржами в рамках системы государственного контроля за финансовыми институтами. Швейцарский закон в определенной степени способен проиллюстрировать найденный европейским подходом баланс между двумя системами регулирования, указанными в начале данной работы: во-первых, приоритет в непосредственном регулировании биржевой торговли принадлежит внутренним, локальным актам бирж; во-вторых, нормативно-правовое регулирование сосредоточено на тесно взаимосвязанных вопросах правового статуса бирж и государственного контроля за их деятельностью.

Иная ситуация складывалась в регулировании американской организованной торговли, которая, с одной стороны, не испытала в своем развитии определяющее влияние корпоративных торговых институтов позднего Средневековья, а с другой стороны, была способна уже в самом начале своего существования в свободной форме интерпретировать и адаптировать положительный европейский опыт их функционирования. Как справедливо и точно заметили Дж. Бэр и О. Сэксон, «фундаментальные концепции и принципы, лежащие в основе большей части нашего общего права коммерческих договоров, купли-продажи, оборотных векселей, аккредитивов, коносаментов, складских расписок, тех самых жизненных соков организованной торговли в нашей современной высокоразвитой экономике, что поддерживаются и охраняются сегодня как в федеральных судах, так и в судах штатов, — все это — то самое *lex mercatoria*, основанное на международных практиках, хранимых через века со времен Древней Греции и Древнего Рима, развитых средневековыми ярмарками, постепенно улучшаемых и расширяемых по мере появления новых условий»⁹.

Важным представляется тот факт, что появившиеся в США товарные биржи в своих принципах саморегулирования, методах разрешения споров и исполнения решений, в способах организации клиринга стали «преемниками» именно европейских ярмарок, а не «наследницами» жесткой, закрытой системы купеческих объединений, организованных по цеховому

⁹ См.: Baer J.B., Saxon O.G. *Op. cit.* P. 9.

принципу. Американские биржи, по сути, с первых моментов своего существования не обременяли себя функциями общественного представительства определенных социальных групп и не распространяли свою регулятивную деятельность за пределы торгового оборота таким образом, чтобы государству приходилось концентрировать правотворческие усилия на сдерживании их всевозрастающего влияния.

В связи с этим правовое регулирование биржевой торговли в США оказалось направлено не на установление правового статуса организаторов торговли и создание системы контроля за их деятельностью, а на упорядочивание непосредственно самой торговли, т.е. на регламентацию условий заключаемых на бирже договоров и регулирование поведения их сторон. Один из ключевых законодательных актов, Закон о товарных биржах (The Commodity Exchange Act, далее — СЕА)¹⁰, принятый в США еще в 1936 г., несмотря на свое название, является актом, регулирующим прежде всего биржевую торговлю посредством товарных деривативов и деятельность уполномоченного контролирующего органа (Комиссии по торговле товарными фьючерсами, Commodity Futures Trading Commission, далее — СФТС) при полном отсутствии каких-либо положений, связанных с правовым статусом товарных бирж.

Так, в частности, СЕА устанавливает полномочия и организационную структуру СФТС (ст. 2(a)(1)(A)–2(a)(2)), определяет виды выведенных из-под действия закона деривативов, электронных торговых площадок, смешанных финансовых инструментов, сделок своп (ст. 2(d)–2 (g)), виды запрещенных договоров (ст. 4с), порядок регистрации брокеров и трейдеров торгового зала, предоставление ими отчетности, соответствие стандартам и сдачу экзаменов (ст. 4е–4g, 4р), способы исполнения деривативов, организацию клиринга (ст. 5а–5b), устанавливает виды нарушений законодательства в сфере торговли товарными фьючерсами и порядок применения санкций (ст. 6(d), ст. 6с) и т.д. Каждое из законодательных положений подробнейшим образом раскрывается в подзаконных правилах, принимаемых СФТС¹¹.

Представляет интерес формулировка цели принятия СЕА (ст. 3), которая сопровождается традиционным для американской законодательной техники указанием на предпосылки появления законодательного акта. Среди предпосылок отмечается, в частности, то, что урегулированные данным законом договоры, будучи востребованными в торговле между штатами и международной торговле, затрагивают национальные публичные интересы в части предоставления возможностей для управления и принятия ценовых рисков, формирования цен и распространения информации

¹⁰ Ch. 545, 49 Stat. 1491, enacted June 15, 1936.

¹¹ См.: Electronic Code of Federal Regulations. Title 17: Commodity and Securities Exchanges. Chapter I: Commodity Futures Trading Comission. URL: http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?sid=7e1068de65d0eb767da92b5ee2740d46&c=ecfr&tpl=/ecfrbrowse/Title17/17cfrv1_02.tpl (дата обращения: 26.11.2018).

о котировках посредством торговли на прозрачных, добросовестных и финансово-безопасных торговых площадках. Целью СЕА, таким образом, является служение указанным публичным интересам при помощи поднадзорных СФТС системы эффективных саморегулирующихся торговых площадок, клиринговых систем, участников рынка и профессиональных участников оборота. Для охраны публичных интересов целями закона также являются выявление и предупреждение манипулирования ценами и иных нарушений целостности рынка, защита участников рынка от мошеннических действий, защита и развитие конкуренции и др.

Весьма примечательно то, что несмотря на название, СЕА почти не использует термин «товарная биржа» («commodity exchange»), оперируя категорией «торговая площадка» («trading facility»). Под торговой площадкой закон (п. 33 ст. 1а) понимает лицо или группу лиц, которые учреждают, организуют или обеспечивают физическую или электронную площадку или систему, в которых множество участников имеет возможность оформлять или заключать договоры, контракты, соглашения посредством принятия предложений и запросов цен, сделанных другими участниками и открытых для множества участников на площадке или в системе.

Таким образом, в американской модели правового регулирования законодатель подчеркивает не столько правосубъектность организатора торгового оборота, сколько его функциональное предназначение; биржа рассматривается не в качестве участника торгового оборота, наделенного особым правовым статусом, а в качестве средства достижения публичного интереса в виде устойчивости и стабильности торгового оборота. Биржа, в конечном итоге, превращается в своеобразное правовое средство («facility»), организационно-правовая форма которого не определена императивно позитивным правом, и выбор той или иной формы подчинен исключительно целям достижения наибольшей эффективности и рациональности в условиях рыночной, конкурентной экономики¹³.

Подход к правовому регулированию, которой с некоторой долей условности можно назвать уникальным, представлен в законодательстве Японии. В качестве ключевого нормативного акта следует отметить Закон о товарных биржах (The Commodity Exchange Act)¹⁴, принятый в 1950 г. в ка-

¹² Данный вариант перевода представляется более уместным, нежели «торговое средство» или «средство торговли».

¹³ Показательным примером может служить одна из крупнейших товарных бирж в мире — СМЕ (Chicago Mercantile Exchange) Group, объединяющая, помимо Чикагской товарной биржи, также Нью-Йоркскую и Канзасскую товарные биржи. Основанная в 1898 г. в качестве некоммерческой организации, в 2000 г. СМЕ стала акционерным обществом и сделала получение прибыли своей основной целью, сосредоточившись на увеличении объемов торгов, повышении эффективности и ликвидности. Чистая прибыль СМЕ в 2017 г. составила приблизительно 4 млрд долл. (см. годовой отчет СМЕ: Сайт СМЕ Group. URL: http://files.shareholder.com/downloads/CME/6419380216x0x975005/1A2C7EE9-DA88-43F2-B1E5-453F23A52DBF/CME_Group_2017_Annual_Report.pdf (дата обращения: 26.11.2018).

¹⁴ Act No. 239 of August 5, 1950. Официальный сайт Министерства экономики, торговли и

честве замены Закону о товарных биржах 1893 г. и в значительной степени реформированный поправками, вступившими в силу с 1 января 2011 г. (новое наименование — Закон о товарных фьючерсах и товарных биржах, The Commodity Futures and Exchange Act, далее — CFEA).

Японская регулятивная модель основана на максимально детальной и всесторонней регламентации правового статуса как самих товарных бирж, так и всех иных поименованных в CFEA субъектов, содействующих организации биржевой торговли. По замыслу законодателя именно такой подход позволит достичь общих правовых целей закона¹⁵, среди которых в соответствии со ст. 1 следует отметить: 1) обеспечение добросовестности при формировании цен, в купле-продаже, заключении и исполнении иных договоров, предметом которых является товар, или договоров, связанных с консигнацией по сделкам на товарном рынке; 2) содействие производству и дистрибуции товаров посредством установления разумного управления товарными биржами и обеспечения надлежащей организации деятельности консигнаторов по договорам на товарном рынке. Установление понятных и очевидно полезных для экономики конечных целей правового регулирования представляется несомненным достоинством CFEA, выгодно отличающим его от, например, российского закона об организованных торгах.

CFEA устанавливает некоторые общие требования к товарным биржам, в частности, их «исключительную» правоспособность (ст. 3) и обязательные элементы фирменного наименования (ст. 4). Между тем закон предусматривает заслуживающую внимания классификацию товарных бирж по критерию их организационно-правовой формы (п. 1–2 ст. 2): 1) товарные биржи на основе членства или биржи-ассоциации (Member Commodity Exchange); 2) товарные биржи — акционерные общества (Incorporated Commodity Exchange). Важнейшим сущностным различием между двумя видами бирж являются установленные законодателем цели их деятельности: биржи-ассоциации являются, по сути, некоммерческими организациями и не могут заниматься предпринимательской деятельностью с целью извлечения прибыли (п. 2 ст. 7). Статус некоммерческой организации, однако, позволяет биржам-ассоциациям осуществлять организацию торгового оборота без получения лицензии в отличие от бирж — акционерных обществ (ст. 78).

Именно на основе данной дифференциации выстраивается большая часть законодательных предписаний. CFEA детально раскрывает обязательные условия учреждения бирж, требования к учредителям, процедуры регистрации и получения лицензии, обязательные элементы устава, виды отчетности и способы контроля применительно к каждому типу товарной биржи (разд. 1 и 3 гл. 2).

промышленности Японии. URL: <http://www.meti.go.jp/policy/commerce/b00/pdf/b0000005.pdf> (дата обращения: 26.11.2018).

¹⁵ О сущности общих и частных целей см.: Филиппова С.Ю. Частноправовые средства организации и достижения правовых целей. М.: Статут, 2011. С. 39–41.

Помимо непосредственно организаторов товарного оборота, СФЕА значительное внимание уделяет деятельности различных субъектов, способствующих надлежащему осуществлению биржевой торговли, а именно товарным клиринговым организациям (гл. 3), комиссионным торговцам фьючерсами, осуществляющим лицензируемую разновидность профессиональной деятельности на финансовом рынке (гл. 4), ассоциации по торговле товарными фьючерсами (гл. 5) и др. Определение правового статуса каждого из указанных субъектов начинается с процедур их регистрации и заканчивается процедурами ликвидации¹⁶.

Следует отметить, что, подобно европейскому подходу к правовому регулированию, законодательство Японии не содержит жестких предписаний, относящихся непосредственно к содержанию биржевых договоров, оставляя разработку и внедрение биржевых инструментов на откуп товарным биржам, уставы которых обязательно должны предусматривать перечни биржевых товаров и раскрывать виды заключаемых на бирже договоров (ст. 11 и 81 СФЕА). Государство, в свою очередь, постоянно совершенствует методы контроля за торговлей на товарных биржах, в связи с чем и был принят пакет поправок, вступивших в силу в 2011 г. По мнению Т. Тоцука и А. Куяма¹⁷, реформа позволила сделать регулятивные механизмы более масштабными и гибкими одновременно, сделала важные шаги по унификации товарных, фондовых и валютных рынков ввиду сближения положений СФЕА и Закона о биржах и финансовых инструментах (*Financial Instruments and Exchange Act of Japan*, далее — FIEA)¹⁸, принятого в 1948 г., но полностью измененного в сентябре 2007 г. Наиболее важные изменения основаны на принципе единства регулирования в сфере внешнеторговых и внутренних сделок, биржевых и внебиржевых договоров, вследствие чего был расширен перечень видов биржевой деятельности, подлежащих лицензированию. Также появились новые механизмы защиты участников биржевой торговли, начал действовать институт посредника в торговле фьючерсами и др.¹⁹

Мировые экономические процессы последних двух десятилетий, связанные с глобализацией, резким увеличением объема рынка срочных биржевых сделок, отразились на законодательстве не только Японии, но и Европейского Союза. Интернационализация финансовых рынков и наднаци-

¹⁶ Законодательная техника в общих чертах напоминает российский Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918) в части регулирования деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг.

¹⁷ См.: Totsuka T., Kuyama A. New regulatory framework for commodity derivatives business in Japan. *International Investment & ETFs Review*. 2010. P. 1.

¹⁸ Act No. 25 of 1948, as amended.

¹⁹ Подробнее см.: Morishita K., Totsuka T., Kuyama A. *New Regulatory Framework for Commodity Derivatives Business — Amended Commodity Futures and Exchange Act*. Financial Services & Transactions Group. July 21, 2009.

ональность²⁰ права Европейского Союза привели к тому, что европейская модель регулирования торговли на товарных биржах стала комплексной, интегрированной и иерархической системой, включающей в себя наднациональный уровень регулирования биржевых договоров (прежде всего деривативов) и уровень национального законодательства, на котором определяется правовой статус бирж и предусматриваются различные механизмы контроля.

Программа мероприятий на рынке финансовых услуг (The Financial Services Action Plan, далее — FSAP)²¹, принятая Европейской комиссией 11 мая 1999 г., предполагала реорганизацию европейского финансового рынка с целью повышения степени его интеграции и конкурентоспособности, в связи с чем определяла и основные направления правового регулирования. Ключевым нормативным актом, принятым во исполнение FSAP, можно считать Директиву Европейского Союза 2004/39/ЕС «О рынках финансовых инструментов» (The Market in Financial Instruments Directive, далее — MIFID)²², принятую 21 апреля 2004 г. (вступила в силу 1 ноября 2007 г.) и отменившую Директиву 93/22/ЕС «Об инвестиционных услугах».

Основными целями принятия MIFID следует считать: 1) создание гармоничной финансовой среды для так называемых «регулируемых рынков» (под которыми понимаются все виды бирж), а также инвестиционных компаний и 2) усиление защиты инвесторов (п. 1 Преамбулы). Среди важнейших особенностей MIFID необходимо отметить, во-первых, единство регулирования биржевой торговли на всех рынках — товарном, фондовом, валютном — с учетом их специфики, а во-вторых, направленность регулятивного воздействия как на профессиональных участников торговли (за исключением бирж), так и на сам торговый оборот. MIFID не только устанавливает организационные требования к участникам торговли, процедуры разрешения конфликтов интересов, правила раскрытия информации клиентам, классификации клиентов и правила исполнения их указаний, но и предусматривает правило открытости информации по заверненным сделкам, учет биржевых договоров, правила клиринга и разрешения споров. В 2011 г. Европейская комиссия представила масштабный проект изменений в MIFID — MIFID II, призванный адаптировать финансовые рынки к последствиям мирового финансово-экономического кризиса путем создания новых видов торговых площадок, ужесточения правил по раскрытию

²⁰ Подробнее о наднациональности см., например: Мещерякова О.М. Наднациональность в праве Европейского Союза и проблема суверенитета : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010.

²¹ Официальный сайт Европейской комиссии. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A124210> (дата обращения: 26.11.2018).

²² Официальный сайт Европейской комиссии. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32004L0039> (дата обращения: 26.11.2018).

информации и т.д. 15 мая 2014 г. данный проект был принят Директивой 2014/65/EU, отменившей MiFID и вступившей в силу 2 июля 2014 г.²³

Следует отметить, что анализ законодательства США, новейших тенденций в правовом регулировании Европейского Союза и Японии позволяет сделать следующие выводы. Биржа в современном мире — это ключевой, организующий элемент в сложной системе биржевой торговли, нормативно ориентированный на оказание услуг и обеспечение интересов клиентов — аналогично банкам и страховым компаниям. Биржа постепенно перестает быть представителем интересов торговых организаций, проводником государственной воли в экономике или некоммерческим институтом, содействующим развитию торговли подобно торгово-промышленной палате, но превращается в поставщика уникальных услуг по управлению рисками — как финансовыми, так и материально-ресурсными — посредством заключения биржевых договоров.

Литература

1. Васильев Г.А., Каменева Н.Г. Товарные биржи : практ. пособие / Г.А. Васильев, Н.Г. Каменева. М. : Высшая школа, 1991.
2. Ем В., Козлова Н., Сургучева О. Фьючерсные сделки на фондовой бирже: экономическая сущность и правовая природа / В. Ем, Н. Козлова, О. Сургучева // Хозяйство и право. 1996. № 6. С. 30.
3. Мещерякова О.М. Наднациональность в праве Европейского Союза и проблема суверенитета : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / О.М. Мещерякова. М., 2010.
4. Филиппова С.Ю. Частноправовые средства организации и достижения правовых целей / С.Ю. Филиппова. М. : Статут, 2011.
5. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права / Г.Ф. Шершеневич. М. : Московское научное издательство, 1919.
6. Штиллих О. Биржа и ее деятельность / О. Штиллих. СПб. : Брокгауз и Ефрон, 1912.
7. Baer J.B., Saxon O.G. Commodity Exchanges And Futures Trading / J.B. Baer, O.G. Saxon. Harper And Brothers Publishers, 1949.
8. Dewing A.S. A Study Of Corporation Securities / A.S. Dewing. New York : The Ronald Press Company, 1934.
9. Morishita K., Totsuka T., Kuyama A. New Regulatory Framework for Commodity Derivatives Business — Amended Commodity Futures and Exchange Act / K. Morishita, T. Totsuka, A. Kuyama. Financial Services & Transactions Group. July 21, 2009.
10. Totsuka T., Kuyama A. New regulatory framework for commodity derivatives business in Japan / T. Totsuka, A. Kuyama. International Investment & ETFs Review. 2010.

²³ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU. OJ L 173. 12.6.2014. P. 349–496.

Давыдов Ю.Г.,
адвокат Адвокатского бюро
«ЮРИНФЛОТ» города Москвы
finasport@mail.ru

ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНЦИИ НА ОПТОВОМ РЫНКЕ ЛЕКАРСТВЕННЫХ ПРЕПАРАТОВ

Защите конкуренции на оптовом рынке лекарственных препаратов государство традиционно уделяет повышенное внимание ввиду социальной значимости этого товара. Злоупотребление хозяйствующими субъектами своим доминирующим положением, а также заключение ими картельных соглашений представляют собой реальный вызов развитию конкуренции на этом отраслевом товарном рынке. В данной статье автор предлагает конкретные способы совершенствования правовых механизмов защиты конкуренции для более эффективного выявления, предупреждения и пресечения соответствующих правонарушений.

Ключевые слова: **конкуренция, лекарственные препараты, коммерческая политика, картель.**

Davydov Yuri G.
Attorney-at-law, International law firm «JURINFLOT»
finasport@mail.ru

LEGAL MECHANISMS FOR PROTECTION OF COMPETITION ON THE WHOLESALE MARKET OF MEDICINES

The article is devoted to the protection of competition on the wholesale market of medicines. This topic always attracts a greater attention of the state authorities due to a high social importance of this category of goods. Abuse of their dominant position by market participants along with conclusion of cartel agreements between them constitute a real challenge to a promotion of competition on this industrial product market. In this article the author proposes some concrete methods for improvement of legal mechanisms for protection of competition for more efficient finding, prevention and restraint of corresponding violations of law.

Keywords: **competition, medicines, commercial policy, cartel.**

Основными звеньями в структуре оптового рынка лекарственных препаратов в России являются:

- производители лекарственных препаратов;
- дистрибьюторы;
- торговые и иные организации, а также индивидуальные предприниматели, осуществляющие розничную торговлю лекарственными препаратами и приобретающие их для предпринимательских и производственных целей либо для обеспечения собственной деятельности.

К последней из трех перечисленных выше категорий хозяйствующих субъектов могут быть отнесены аптечные сети. Каждая из аптечных сетей представляет собой группу лиц, имеющих лицензии на розничную торговлю лекарственными средствами и осуществляющих предпринимательскую деятельность под одним знаком обслуживания. Примерами крупных аптечных сетей являются «Ригла», «Будь здоров!» и «Живика», в которых аккумулярован розничный сегмент бизнеса ПАО «ПРОТЕК»¹.

Важным элементом структуры оптового рынка лекарственных препаратов являются устойчивые договорные связи между производителями, с одной стороны, а также дистрибьюторами и аптечными сетями², с другой стороны. Как правило, эти две категории хозяйствующих субъектов заключают между собой рамочные договоры поставки, носящие долгосрочный характер. Помимо договоров поставки, взаимоотношения между транснациональной корпорацией, являющейся производителем лекарственного препарата, и российским дистрибьютором обычно основываются на дистрибьюторском договоре, заключаемом для организации сбыта товара³.

¹ ПАО «ПРОТЕК» — это один из немногих лидеров российской фармацевтической отрасли, который контролирует всю товаропроводящую цепочку от производителя до конечного потребителя. Такая возможность обеспечивается благодаря тому, что в состав данного вертикально интегрированного холдинга входят в том числе производители лекарственных препаратов (например, ЗАО «ФармФирма «Сотекс») и дистрибьюторы (например, ЗАО Фирма ЦВ «ПРОТЕК»). ЗАО Фирма ЦВ «ПРОТЕК» как дистрибьютор федерального уровня имеет прямые договоры поставки более чем с 500 различными производителями лекарственных препаратов из 21 страны мира. По оценкам аналитической компании «IQVIA», за первое полугодие 2018 г. среди всех российских дистрибьюторов ЗАО Фирма ЦВ «ПРОТЕК» занимает первое место с долей рынка около 17% и годовым оборотом, эквивалентным примерно 2 млрд долл. США. Подробнее об этом см. сайт ПАО «ПРОТЕК». URL: <http://www.protek-group.ru/about-the-group/segments-of-business/distribution/cjsc-implementation-centre-protek/> (дата обращения: 16.12.2018).

² В случае если хозяйствующий субъект одновременно имеет лицензии на оптовую и розничную торговлю, при вступлении в договорные отношения с ним производитель лекарственных препаратов рассматривает такого хозяйствующего субъекта в качестве дистрибьютора, поскольку к дистрибьюторам обычно предъявляются более высокие требования (в частности, в связи с их участием в торгах с целью поставки товаров для государственных и муниципальных нужд).

³ Маслова В.А. Дистрибьюторский договор как правовой инструмент организации сбыта товаров : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2011. 29 с.

Злоупотребление доминирующим положением⁴ представляет собой одну из форм монополистической деятельности, которая запрещена в силу ст. 10 Закона о защите конкуренции. Оно может иметь место как со стороны поставщика, так и со стороны покупателя. В роли поставщика может выступать транснациональная корпорация (далее — ТНК), занимающая доминирующее положение в отдельном сегменте оптового рынка лекарственных препаратов. А в роли покупателя может выступать дистрибьютор федерального уровня, контролирующий товаропроводящую цепочку вплоть до конечного потребителя.

Факты злоупотребления доминирующим положением со стороны дистрибьюторов пока не приводили к возбуждению ФАС России дел о нарушениях ст. 10 Закона о защите конкуренции и не рассматривались судами. Однако это вовсе не означает, что такого рода правонарушения на рассматриваемом отраслевом товарном рынке полностью отсутствуют. По мнению автора, они обладают высокой латентностью по причине того, что производитель лекарственного препарата, даже регулярно сталкиваясь с антиконкурентным поведением дистрибьютора, все же заинтересован в продолжении сотрудничества с ним, рискуя в противном случае потерять очень важный для него канал сбыта товара и, как следствие, долю на этом рынке. Пользуясь своей рыночной властью, дистрибьютор федерального уровня еще на этапе ведения переговоров о заключении договора поставки легко может навязать производителю лекарственных препаратов, являющемуся субъектом малого или среднего предпринимательства⁵, такие условия договора, которые не выгодны для него или не относятся к предмету договора. Например, потребовать одновременного заключения с дистрибьютором сопутствующих договоров возмездного оказания услуг, связанных с периодическим⁶ предоставлением дистрибьютором производителю:

— подробных отчетов о движении товара по сбытовым подразделениям дистрибьютора, расположенным в разных субъектах Российской Федерации, об имеющихся товарных запасах на складах у дистрибьютора, а также об отгрузках товара дистрибьютором своим покупателям;

— прогнозов об объеме спроса на лекарственные препараты со стороны покупателей, которым дистрибьютор поставляет эти товары (в эти прогнозы могут включаться не только сведения о лекарственных препаратах производителя, но и данные о взаимозаменяемых лекарственных препаратах, выпускаемых конкурентами этого производителя).

⁴ Понятие доминирующего положения содержится в ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции.

⁵ Как правило, это российский производитель воспроизведенных лекарственных препаратов (далее — генерики), ассортимент которых не является широким, а цены относятся к нижнему и среднему сегментам (т.е. соответственно до 50 и до 500 рублей за 1 упаковку лекарственного препарата).

⁶ Обычно это происходит на ежемесячной или ежеквартальной основе.

Вышеуказанные отчеты и прогнозы обычно формируются с помощью используемой дистрибьютором автоматизированной информационной системы, поэтому себестоимость оказания этих услуг сравнительно невысока. Однако цена такого рода услуг, которую вынужден уплачивать производитель, может являться довольно значительной. С помощью простого, но эффективного инструмента дистрибьютор может, например, полностью или частично компенсировать свои убытки, связанные с выполнением обязательств по государственным контрактам на поставку жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов (далее — ЖНВЛП) из нижнего ценового сегмента. По мнению автора, такие действия дистрибьютора могут быть квалифицированы как нарушение п. 3 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁷ (далее — Закон о защите конкуренции).

Думается, что со стороны ТНК как поставщика лекарственных препаратов тоже вполне возможно злоупотребление доминирующим положением, квалифицируемое согласно п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. Например, если ТНК, имея широкий ассортимент лекарственных препаратов, на этапе заключения договора поставки с дистрибьютором навязывает ему приобретение товара, в котором дистрибьютор не заинтересован. Это может быть лекарственный препарат, не пользующийся большим спросом на рынке. Причины недостаточного спроса могут быть самыми разными. Например, небольшой срок годности товара, необходимость соблюдения дополнительных требований «холодовой цепи» при транспортировке и хранении товара или вывод на рынок нового товара, спрос на который еще не успел сформироваться. Пользуясь своей рыночной властью в отдельном сегменте оптового рынка лекарственных препаратов, ТНК заключает с дистрибьютором договор поставки только при условии включения в него обязательств дистрибьютора по приобретению навязываемого товара наряду с тем лекарственным препаратом, в котором дистрибьютор был изначально заинтересован. Такого рода правонарушения тоже обладают высокой латентностью, поэтому обычно не попадают в поле зрения антимонопольного органа. Ведь даже если дистрибьютор несет убытки из-за приобретения неликвидного товара, эти убытки могут быть компенсированы ему за счет предложенных ТНК выгодных условий поставки того лекарственного препарата, в котором дистрибьютор был изначально заинтересован. Например, ТНК может предоставить дистрибьютору товарный кредит или скидку.

А вот конкретные примеры относящихся к рассматриваемой категории дел с участием ТНК в России уже имеются. Практика применения ст. 10 Закона о защите конкуренции в отношении поставщиков свидетель-

⁷ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Российская газета. 2006. 27 июля.

ствует о том, что несколько ТНК (ЗАО «Компания «Бакстер»⁸, ООО «Ново Нордиск»⁹ и компания «Тева Фармасьютикал Индастриз Лимитед»¹⁰) были привлечены к административной ответственности за похожие нарушения на основании п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. Дела в отношении ЗАО «Компания «Бакстер»¹¹, ООО «Ново Нордиск»¹² и компании «Тева Фармасьютикал Индастриз Лимитед»¹³ имели большое значение для всей отрасли. Примечательно, что в каждом из этих трех случаев доминирующим положением злоупотреблял тот единственный дистрибьютор, через которого соответствующая ТНК ввозила лекарственные препараты на территорию России. Безусловно, такой дистрибьютор обладал рыночной властью, поскольку иные дистрибьюторы приобретали только у него лекарственные препараты для последующей перепродажи на рынке. Необоснованно уклоняясь от заключения договора поставки лекарственных препаратов с российским дистрибьютором при наличии экономической и технологической возможности заключить такой договор, ТНК в лице своего дочернего общества явно злоупотребляла доминирующим положением на оптовом рынке.

Дело с участием компании «Тева Фармасьютикал Индастриз Лимитед» заслуживает более пристального внимания, поскольку эта компания ссылалась на ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции как на основание для неприменения антимонопольного законодательства. Данный хозяйствующий субъект, занимавший доминирующее положение на товарном рынке лекарственного препарата, имевшего МНН «глатирамера ацетат» и торговое наименование «Копаксон»®-Тева», в географических границах Российской Федерации, необоснованно отказал российскому дистрибьютору (ЗАО «МФПДК «БИОТЭК») в заключении договора поставки этого лекарственного препарата. Отклоняя ссылку правонарушителя на ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции как необоснованную, ФАС России указала на то, что

⁸ Входит в группу лиц, образующих ТНК Baxter (США).

⁹ Входит в группу лиц, образующих ТНК Novo Nordisk (Дания).

¹⁰ Входит в группу лиц, образующих ТНК Teva (Израиль).

¹¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23 июня 2015 г. по делу № А40-72433/14 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29 октября 2015 г. по делу № А40-204844/14 // СПС «КонсультантПлюс». Здесь необходимо отметить, что изначально ФАС России возбудила дело в отношении ООО «Ново Нордиск» по признакам нарушения п. 3 и 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. Однако затем от ООО «Ново Нордиск» были получены доказательства совершения хозяйствующим субъектом действий во исполнение предупреждения, вынесенного антимонопольным органом. В связи с этим ФАС России приняла решение не рассматривать нарушение ООО «Ново Нордиск» требований п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции. Впоследствии ФАС России, а также суды первой, апелляционной и кассационной инстанций последовательно признали этого хозяйствующего субъекта виновным в нарушении требований, предусмотренных п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

¹³ Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 9 ноября 2015 г. № 305-КГ15-7123 // СПС «КонсультантПлюс».

ею оценивалось не то, как правообладатель осуществлял принадлежащее ему исключительное право на результат интеллектуальной деятельности (далее — РИД), а то, как хозяйствующий субъект необоснованно уклонялся от заключения с дистрибьютором договора поставки лекарственного препарата. В силу п. 6 ст. 1359 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) не являются нарушением исключительного права на изобретение ввоз на территорию Российской Федерации, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта (т.е. лекарственного препарата), в котором использовано изобретение, если этот продукт ранее был введен в гражданский оборот на территории Российской Федерации патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя либо без его разрешения, но при условии, что такое введение в гражданский оборот было осуществлено правомерно в случаях, установленных ГК РФ. Судом апелляционной инстанции на основании п. 6 ст. 1359 ГК РФ было отмечено: «Содержание права на распоряжение лекарственным средством заключается в исключительном праве патентообладателя на принятие решения о вводе продукции в оборот»¹⁴. При этом суд апелляционной инстанции обратил особое внимание на то, что компания «Тева Фармасьютикал Индастриз Лимитед» при принятии решения о вводе данного лекарственного препарата в гражданский оборот на территории Российской Федерации не могла игнорировать правила оборота товаров, в том числе ограничения, установленные антимонопольным законодательством. Результат рассмотрения этого дела судом кассационной инстанции¹⁵ и Верховным Судом Российской Федерации¹⁶ говорит о том, что ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции не является препятствием для применения запрета на злоупотребление хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением на оптовом рынке лекарственных препаратов, если действия по осуществлению исключительных прав на РИД определяют условия обращения товаров, произведенных с использованием этих исключительных прав¹⁷. То есть принцип исчерпания исключительного права на изобретение, закрепленный в п. 6 ст. 1359 ГК РФ, позволил судам при рассмотрении данного дела применить механизм конкурентного права, даже несмотря на ограничение, предусмотренное в ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

¹⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 6 октября 2014 г. № 09АП-34696/2014 по делу № А40-42997/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 марта 2015 г. по делу № А40-42997/14 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 9 ноября 2015 г. № 305-КГ15-7123 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» / отв. ред. И.Ю. Артемьев; МГИМО МИД России, ФАС России, ООО «Статут». 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. С. 211.

Это ограничение не позволяет использовать ст. 10 Закона о защите конкуренции для пресечения антиконкурентного поведения хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на оптовом рынке лекарственных препаратов, если это поведение выражается в создании препятствий доступу на этот рынок другим хозяйствующим субъектам. В качестве примера можно привести случай, когда по иску компании «Пфайзер Инк.»¹⁸ суд запретил отечественному производителю (ЗАО «Канонфарма продакшн») и двум дистрибьюторам (ООО «КОСМОФАРМ» и ООО «Медресурс») вводить в гражданский оборот на территории Российской Федерации или хранить для этих целей лекарственный препарат, содержащий активное вещество, имеющее МНН «вориконазол»¹⁹, а также участвовать в аукционах на поставку этого товара до даты истечения срока действия патента, принадлежащего истцу²⁰. При этом суд проигнорировал доводы ответчиков, которые сводились к тому, что истец, реализовывая упоминавшуюся ранее стратегию обновления, добился искусственного продления Роспатентом срока действия принадлежавшего ему исключительного права на изобретение. Благодаря этому истец смог не просто затруднить, а полностью запретить ответчикам доступ на рынок лекарственных препаратов, имеющих МНН «вориконазол», в географических границах Российской Федерации. Как может показаться на первый взгляд, в данном случае ТНК, занимая доминирующее положение в узком сегменте оптового рынка лекарственных препаратов, просто распоряжалась принадлежащим ей исключительным правом на изобретение, поэтому здесь не усматривается оснований для постановки вопроса об антиконкурентном поведении ТНК. Однако при более внимательном рассмотрении всех обстоятельств этого спора в их совокупности обращает на себя внимание тот факт, что истинной целью получения ТНК нового патента являлось именно воспрепятствование доступу на рынок российскому производителю и двум дистрибьюторам. С точки зрения Закона о защите конкуренции данная цель является противоправной. Что же касается выбранного ТНК средства для достижения этой цели, то оно является легитимным, поскольку в рассматриваемом случае речь идет о распоряжении ТНК принадлежащим ей исключительным правом на изобретение. Следовательно, препятствием для пресечения такого поведения ТНК является норма, предусмотренная ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции, согласно которой требования этой статьи не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на РИД.

В качестве еще одного примера можно привести ситуацию, когда правообладатель, которому принадлежат результаты доклинических

¹⁸ Входит в группу лиц, образующих ТНК Pfizer (США).

¹⁹ Противогрибковый агент, который может использоваться как самостоятельно, так и вместе со вспомогательными веществами.

²⁰ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 2 августа 2016 г. по делу № А40-30012/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

и клинических исследований референтного лекарственного препарата, отказывается добровольно предоставить их по запросу разработчика генерика, если срок правовой охраны этих результатов, предусмотренный ч. 18 ст. 18 Закона об обращении лекарственных средств, уже истек. Поскольку отказ правообладателя в предоставлении указанных результатов является барьером для вывода генерика на рынок, у разработчика генерика должна быть реальная, а не декларативная возможность получить эти результаты от правообладателя и затем использовать их в составе регистрационного досье на генерик. Такая возможность могла бы быть обеспечена путем привлечения правообладателя к административной ответственности за нарушение п. 9 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Как видно из двух приведенных выше примеров, в России пока не сформирована практика применения ст. 10 Закона о защите конкуренции в тех ситуациях, когда товар не может быть введен в оборот по причине того, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на оптовом рынке лекарственных препаратов, создает препятствия доступу на этот рынок другим хозяйствующим субъектам. Умело прикрываясь иммунитетом, который предусмотрен ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции, такой хозяйствующий субъект фактически может совершенно безнаказанно не допускать, ограничивать либо устранять конкуренцию и (или) ущемлять интересы других хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности.

Все три вышеупомянутых дела с участием ТНК легли в основу рекомендаций антимонопольного органа тем хозяйствующим субъектам, которые занимают доминирующее положение на данном товарном рынке (далее — Рекомендации для доминирующих субъектов)²¹. Они сводятся в основном к следующему: 1) применяемая хозяйствующим субъектом коммерческая политика, а также типовая форма договора поставки лекарственных препаратов и форма заявки дистрибьютора на их покупку должны быть доступны для неопределенного круга лиц в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»; 2) применение коммерческой политики в целом либо некоторых ее условий должно носить недискриминационный характер по отношению к потенциальным либо существующим дистрибьюторам, с которыми хозяйствующий субъект уже вступил в договорные отношения; 3) коммерческая политика, разработанная ТНК с учетом норм законодательства иностранных государств о борьбе с коррупцией²² и применяемая в отношении российских дистрибьюторов, не должна содержать повышенных требований в данной сфере по сравнению с теми требовани-

²¹ 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) // СПС «КонсультантПлюс».

²² Например, Закон ЕСРА.

ями, которые предусмотрены Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» (далее — Закон о противодействии коррупции)²³; 4) само наличие коммерческой политики у хозяйствующего субъекта вовсе не означает индульгенцию, заведомо гарантирующую отказ антимонопольного органа от возбуждения дела о нарушении этим хозяйствующим субъектом требований ст. 10 Закона о защите конкуренции; 5) если хозяйствующий субъект вносит какие-либо изменения и (или) дополнения в свою коммерческую политику, то ему целесообразно заранее проинформировать о них дистрибьюторов и установить период времени, в течение которого дистрибьюторы смогут подготовиться к началу применения соответствующих новых условий коммерческой политики.

К сожалению, ТНК, занимающие доминирующее положение в отдельных сегментах оптового рынка лекарственных препаратов, далеко не всегда добровольно следуют Рекомендациям для доминирующих субъектов. В частности, применяемые ими коммерческие политики, а также типовые формы договоров поставки лекарственных препаратов и формы заявок дистрибьюторов на их покупку по-прежнему недоступны для неопределенного круга лиц в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». Например, ЗАО «Рош-Москва»²⁴ вообще не обеспечило доступ неопределенного круга лиц к коммерческой политике, а в соответствующем разделе своего сайта лишь указало на то, что «коммерческая политика предоставляется по запросу»²⁵.

Проведенный автором анализ условий, предусмотренных в коммерческих политиках некоторых ТНК, занимающих доминирующее положение в отдельных сегментах оптового рынка лекарственных препаратов, выявил признаки создания ими дискриминационных условий для потенциальных или существующих дистрибьюторов. Типичным примером является коммерческая политика²⁶ ООО «Пфайзер»²⁷.

В ст. 1 этой коммерческой политики указано, что под дистрибьюторами понимаются только организации оптовой торговли лекарственными препаратами. То есть индивидуальный предприниматель, имеющий лицензию на этот вид деятельности, ни при каких условиях не может стать российским дистрибьютором этой ТНК. А в Рекомендациях для доминирующих субъектов, как и в п. 5 ст. 4 Закона о защите конкуренции, под хозяйствующим субъектом понимается не только юридическое лицо, но и индивидуальный предприниматель. Следует отметить, что коммерческие

²³ Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Парламентская газета. 2008. 31 декабря.

²⁴ Входит в группу лиц, образующих ТНК Roche (Швейцария).

²⁵ URL: <https://www.roche.ru/home/about/cooperation.html> (дата обращения: 16.12.2018).

²⁶ URL: <https://www.pfizer.ru/sites/g/files/g10047386/f/201804/Пфайзер.pdf> (дата обращения: 16.12.2018).

²⁷ Входит в группу лиц, образующих ТНК Pfizer (США).

политики некоторых других ТНК не предусматривают таких жестких ограничений. Так, например, согласно п. 2.2.2 коммерческой политики²⁸ ООО «Джонсон & Джонсон»²⁹ в качестве потенциального дистрибьютора рассматривается индивидуальный предприниматель.

Из ст. 2 коммерческой политики ООО «Пфайзер» следует, что положительная деловая репутация, рассматриваемая ТНК в качестве одного из критериев выбора дистрибьюторов, оценивается в том числе по тому, как дистрибьютор соблюдает требования закона США о борьбе с практикой коррупции за рубежом³⁰ (далее — Закон FCPA), который согласно Рекомендациям для доминирующих субъектов не является обязательным для российских дистрибьюторов.

Пункт 2.3 коммерческой политики ООО «Пфайзер» предусматривает, что опубликованные в СМИ сведения о коррупционном скандале, связанном с соответствующим дистрибьютором, могут послужить основанием для одностороннего отказа ТНК в исполнении договора поставки с дистрибьютором и для последующего расторжения этого договора. Между тем в Рекомендациях для доминирующих субъектов подчеркивается, что наличие подозрений о нарушении дистрибьютором Закона о противодействии коррупции, основанных лишь на сведениях, полученных из неофициальных источников (в том числе из СМИ), не может служить основанием для отказа ТНК в сотрудничестве с дистрибьютором. По мнению ФАС России, это поведение ТНК носит ярко выраженный субъективный и коррупционный характер.

Справедливости ради здесь следует упомянуть о том, что ТНК, предъявляя к дистрибьюторам повышенные требования в части, касающейся соблюдения законодательства о противодействии коррупции, очень часто сами являются фигурантами дел о совершении правонарушений в данной сфере. Так, например, международная неправительственная организация Transparency International, целью которой является борьба с коррупцией, в 2016 г. опубликовала отчет «Коррупция в фармацевтической отрасли»³¹. В этом отчете говорится о том, что ТНК активно вовлечены в коррупционную деятельность, основной целью которой является неправомерное стимулирование специалиста здравоохранения для того, чтобы он рекомен-

²⁸ URL: <https://ijnj.ru/wp-content/uploads/2012/12/politics.pdf> (дата обращения: 16.12.2018).

²⁹ Входит в группу лиц, образующих ТНК Johnson & Johnson (США).

³⁰ Закон США о борьбе с практикой коррупции за рубежом в редакции от 22 июля 2004 г. (Foreign Corrupt Practices Act). // Официальный сайт Министерства юстиции США. URL: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-russia.pdf> (дата обращения: 16.12.2018).

³¹ Отчет международной неправительственной организации Transparency International по теме: «Коррупция в фармацевтической отрасли». // Официальный сайт международной неправительственной организации Transparency International. URL: <http://www.transparency.org.uk/publications/corruption-in-the-pharmaceutical-sector/#.WpZb40Zf1Ms> (дата обращения: 16.12.2018).

довал своим пациентам конкретный лекарственный препарат даже в тех случаях, когда этот лекарственный препарат вообще не требуется пациенту либо является менее эффективным по сравнению с другими лекарственными препаратами. Наиболее распространенными формами неправомерного стимулирования специалистов здравоохранения является выплата им вознаграждений за участие в различных исследованиях, а также оплата дорогих туристических поездок на курорты, к местам проведения престижных международных научных, образовательных, спортивных и культурных мероприятий. В США фармацевтические компании являются фигурантами примерно каждого десятого расследования по фактам коррупции. Размер самого крупного штрафа, уплаченного ТНК GSK (Великобритания), составил 3 млрд долл. США. Эта фармацевтическая компания в 2012 г. была признана виновной в неправомерном продвижении на рынке США лекарственного препарата *Raxil*[®], отпускаемого по рецепту врача. Искривив результаты клинических исследований, эта компания представила их обществу таким образом, якобы данный лекарственный препарат может применяться для лечения депрессии у пациентов, не достигших возраста 18 лет, в то время как его применение для детей не было одобрено и зарегистрировано в установленном порядке. Повторный анализ результатов клинического исследования показал, что лекарственный препарат *Raxil*[®] был не только неэффективным для лечения депрессии у пациентов, не достигших возраста 18 лет, но и потенциально небезопасным, поскольку он увеличивал вероятность суицидов³². В других странах мира такая деятельность фармацевтических компаний тоже распространена. Например, та же ТНК GSK (Великобритания) уплатила штраф в размере почти 500 млн долл. США за неправомерное стимулирование специалистов здравоохранения в КНР. Подавляющее большинство ТНК, являющихся мировыми лидерами фармацевтической отрасли, были вынуждены заключить с США соглашения о корпоративной честности, которые носят экстерриториальный характер. Например, соглашение о корпоративной честности между США и GSK предусматривает выплату огромных штрафов в случае, если GSK или ее представитель даст взятку должностному лицу в какой-либо стране мира³³. В Российской Федерации пока не было аналогичных расследований, которые бы вызвали такой большой общественный резонанс. Нет и практики заключения с ТНК соглашений о корпоративной честности. Однако это вовсе

³² GSK to plead guilty and pay \$3 billion to resolve fraud allegations and failure to report safety data // Официальный сайт Министерства юстиции США. URL: <https://www.justice.gov/opa/pr/gilaxosmithkline-plead-guilty-and-pay-3-billion-resolve-fraudallegations-and-failure-report> (дата обращения: 16.12.2018).

³³ Corporate Integrity Agreement between the Office of Inspector General of the Department of Health and Human Services and GSK // Официальный сайт Министерства юстиции США. URL: <https://www.justice.gov/usao-ma/file/872831/download> (дата обращения: 16.12.2018).

не означает, что в нашей стране ТНК не совершают коррупционные правонарушения, связанные с рынком лекарственных препаратов.

В п. 3.2 коммерческой политики ООО «Пфайзер» установлены минимальные объемы заказов на поставку лекарственных препаратов, размещаемых дистрибьюторами одновременно, а также в течение определенных периодов времени. Соответствующие условия сформулированы ТНК таким образом, чтобы максимально уменьшить шансы для субъектов малого и среднего предпринимательства стать мелкооптовым дистрибьютором, заключив договор поставки с ТНК: стоимость любого заказа не должна быть ниже 1 млн руб. без учета НДС; чистая стоимость товаров, поставленных по договору поставки за 6 месяцев каждого года, должна составлять не менее 20 млн руб., а по итогам года соответственно 40 млн руб. без учета НДС. Понятно, что выполнение таких жестких требований под силу лишь очень немногим хозяйствующим субъектам, которые рассматриваются ТНК в качестве крупнооптовых дистрибьюторов.

Все вышеуказанные условия, предусмотренные коммерческой политикой ООО «Пфайзер», нашли свое отражение в типовой форме договора поставки с дистрибьютором, которая является приложением к этой коммерческой политике.

Наконец, как показывает правоприменительная практика, те ТНК, которые занимают доминирующее положение в отдельных сегментах оптового рынка лекарственных препаратов, не только предусматривают в своих коммерческих политиках дискриминационные условия для потенциальных или существующих дистрибьюторов, но и демонстрируют ярко выраженный избирательный подход в применении этих условий по отношению к дистрибьюторам, тем самым дискриминируя неудобных с целью прекращения договорных отношений с ними. Примером может служить уже упоминавшееся выше дело в отношении компании «Тева Фармасьютикал Индастриз Лимитед». Эта ТНК необоснованно отказала одному дистрибьютору (ЗАО «МФПДК «БИОТЭК») в заключении договора поставки лекарственного препарата, сославшись на необходимость прохождения им проверки соблюдения требований Закона ФСРА. Однако аналогичные отказы ТНК двум другим дистрибьюторам (ЗАО «РОСТА» и ООО «Компания Фармстор») не были аргументированы необходимостью прохождения ими таких проверок, хотя эти дистрибьюторы и не являлись ранее объектами проверок на предмет соблюдения требований Закона ФСРА.

Таким образом, в результате проведенного автором анализа применения коммерческих политик ТНК, занимающих доминирующее положение в отдельных сегментах оптового рынка лекарственных препаратов, были выявлены следующие разновидности антиконкурентного поведения этих ТНК:

Во-первых, вопреки Рекомендациям для доминирующих субъектов некоторые ТНК не обеспечивают доступ неопределенного круга лиц в инфор-

мационно-телекоммуникационной сети «Интернет» к применяемым этими ТНК коммерческим политикам, а также к типовым формам договоров поставки лекарственных препаратов и формам заявок дистрибьюторов на их покупку.

Во-вторых, некоторые ТНК, занимающие доминирующее положение в отдельных сегментах оптового рынка лекарственных препаратов, создают дискриминационные условия для потенциальных и существующих дистрибьюторов с помощью следующих антиконкурентных условий, включаемых ими в свои коммерческие политики:

— индивидуальный предприниматель, имеющий лицензию на оптовую торговлю лекарственными препаратами, вообще не рассматривается ТНК в качестве потенциального дистрибьютора;

— положительная деловая репутация, рассматриваемая ТНК в качестве одного из критериев выбора дистрибьюторов, оценивается в том числе по тому, как дистрибьютор соблюдает требования Закона ФСРА, который не является обязательным для российских дистрибьюторов;

— опубликованные в СМИ сведения о коррупционном скандале, связанном с дистрибьютором, могут рассматриваться ТНК в качестве основания для одностороннего отказа в исполнении договора поставки с дистрибьютором и для последующего расторжения этого договора;

— условия о минимальных объемах заказов на поставку лекарственных препаратов, размещаемых дистрибьютором одновременно, а также в течение определенных периодов времени, являются трудновыполнимыми почти для любого дистрибьютора, особенно для субъектов малого и среднего предпринимательства.

В-третьих, эти ТНК демонстрируют ярко выраженный избирательный подход в применении условий, предусмотренных их коммерческими политиками, по отношению к дистрибьюторам.

ФАС России должна оперативно выявлять описанное выше антиконкурентное поведение ТНК и своевременно пресекать его путем вынесения предупреждений и выдачи предписаний об устранении ими нарушений п. 8 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Также обращает на себя внимание тот факт, что некоторые условия, содержащиеся в коммерческой политике ООО «Пфайзер», корреспондируют с нормами согласованного с ФАС России Кодекса добросовестных практик в фармацевтической отрасли (далее — Кодекс добросовестных практик)³⁴. Этот кодекс, представляя собой еще один пример отраслевого саморегулирования, распространяется только на тех хозяйствующих субъектов, которые добровольно заявили о присоединении к нему, подписав

³⁴ Кодекс добросовестных практик в фармацевтической отрасли, утвержденный АЕБ 19 апреля 2016 г. // Официальный сайт АЕБ. URL: http://www.aebrus.ru/files/presentations/Code%20of%20Conduct_Pharma_final-19-04-16.pdf (дата обращения: 16.12.2018).

соответствующую декларацию. Участниками данного Кодекса в основном являются ТНК, многие из которых занимают доминирующее положение в отдельных сегментах оптового рынка лекарственных препаратов. В надежде получить от антимонопольного органа нечто вроде индульгенции от возможного преследования, эти хозяйствующие субъекты включили в этот кодекс положения, некоторые из которых, по мнению автора, вызывают сомнения относительно их соответствия:

— Закону о защите конкуренции;

— Общим исключениям в отношении соглашений между покупателями и продавцами, утвержденным Постановлением Правительства Российской Федерации от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами»³⁵ (далее — Общие исключения³⁶);

— разъяснению Президиума ФАС России в отношении «вертикальных» соглашений³⁷ (далее — Разъяснение о «вертикальных» соглашениях);

— Рекомендациям для доминирующих субъектов.

Например, подп. 2 п. 4.2.2 Кодекса добросовестных практик в фармацевтической отрасли предусматривает, что оценка потенциального дистрибьютора проводится с учетом Закона ФСРА, в то время как в Рекомендациях для доминирующих субъектов говорится о недопустимости использования такого критерия.

Согласно подп. 3 п. 4.2.2 Кодекса добросовестных практик в фармацевтической отрасли его участник, исходя из своей модели ведения предпринимательской деятельности, вправе предусмотреть в коммерческой политике обоснованное количество дистрибьюторов, с которыми он заключает договоры поставки товара. В таком случае коммерческая политика должна предусматривать процедуру выбора дистрибьюторов посредством проведения открытого конкурса. Ни одна из проанализированных автором коммерческих политик³⁸ ТНК, занимающих доминирующее положение в отдель-

³⁵ Постановление Правительства Российской Федерации от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Несмотря на то, что вышеупомянутое Постановление Правительства Российской Федерации установило исключения и в отношении соглашений между хозяйствующими субъектами о совместных научных исследованиях, и совместном использовании полученных научных и (или) научно-технических результатов, в настоящей статье эти исключения не рассматриваются, поскольку конкурентные отношения в сфере НИОКР не являются предметом исследования автора.

³⁷ Разъяснение № 2 Президиума ФАС России «Вертикальные» соглашения, в том числе дилерские соглашения» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3) // СПС «КонсультантПлюс».

³⁸ Наряду с коммерческими политиками вышеупомянутых ТНК автор проанализировал коммерческие политики ООО «Ново Нордиск» (URL: http://www.novonordisk.ru/content/dam/Russia/AFFILIATE/www-novonordisk-rs/Home/about/Documents/ПОЛИТИКА%20НН_2018_.pdf, (дата обращения: 16.12.2018), ЗАО «Санофи Россия» (URL: <http://www.sanofi.ru/l/ru/ru/layout.jsp?scat=FED7BC02-4F76-4E22-B49E-BACDBBB445B4> (дата обращения: 16.12.2018), ООО «Мерк» (URL: <https://www.merckgroup.com/content/dam/web/corporate/>

ных сегментах оптового рынка лекарственных препаратов, не определяет порядок проведения открытого конкурса среди потенциальных дистрибьюторов. Однако на практике некоторые ТНК, следуя негласным указаниям своих штаб-квартир, фактически ограничивают максимальное количество дистрибьюторов, с которыми у них заключены прямые договоры поставки. Обычно количество таких дистрибьюторов варьируется в диапазоне от 10 до 50. В связи с этим подп. 3 п. 4.2.2 Кодекса добросовестных практик в фармацевтической отрасли содержит декларативную норму, которая на практике не соблюдается хозяйствующими субъектами. Данная норма оторвана от реальности и фактически не выполняет свое предназначение, определенное создателями этого кодекса.

Подпункт 4.3.8 Кодекса добросовестных практик в фармацевтической отрасли позволяет его участникам устанавливать в договорах с дистрибьюторами максимальную цену перепродажи для лекарственных препаратов, не входящих в перечень ЖНВЛП, по всей логистической цепочке от дистрибьютора до аптеки. Авторы этого кодекса обосновывают эту норму стремлением избежать неоправданного повышения цен на лекарственные препараты для конечных потребителей. Однако нельзя забывать о том, что в соответствии с подп. «а» п. 2 Общих исключений не могут быть признаны допустимыми условия, ограничивающие возможность дистрибьютора самостоятельно определять цену, по которой он перепродает товар иным лицам, в том числе условие о фиксированной цене перепродажи товара.

По мнению автора, с целью формирования единообразного понимания правил допустимого поведения на оптовом рынке лекарственных препаратов у всех его участников необходимо привести Кодекс добросовестных практик в фармацевтической отрасли в соответствие с Законом о защите конкуренции, Общими исключениями, Разъяснением о «вертикальных» соглашениях, Рекомендациями для доминирующих субъектов, а также с реальными условиями ведения предпринимательской деятельности хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение на данном рынке.

Переходя к рассмотрению вопроса о пресечении картелей как ограничивающих конкуренцию соглашений хозяйствующих субъектов, следует отметить, что такие соглашения запрещены в силу ст. 11 Закона о защите конкуренции, поскольку они являются самостоятельной формой монополистической деятельности.

Все антиконкурентные соглашения, предусмотренные российским законодательством, можно условно разделить на «горизонтальные»,

[non-images/country-specifics/russia/company/who-we-are/documents/Commercial-Policy-Merck-attachments.pdf](https://www.fticonsulting.com/non-images/country-specifics/russia/company/who-we-are/documents/Commercial-Policy-Merck-attachments.pdf) (дата обращения: 16.12.2018).

«вертикальные» и иные³⁹. А «горизонтальные» соглашения, в свою очередь, подразделяются на картели и иные «горизонтальные» соглашения. Практическое значение такого деления состоит в том, что законодатель совершенно по-разному подходит к определению условий допустимости для каждого вида ограничивающих конкуренцию соглашений, а также к выбору модели доказывания факта совершения соответствующего правонарушения.

В российской и мировой практике существуют две модели доказывания факта нарушения антимонопольного законодательства. Первая из них подразумевает очевидность вредных последствий антиконкурентного поведения хозяйствующего субъекта, которое считается противоправным само по себе. А вторая модель представляет собой гораздо более сложный стандарт доказывания, требующий применения так называемого правила взвешенного подхода, которое помимо установления причинно-следственной связи между действиями (бездействием) хозяйствующего субъекта и наступившими в результате этого последствиями предполагает также проведение оценки данных последствий с точки зрения их позитивного либо негативного влияния на состояние конкуренции. Поведение хозяйствующего субъекта признается нарушением антимонопольного законодательства лишь в том случае, если негативное влияние последствий поведения хозяйствующего субъекта превосходит их позитивное влияние на состояние конкуренции.

А.Е. Шаститко отмечает, что «запрет коммерческой практики согласно букве закона не дает оснований опираться исключительно на юридическую технику в решении вопроса об установлении факта нарушения», однако почти сразу же признает, что «пока нет оснований делать оптимистичные прогнозы о перспективах правила взвешенного подхода в российском правоприменении». По его мнению, вторая из двух вышеупомянутых моделей доказывания неразрывно связана с квалифицированным проведением экономического анализа состояния конкуренции на отраслевом товарном рынке, что вряд ли возможно без глубокого понимания содержания отношений между участниками этого рынка⁴⁰. Между тем, как справедливо отмечает А.Е. Шаститко, в развитых странах (например, в государствах-членах ЕС) именно правило взвешенного подхода широко применяется антимонопольными органами для квалификации соответствующих правонарушений⁴¹.

Картель запрещен в силу императивной нормы, предусмотренной ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, которая совершенно однозначно толкуется в правоприменительной практике. Поэтому для доказывания картеля у антимонопольного органа нет необходимости применять кратко описан-

³⁹ Гутерман А.Е. Действие антимонопольных запретов *per se* в отношении соглашений хозяйствующих субъектов // Конкурентное право. 2014. № 4. С. 24–27.

⁴⁰ Шаститко А.Е. Картель: организация, стимулы, политика противодействия // Российский журнал менеджмента. Т. 11. 2013. № 4. С. 31–56.

⁴¹ Шаститко А.Е. Надо ли защищать конкуренцию от интеллектуальной собственности? // Вопросы экономики. 2013. № 8. С. 60–82.

ное выше правило взвешенного подхода. Думается, что такая позиция законодателя является вполне оправданной, поскольку речь идет о наиболее опасной разновидности «горизонтальных» соглашений между хозяйствующими субъектами-конкурентами⁴². Характеризуя в целом этот запрет как безусловный, М.А. Егорова подчеркивает, что он не предоставляет участникам рынка вариантов поведения, так как картели несут в себе прямую угрозу для конкуренции⁴³. Безусловность данного запрета выражается, в частности, в том, что картель не может быть признан допустимым со ссылкой на ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции. О высоком уровне общественной опасности данного правонарушения свидетельствует и тот факт, что за его совершение предусмотрена не только административная, но и уголовная ответственность в соответствии со ст. 178 Уголовного кодекса Российской Федерации⁴⁴.

Переходя к рассмотрению существующей практики применения ст. 11 Закона о защите конкуренции в отношении хозяйствующих субъектов, являющихся участниками этого отраслевого товарного рынка, следует отметить, что она характеризуется многочисленными картелями в сфере закупок лекарственных препаратов для обеспечения государственных и муниципальных нужд⁴⁵. В картельные соглашения активно вовлечены дистрибьюторы⁴⁶, некоторые из которых являются частью вертикально интегрированных холдинговых структур, контролирующих всю товаропроводящую цепочку: от производства лекарственных препаратов до их реализации через аптечную сеть конечному потребителю. В основном картели приводят к поддержанию цен на торгах, в результате чего государству причиняется огромный ущерб⁴⁷,

⁴² Картелем может также признаваться соглашение, в котором наряду с как минимум двумя дистрибьюторами участвует производитель лекарственного препарата. В этом случае действия дистрибьюторов квалифицируются в соответствии с ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, а действия производителя — в соответствии с ч. 4 этой статьи. То есть наряду с конкурентами дополнительным участником картеля может являться и такой хозяйствующий субъект, который не состоит в конкурентных отношениях с ними. А для признания хозяйствующего субъекта конкурентом может учитываться не только его текущий статус как участника оптового рынка лекарственных препаратов, но и его намерение выйти на этот рынок в будущем. Например, некоторые китайские производители, стремящиеся вывести свои лекарственные препараты на российский рынок, могут вступать в картельные соглашения с российскими производителями.

⁴³ Егорова М.А. Современные подходы к правовому регулированию действий хозяйствующих субъектов товарных рынков // Конкурентное право. 2012. № 2, 3.

⁴⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁴⁵ Платонова О. Интервью с начальником Управления по борьбе с картелями ФАС России А.П. Тенишевым // Юрист. 2017. № 17. С. 5–7.

⁴⁶ ФАС России заподозрила крупные фармацевтические компании в картельном сговоре. 25 июля 2017 г. // Официальный сайт РИА «Новый день». URL: <https://newdaynews.ru/moscow/609743.html> (дата обращения: 16.12.2018); ФАС заподозрила АО «Р-Фарм» в картельном сговоре. 15 января 2018 г. // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/publications/14246> (дата обращения: 16.12.2018).

⁴⁷ Кинев А.Ю. Антиконтурентные соглашения и экономическая безопасность Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

при этом размеры административных штрафов, налагаемых на участников картельных соглашений, исчисляются сотнями миллионов рублей⁴⁸. По понятным причинам наиболее привлекательными для участников картелей являются торги, проводимые с целью закупок дорогостоящих лекарственных препаратов (в частности, предназначенных для реализации программы **ВЗН**). Дела о соответствующих правонарушениях возбуждаются антимонопольным органом на основании п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции с учетом разъяснений, содержащихся в Письме ФАС России от 4 апреля 2011 г. № ИА/12082⁴⁹. В этом письме антимонопольный орган обратил внимание на то, что взаимоотношения между производителями и поставщиками товаров, возникающие при заключении и участии в соглашениях, приводящих к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, могут носить горизонтальный характер в случае наличия возможности у производителя самостоятельно участвовать в торгах. Однако на практике иностранные производители лекарственных препаратов обычно не участвуют в торгах напрямую, предоставляя такую возможность либо независимым дистрибьюторам, которых они тщательно отбирают для этого, либо своим дочерним обществам на территории России. Поэтому на оптовом рынке лекарственных препаратов фигурантами дел о нарушениях п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции являются, как правило, именно дистрибьюторы. Типичным примером является Решение ФАС России от 16 мая 2012 г. по делу № 1 11/202-11⁵⁰, согласно которому два дистрибьютора (ЗАО «РОСТА» и ОАО «Фармстандарт») были признаны виновными в заключении картельного соглашения. За 27 дней до официального объявления государственным заказчиком сведений о проведении открытого аукциона в электронной форме (далее — ОАЭФ) эти дистрибьюторы уже обладали информацией, касающейся проведения торгов по соответствующему лоту, поэтому смогли заблаговременно подписать спецификацию к заключенному между ними договору, в которой зафиксировали количество лекарственного препарата «Пульмозим»⁵¹, а также условия его поставки. Несмотря на то, что оба дистрибьютора в один день подали заявки и были допущены к участию в торгах, ЗАО «РОСТА» впоследствии отказалось от конкурентной борьбы, в результате чего ОАЭФ был признан несостоявшимся, а ОАО «Фармстандарт» смогло заключить с государственным заказчиком контракт на поставку этого лекарственного препарата по максимальной цене.

⁴⁸ Кинев А.Ю., Франкевич О.П. Классификация антиконкурентных соглашений при проведении торгов // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁹ Письмо ФАС России от 4 апреля 2011 г. № ИА/12082 «О разъяснении применения п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁰ Решение ФАС России от 16 мая 2012 г. по делу № 1 11/202-11 // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/567281> (дата обращения: 16.12.2018).

⁵¹ Производитель — Roche (Швейцария).

Сложившаяся в России правоприменительная практика по данной категории дел⁵² свидетельствует о том, что антимонопольным органом тщательно анализируется поведение хозяйствующих субъектов, являющихся участниками торгов, по итогам которых заключаются контракты на поставку лекарственных препаратов для государственных и муниципальных нужд. Вывод о наличии картельного соглашения между конкурентами делается на основе фактов, которые в совокупности подтверждают, что их поведение является однотипным, а их скоординированные действия имеют общую цель, заранее известную каждому из них. Такой целью может быть минимальное снижение начальной максимальной цены контракта (далее — НМЦК) по итогам состоявшихся торгов либо признание торгов несостоявшимися и последующее заключение контракта по НМЦК с дистрибьютором, сделавшим единственное ценовое предложение в отношении товара. Для достижения общей цели дистрибьюторы участвуют в торгах, но не делают ценовых предложений, поочередно отказываясь от конкурентной борьбы в пользу друг друга. Руководствуясь негласным принципом «услуга за услугу», один дистрибьютор, ведя себя пассивно в ходе первого ОАЭФ, рассчитывает на такое же поведение другого дистрибьютора в ходе второго ОАЭФ. Такая тактика позволяет дистрибьюторам гарантированно выигрывать торги, извлекая для себя максимальную прибыль и, соответственно, нанося огромный ущерб государству.

Об однотипности поведения хозяйствующих субъектов и о наличии у них общей цели могут говорить следующие обстоятельства:

1. Конкуренты совершают такие юридически значимые действия, как подача заявок, предоставление ценовых предложений и подписание контрактов, используя единую инфраструктуру, принадлежащую одному из них. Например, доступ дистрибьюторов к электронной торговой площадке осуществляется с принадлежащего одному из них IP-адреса или формирование документов для участия в ОАЭФ производится тем же работником одного из дистрибьюторов, что подтверждается файлами, хранящимися на жестком диске компьютера, которым пользуется этот работник. Зачастую в ходе внеплановой проверки антимонопольным органом изымаются жесткие диски компьютеров, и в результате осмотра свойств содержащихся там файлов выявляются совпадения имени учетной записи, создавшей эти файлы или изменившей их, одинаковые размеры файлов, одни и те же дата и время

⁵² См., например: Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 31 мая 2017 г. по делу № А74-10053/2016; Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 7 марта 2017 г. № Ф09-751/17 по делу № А71-3150/2016; Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 1 февраля 2018 г. по делу № А33-5144/2017; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 30 мая 2018 г. по делу № А27-13350/2017; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 апреля 2018 г. по делу № А40-35064/17-93-311; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 июня 2018 г. по делу № А40-138754/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

создания и последующего изменения файла. Наконец, один дистрибьютор под видом выдачи беспроцентного займа может покрывать расходы другого дистрибьютора, связанные с внесением обеспечительного платежа для участия в ОАЭФ. В последнее время участились случаи использования сервиса «Аукционный робот» для участия в торгах в автоматическом режиме. Одновременное применение этого сервиса дистрибьюторами-конкурентами при участии в конкретных ОАЭФ тоже может указывать на наличие между ними картельного соглашения.

2. Активный обмен информацией, относящейся к участию в торгах, между конкурентами. Например, обнаружение антимонопольным органом в ходе осуществления внеплановой проверки на рабочих местах работников одного дистрибьютора документов, принадлежащих другому дистрибьютору (таблицы со сведениями об ОАЭФ, в которых намерен принять участие конкурент; информация об ассортименте товара, реализуемого конкурентом, и об отпускных ценах на этот товар).

3. Наличие между конкурентами устойчивых хозяйственных связей (например, один дистрибьютор арендует офисные или складские помещения у другого) или наличие родственных связей между руководителями дистрибьюторов тоже может приниматься во внимание антимонопольным органом и судом при рассмотрении дел данной категории.

4. Использование конкурентами при совместном участии в торгах такой модели поведения, которая резко отличается от применяемой ими в случаях, когда в торгах участвуют иные хозяйствующие субъекты, не являющиеся сторонами картельного соглашения. Первая модель поведения представляет собой имитацию конкурентной борьбы с целью минимального снижения НМЦК по итогам состоявшихся торгов либо с целью признания торгов несостоявшимися и последующего заключения контракта по НМЦК с дистрибьютором, сделавшим единственное ценовое предложение в отношении товара. А вторая модель поведения является диаметрально противоположной, когда дистрибьюторы активно снижают НМЦК. Например, в рамках первой модели поведения конкуренты указывают в своих заявках на участие в каждом ОАЭФ лекарственные препараты, имеющие одинаковое торговое наименование (несмотря на то, что у каждого из них в ассортименте есть лекарственные препараты, имеющие различные торговые наименования, но одно и то же МНН).

Понятие картеля, содержащееся в ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, определяется через понятие соглашения, предусмотренное в п. 18 ст. 4 этого же закона. По мнению М.А. Егоровой и А.Ю. Кинева, которое основывается на правовых позициях высших судебных инстанций⁵³, это вовсе

⁵³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2010 г. № 9966/10 по делу № А27-12323/2009; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 20 ноября 2015 г. № 305-КГ15-1236 по делу № А40-81895/2013; Обзор по

не случайно, поскольку российский законодатель намеренно не использует термин «договор», подчеркивая тем самым, что «соглашение, обладающее признаками картеля... не является сделкой по смыслу ст. 153 ГК РФ и не может быть квалифицировано в качестве договора (ст. 420 ГК РФ)»⁵⁴.

Исключительное право на РИД или приравненное к нему средство индивидуализации является монопольным по своей природе. Само по себе наличие данного права у хозяйствующего субъекта автоматически не приводит к нарушению запретов на монополистическую деятельность, но может служить объективной предпосылкой к этому⁵⁵. Поэтому важное практическое значение имеет исследование взаимосвязи между наличием у хозяйствующего субъекта исключительного права на РИД или приравненное к нему средство индивидуализации и антиконкурентным поведением этого хозяйствующего субъекта, выражающимся в заключении с конкурентом соглашения о предоставлении права использования РИД. Учитывая, что из всех видов РИД именно изобретения, охраняемые патентами, оказывают наиболее заметное влияние на конкурентные отношения между участниками оптового рынка лекарственных препаратов, исследование вышеупомянутой взаимосвязи проводится автором на примере исключительного права на изобретение⁵⁶. Автор полагает, что в российской науке гражданского права и в правоприменительной практике уделяется недостаточное внимание анализу конкретных условий заключаемых между конкурентами лицензионных договоров. В результате снижаются реальные возможности ФАС России по выявлению картелей. Между тем антимонопольный орган мог бы активно взаимодействовать с Роспатентом при проведении анализа соответствующих сделок, поскольку все они регистрируются в установленном порядке именно Роспатентом.

С целью выявления условий, при которых лицензионный договор может быть признан картелем, автором была проанализирована собственная

вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере (утв. Постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 16.03.2016 // СПС «Консультант-Плюс».

⁵⁴ Егорова М.А., Кинев А.Ю. Правовые критерии картеля // Право и экономика. 2016. № 4. С. 4–11.

⁵⁵ Гаврилов Д.А., Петрова А.С. Вызовы для антимонопольного регулирования в цифровую эпоху // Вестник Университета им. О.Е. Кутафина. 2017. № 9. С. 48–56.

⁵⁶ Обычно в фармацевтической отрасли промышленности лицензионные договоры только в отношении ноу-хау заключаются редко. Гораздо чаще права на использование ноу-хау передаются в рамках лицензионного договора, относящегося к изобретению. Только поэтому, ничуть не умаляя роль ноу-хау в передаче технологий, лежащих в основе производства инновационных лекарственных препаратов, автор сознательно берет за основу именно изобретения как самостоятельный вид РИД. Однако в ходе исследования при выявлении особенностей конкурентных отношений между лицензиарами и лицензиатами по поводу использования ноу-хау как другого вида РИД автором будут делаться необходимые оговорки.

адвокатская практика. Она, к сожалению, свидетельствует о том, что при нынешней чрезмерно категоричной формулировке ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции под маской таких договоров могут скрываться картели, заключаемые недобросовестными участниками оптового рынка лекарственных препаратов, абсолютно безнаказанно. Вот лишь несколько примеров, подтверждающих данный тезис.

1. Российский производитель заключил лицензионный договор с ТНК, согласно которому ТНК предоставила ему исключительную лицензию на право использования изобретения для производства инновационного лекарственного препарата в течение всего срока действия соответствующего патента, который охранял способ получения активного вещества, лежавшего в основе производства этого товара. Через 6 лет с момента начала производства данного товара еще два российских производителя-конкурента вывели на рынок свои лекарственные препараты, которые являлись взаимозаменяемыми по отношению к этому инновационному лекарственному препарату. Оба производителя получили патенты на разработанные ими альтернативные способы получения этого активного вещества. Узнав о действиях конкурентов, обладатель исключительной лицензии уведомил их о нарушении патента, принадлежащего ТНК, и предложил им заключить с ним соглашение. Заключив такое соглашение, стороны договорились о том, что обладатель исключительной лицензии не будет обращаться ни в Роспатент, ни в суды в связи с производством и продажей двумя российскими производителями-конкурентами своих лекарственных препаратов. В обмен на это два российских производителя-конкурента в соответствии с лицензионными договорами о предоставлении неисключительных лицензий, заключенными ими с обладателем исключительной лицензии, взяли на себя обязательства выплачивать роялти в размере 5 процентов от объемов продаж своих лекарственных препаратов. Автор полагает, что эти два лицензионных договора о предоставлении неисключительных лицензий согласно п. 2 ст. 170 ГК РФ являлись притворными сделками, которые были совершены с целью прикрыть картельное соглашение между конкурентами. Дополнительно стороны договорились предпринимать совместные усилия для недопущения появления новых конкурентов на этом товарном рынке. В соответствии с достигнутым сторонами соглашением каждый из двух российских производителей-конкурентов взял на себя обязательство заключить с ТНК и обладателем исключительной лицензии договор о совместном владении патентом, ранее принадлежавшим только соответствующему российскому производителю-конкуренту. Конечной целью сторон данного соглашения был раздел товарного рынка по объему продаж. Если бы формулировка ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции была несколько смягчена, то такие соглашения хозяйствующих субъектов могли бы быть квалифицированы в качестве картеля, запрещенного в силу п. 3 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

2. Три крупных производителя лекарственных препаратов, защищенных патентами на соответствующие изобретения, лежащие в основе их производства, под предлогом обмена передовыми технологиями⁵⁷ заключают между собой лицензионные договоры о предоставлении неисключительных лицензий, в которых предусматривают взаимные ограничения в отношении количества производимых ими товаров. Формально эти товары не являются взаимозаменяемыми (т.е. соответствующая информация пока отсутствует в ГРАС), однако если руководствоваться не формальным, а содержательным подходом к определению взаимозаменяемости, то они являются таковыми. Каждый из данных производителей, конкурируя друг с другом, производит широкий ассортимент разных лекарственных препаратов. Истинной целью этих хозяйствующих субъектов является поддержание высоких цен на конкретные производимые ими лекарственные препараты в условиях, когда объем предложения на данном товарном рынке ограничен. Если бы формулировка ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции была несколько смягчена, то такие соглашения хозяйствующих субъектов могли бы быть квалифицированы в качестве картеля, запрещенного в силу п. 1 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

3. ТНК, стремясь создать производство инновационного лекарственного препарата на территории России, при заключении лицензионного договора с российским производителем под угрозой применения штрафных санкций и взыскания убытков запрещает ему использовать свои собственные технологии или проводить НИОКР в той же терапевтической области, к которой относится этот инновационный лекарственный препарат. Аналогичные последствия предусматриваются ТНК как лицензиаром и на тот случай, если российский производитель заключит с третьими лицами лицензионные договоры либо договоры об отчуждении исключительных прав на РИД, в результате чего он приобретет технологии, которые позволят ему производить и продавать товар, который может быть признан взаимозаменяемым по отношению к инновационному лекарственному препарату ТНК. Если бы формулировка ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции была несколько смягчена, то такое соглашение хозяйствующих субъектов могло бы быть квалифицировано в качестве картеля, запрещенного в силу п. 4 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

4. Отдельного внимания заслуживает перекрестное лицензирование как возможный способ заключения лицензионных договоров между хозяйствующими субъектами-конкурентами, в результате чего на оптовом рынке лекарственных препаратов могут устанавливаться или поддерживаться цены

⁵⁷ В результате экспертной оценки этих технологий вполне может оказаться, что ни одна из них в действительности не является поистине передовой для фармацевтической отрасли, даже несмотря на наличие патента. Поэтому согласно п. 2 ст. 170 ГК РФ данные лицензионные договоры могут быть признаны притворными сделками, которые совершены с целью прикрыть картель.

на товары (в том числе на торгах), а сам товарный рынок может разделяться по территориальному принципу, по объему продажи лекарственных препаратов, по их ассортименту либо по составу покупателей⁵⁸.

Автор считает, что при определенных условиях картелем может признаваться и лицензионный договор, согласно которому в силу ст. 1235 ГК РФ лицензиар предоставляет или обязуется предоставить лицензиату право использования РИД или средства индивидуализации в предусмотренных договором пределах. Ведь картельные соглашения вполне могут заключаться под видом лицензионного договора, предметом которого является предоставление лицензиату права использовать изобретение и (или) ноу-хау⁵⁹.

Для доказывания картелей и иных ограничивающих конкуренцию соглашений хозяйствующих субъектов ФАС России использует как прямые, так и косвенные доказательства. В качестве прямых рассматриваются письменные доказательства, включая договоры⁶⁰. Таким образом, трудно переоценить роль лицензионных договоров в доказывании нарушений норм, предусмотренных ст. 11 Закона о защите конкуренции. Эти сделки не только совершаются в письменной форме, но и подлежат государственной регистрации Роспатентом. Поэтому каждая из них может быть легко доступна для проведения антимонопольным органом проверки с целью выявления условий, нарушающих требования данной статьи.

По мнению автора, для того чтобы ФАС России и суды могли эффективно применять ст. 11 Закона о защите конкуренции в целях пресечения антиконкурентного поведения хозяйствующего субъекта, необходимо предпринять следующие две меры.

Прежде всего, законодателю следовало бы изменить формулировку ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции, добавив туда важную оговорку, позволяющую применять указанную норму в случаях антиконкурентного поведения хозяйствующих субъектов, выражающегося в соглашениях о предоставлении права использования РИД. Для ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции автор предлагает следующую оговорку: «...за исключением случаев, когда указанные соглашения являются картелями».

Часть 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции в настоящее время предусматривает, что требования этой статьи не распространяются на соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования РИД или приравненных к ним средств индивидуализации.

⁵⁸ К аналогичным негативно влияющим на конкуренцию последствиям могут приводить патентные пулы, которые способны значительно ограничивать конкуренцию на рынке передовых технологий. По мнению автора, ввиду сложности данной проблематики она заслуживает самостоятельного детального рассмотрения за рамками настоящего исследования.

⁵⁹ Поскольку именно эти РИД в наибольшей степени влияют на передачу технологий, лежащих в основе производства инновационных лекарственных препаратов.

⁶⁰ См. разъяснение № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 17.02.2016 № 3) // СПС «КонсультантПлюс».

В научной литературе отмечается, что содержание понятия «осуществление исключительных прав» не раскрывается в гражданском законодательстве (за исключением, пожалуй, нормы, предусмотренной в п. 2 ст. 1484 ГК РФ, где упоминается открытый перечень способов, с помощью которых исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых данный товарный знак зарегистрирован)⁶¹. По своей сути действия субъекта по осуществлению исключительного права на РИД и приравненные к ним средства индивидуализации представляют собой не что иное, как содержание данного правомочия, носящего абсолютный характер⁶². А.А. Пиленко описывал это содержание через господство правообладателя над РИД и через запрет на использование РИД третьими лицами без согласия правообладателя⁶³. По мнению В.А. Дозорцева, содержание исключительного права состоит из двух правомочий — использования и распоряжения⁶⁴. Именно такой подход нашел свое отражение и в законодательстве. Статья 1229 ГК РФ предоставляет правообладателю возможность самостоятельного использования РИД по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом, а также право распоряжаться исключительным правом на РИД. Комментируя данную норму, Э.П. Гаврилов подчеркивает, что право использования относится к охраняемому объекту, а право распоряжения — к исключительному праву на охраняемый объект. По его мнению, в правомочие «распоряжения» входит как право на отчуждение РИД, так и право на выдачу лицензии на использование РИД. Кроме того, Э.П. Гаврилов полагает, что упомянутое во втором абзаце п. 1 ст. 1229 ГК РФ разрешение другим лицам использовать РИД по своей сути является ничем иным, как проявлением правомочия распоряжения исключительным правом на РИД⁶⁵. Исходя из буквального толкования п. 1 ст. 1233 ГК РФ, помимо заключения договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора у правообладателя имеются иные не противоречащие закону и существу такого исключительного права способы распоряжения им (например, залог)⁶⁶. В соответствующих главах части четвертой ГК РФ содержатся примерные перечни действий, составляющих содержание

⁶¹ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции». С. 210.

⁶² Назаров А.Г. Пределы осуществления исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Екатеринбург, 2011. С. 53–62.

⁶³ Пиленко А.А. Право изобретателя (Классика российской цивилистики.) М. : Статут, 2001. С. 436–442.

⁶⁴ Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей. М. : Статут, 2003. С. 4.

⁶⁵ Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой ГК РФ (постатейный). М. : Экзамен, 2009. С. 36.

⁶⁶ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции». С. 210.

правомочия по использованию РИД применительно к каждой разновидности РИД. Например, в п. 2 ст. 1358 ГК РФ содержится открытый перечень действий, признаваемых использованием изобретения. К их числу относятся: ввоз на территорию Российской Федерации, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использовано изобретение; совершение вышеупомянутых действий в отношении продукта, полученного непосредственно запатентованным способом, а также в отношении продукта, предназначенного для его применения в соответствии с назначением, указанным в формуле изобретения, при охране изобретения в виде применения продукта по определенному назначению; осуществление способа, в котором используется изобретение, в том числе путем применения этого способа.

Что же касается соглашений о предоставлении права использования РИД или приравненных к ним средств индивидуализации, то, по мнению автора, под этими соглашениями в ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции понимаются соответственно лицензионный договор и договор об отчуждении исключительного права⁶⁷, которые прямо названы в ст. 1233 ГК РФ как альтернативные способы распоряжения исключительным правом на РИД или приравненное к нему средство индивидуализации.

Между учеными, органами государственной власти и представителями бизнес-сообщества ведется оживленная дискуссия, предметом которой является возможность для распространения действия антимонопольного законодательства на сферу интеллектуальных прав. Спектр мнений, выражаемых участниками этого обсуждения, достаточно широк. Пожалуй, самым радикальным является предложение ФАС России полностью исключить соответственно ч. 4 из ст. 10 и ч. 9 из ст. 11 Закона о защите конкуренции⁶⁸. Более гибкой выглядит позиция Роспатента, которая сводится к тому, что «требуется определение конкретных правоотношений в сфере интеллектуальной собственности, на которые будут распространяться положения антимонопольного законодательства»⁶⁹. Наконец, некоторые участники это-

⁶⁷ В фармацевтической отрасли промышленности заключение хозяйствующими субъектами договоров об отчуждении исключительных прав на РИД и приравненные к ним средства индивидуализации происходит в основном при совершении сделок, связанных с так называемыми слияниями и поглощениями. Передача технологий очень часто лежит в основе таких сделок. Думается, что антимонопольный орган должен реагировать на возможные последствия подобных сделок в ходе осуществляемого им государственного контроля за экономической концентрацией. Поэтому в настоящем исследовании автор не рассматривает допустимые условия договора об отчуждении исключительного права на РИД и приравненное к нему средство индивидуализации с точки зрения антимонопольного законодательства.

⁶⁸ Проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» // Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <http://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#пра=74529> (дата обращения: 16.12.2018).

⁶⁹ Тезисы выступления руководителя Роспатента Г.П. Ивлиева на заседании секции «Антимонопольное регулирование и интеллектуальная собственность» в рамках X Междуна-

го дискурса считают, что отсутствует необходимость вносить какие-либо коррективы в обе названные статьи Закона о защите конкуренции. Например, Ворожевич А.С., критикуя вышеупомянутую инициативу ФАС России, полагает, что «ненадлежащие правореализационные практики должны пресекаться на основании гражданско-правового инструментария: принудительного лицензирования, института злоупотребления правом, принципа исчерпания права»⁷⁰.

Норма, по своей сути аналогичная тем, которые в настоящее время предусмотрены ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции, ранее содержалась в п. 2 ст. 2 Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»⁷¹ (далее — Закон РСФСР о конкуренции). Однако та норма в отличие от нынешних норм предусматривала очень важную оговорку, позволявшую в некоторых случаях распространять действие Закона РСФСР о конкуренции на отношения, связанные с объектами исключительных прав. Автор полагает, что на современном этапе развития общественных отношений в рассматриваемой сфере введение законодателем аналогичной по смыслу оговорки в ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции позволит правоприменителю эффективно пресекать картели, заключаемые под видом лицензионных договоров.

Также, по мнению автора, ФАС России следовало бы разработать для хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового рынка лекарственных препаратов, рекомендации по заключению лицензионных договоров (далее — Рекомендации о допустимых условиях сделок), где должны содержаться конкретные критерии, на основе которых можно было бы, например, квалифицировать некоторые сделки в качестве картелей, а затем применять к правонарушителям ст. 11 Закона о защите конкуренции. Некоторые ученые высказываются о необходимости наличия аналогичного документа применительно к рынку информационных технологий⁷². Думается, что Рекомендации о допустимых условиях сделок стали бы очень важным ориентиром для всех участников оптового рынка лекарственных препаратов, а ФАС России при их разработке могла бы ориентироваться на успешный опыт развитых стран (например, государств-членов ЕС⁷³) и развиваю-

родной научно-практической конкуренции «Кутафинские чтения» 8 апреля 2016 г. // Официальный сайт Роспатента. URL: https://rupto.ru/press/news_archive/inform2016/fas/konkur.pdf (дата обращения: 16.12.2018).

⁷⁰ Ворожевич А.С. Антимонопольный иммунитет для интеллектуальной собственности в России при построении цифровой экономики: отменить или сохранить? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 19. С. 55–70.

⁷¹ Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 499.

⁷² Гаврилов Д.А., Петрова А.С. Указ. соч. С. 56.

⁷³ Регламент Комиссии ЕС от 27 апреля 2004 г. № 772/2004 о применении ст. 81(3) Договора об учреждении ЕС к категориям соглашений о передаче технологий (далее — Регламент ЕС 2004 г.). Commission Regulation (EC) No. 772/2004 of 27 April 2004 on the application of

щихся стран-членов БРИКС (например, КНР⁷⁴), которые уже выработали объективные критерии, позволяющие квалифицировать определенные условия лицензионных договоров именно в качестве антиконкурентного поведения хозяйствующих субъектов и применять в таких случаях механизмы конкурентного права. Представляется целесообразным отразить в Рекомендациях о допустимых условиях сделок, какие виды лицензионных практик в рассматриваемой сфере могут квалифицироваться как картели. По мнению автора, к числу таких практик следует отнести: 1) установление лицензиаром цены, по которой лицензиат продает лекарственный препарат другим участникам рынка; 2) ограничение лицензиаром количества лекарственных препаратов, производимых лицензиатом; 3) раздел лицензиаром товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи лекарственных препаратов, ассортименту реализуемых лекарственных препаратов или по составу покупателей; 4) сокращение или прекращение производства лекарственных препаратов.

Некоторые правоведы полагают, что в российской правоприменительной практике нецелесообразно иметь Рекомендации о допустимых условиях сделок. Например, А.С. Ворожевич, рассматривая опыт США и Японии, приходит к неожиданному выводу о том, что «отдельные лицензионные практики, которые рассматривались в зарубежных правовых порядках с позиции их относимости к монопольным нарушениям, в рамках российской правовой системы могут быть признаны недопустимыми на основе общих гражданско-правовых правил»⁷⁵. По мнению автора, данный вывод является ошибочным, поскольку механизмов, имеющихся в арсенале гражданского права, явно недостаточно для эффективного пресечения картелей, заключаемых под видом лицензионных договоров. Для противодействия такому поведению хозяйствующих субъектов требуются механизмы конкурентно-

Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements // Официальный сайт организации EUR-Lex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0772&from=EN> (дата обращения: 16.12.2018); Регламент Комиссии ЕС от 21 марта 2014 г. № 316/2014 о применении ст. 101(3) Договора о функционировании ЕС к категориям соглашений о передаче технологий (далее — Регламент ЕС 2014 г.). Commission Regulation (EU) No. 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements // Официальный сайт организации EUR-Lex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN> (дата обращения: 16.12.2018).

⁷⁴ Распоряжение о запрете поведения, устранивающего или ограничивающего конкуренцию путем злоупотребления исключительными правами на РИД (утверждено Приказом Государственного управления промышленности и торговли КНР от 07.04.2015 № 74, далее — Распоряжение КНР 2015 г.). Regulation on the Prohibition of Conduct Eliminating or Restricting Competition by Abusing Intellectual Property Rights (issued by Order No. 74 of April 7, 2015 of the State Administration for Industry and Commerce of People's Republic of China) // Официальный сайт ВОИС. URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=15668> (дата обращения: 16.12.2018).

⁷⁵ Ворожевич А.С. Лицензионные договоры и антитраст: опыт США и Японии, выбор России // Закон. 2015. № 3. С. 128–140.

го права. Автор полагает, что для России опыт США и Японии в рассматриваемой сфере вряд ли может служить примером для подражания, учитывая слишком большие различия между уровнями развития национальных экономик, общественных отношений и правовых систем. В этой связи В.А. Дозорцев справедливо отмечал: «Есть тенденция игнорировать двойственную функцию исключительных прав, проводя в жизнь приоритет товарного, рыночного начала. Об этом с несомненностью свидетельствует развитие нашего законодательства. Между тем многие страны с безусловно развитой рыночной экономикой достаточно четко отражают социальное начало в своем законодательстве. Игнорирование социального начала — тенденция англо-саксонского права... Следование в этом вопросе англо-американскому образцу не соответствует традициям нашего законодательства»⁷⁶. К числу экономически развитых стран, которые имел в виду В.А. Дозорцев, относятся страны-члены ЕС, опыт которых в рассматриваемой сфере предлагает использовать автор. А учитывая тот факт, что Россия является одной из стран БРИКС, для нашего государства был бы весьма полезен и опыт КНР в данной сфере.

Автор считает, что вышеупомянутые рекомендации ФАС России для хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового рынка лекарственных препаратов, по заключению лицензионных договоров (далее — Рекомендации о допустимых условиях сделок) должны содержать следующие признаки картелей, заключаемых под видом лицензионных договоров:

- а) установление лицензиаром цены, по которой лицензиат продает лекарственный препарат другим участникам рынка;
- б) ограничение лицензиаром количества лекарственных препаратов, производимых лицензиатом;
- в) раздел лицензиаром товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи лекарственных препаратов, ассортименту реализуемых лекарственных препаратов или по составу покупателей;
- г) сокращение или прекращение производства лекарственных препаратов.

Литература

1. Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой ГК РФ (постатейный) / Э.П. Гаврилов, В.И. Еременко. М. : Экзамен, 2009.
2. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» / отв. ред. И.Ю. Артемьев; МГИМО МИД России, ФАС России, ООО «Статут». 2-е изд., перераб. и доп. М. : Статут, 2016.
3. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей / В.А. Дозорцев. М. : Статут, 2003.

⁷⁶ Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 25.

4. Маслова В.А. Дистрибьюторский договор как правовой инструмент организации сбыта товаров : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В.А. Маслова. М., 2011. 29 с.

5. Назаров А.Г. Пределы осуществления исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.Г. Назаров Екатеринбург, 2011.

6. Пиленко А.А. Право изобретателя (Классика российской цивилистики) / А.А. Пиленко. М. : Статут, 2001.

7. Ворожевич А.С. Антимонопольный иммунитет для интеллектуальной собственности в России при построении цифровой экономики: отменить или сохранить? / А.С. Ворожевич // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 19. С. 55–70.

8. Ворожевич А.С. Лицензионные договоры и антитраст: опыт США и Японии, выбор России / А.С. Ворожевич // Закон. 2015. № 3. С. 128–140.

9. Гаврилов Д.А., Петрова А.С. Вызовы для антимонопольного регулирования в цифровую эпоху / Д.А. Гаврилов, А.С. Петрова // Вестник Университета им. О.Е. Кутафина. 2017. № 9. С. 48–56.

10. Гутерман А.Е. Действие антимонопольных запретов per se в отношении соглашений хозяйствующих субъектов / А.Е. Гутерман // Конкурентное право. 2014. № 4. С. 24–27.

11. Егорова М.А., Кинев А.Ю. Правовые критерии картеля / М.А. Егорова, А.Ю. Кинев // Право и экономика. 2016. № 4. С. 4–11.

12. Егорова М.А. Современные подходы к правовому регулированию действий хозяйствующих субъектов товарных рынков / М.А. Егорова // Конкурентное право. 2012. № 2, 3.

13. Кинев А.Ю. Антиконтурентные соглашения и экономическая безопасность Российской Федерации / А.Ю. Кинев // СПС «КонсультантПлюс».

14. Кинев А.Ю., Франкевич О.П. Классификация антиконкурентных соглашений при проведении торгов / А.Ю. Кинев, О.П. Франкевич // СПС «КонсультантПлюс».

15. Платонова О. Интервью с начальником Управления по борьбе с картелями ФАС России А.П. Тенишевым / О. Платонова // Юрист. 2017. № 17. С. 5–7.

16. ФАС заподозрила крупные фармацевтические компании в картельном сговоре. 25 июля 2017 г. // Официальный сайт РИА «Новый день». URL: <https://newdaynews.ru/moskow/609743.html> (дата обращения: 16.12.2018).

17. ФАС заподозрила АО «Р-Фарм» в картельном сговоре. 15 января 2018 г. // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/publications/14246> (дата обращения: 16.12.2018).

18. Шаститко А.Е. Картель: организация, стимулы, политика противодействия / А.Е. Шаститко // Российский журнал менеджмента. Т. 11. 2013. № 4. С. 31–56.

19. Шаститко А.Е. Надо ли защищать конкуренцию от интеллектуальной собственности? / А.Е. Шаститко // Вопросы экономики. 2013. № 8. С. 60–82.

20. Тезисы выступления руководителя Роспатента Г.П. Ивлиева на заседании секции «Антимонопольное регулирование и интеллектуальная собственность» в рамках X Международной научно-практической конференции «Кутафинские чтения» 8 апреля 2016 г. // Официальный сайт Роспатента. URL: https://rupto.ru/press/news_archive/inform2016/fas/konkur.pdf (дата обращения: 16.12.2018).

21. Отчет международной неправительственной организации Transparency International по теме: «Коррупция в фармацевтической отрасли» // Официальный сайт международной неправительственной организации Transparency International. URL: <http://www.transparency.org.uk/publications/corruption-in-the-pharmaceutical-sector/#.WpZb40Zf1Ms> (дата обращения: 16.12.2018).

22. GSK to plead guilty and pay \$3 billion to resolve fraud allegations and failure to report safety data // Официальный сайт Министерства юстиции США. URL: <https://www.justice.gov/opa/pr/glaxosmithkline-plead-guilty-and-pay-3-billion-resolve-fraudallegations-and-failure-report> (дата обращения: 16.12.2018).

Рубцова Наталья Васильевна,
заместитель декана юридического факультета Новосибирского
государственного университета экономики и управления,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Новосибирского государственного технического университета,
кандидат юридических наук, доцент
rubtsova@yandex.ru

К ВОПРОСУ О СОЦИАЛЬНОМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВЕ

Статья посвящена понятию социального предпринимательства. Проанализированы цели предпринимательской деятельности, выявлены особенности развития социального предпринимательства в России. На основании проведенного исследования сделан вывод о том, что содержание социального предпринимательства неразрывно связано с понятием и содержанием предпринимательской деятельности и является ее конститутивным признаком.

Ключевые слова: **социальное предпринимательства, предпринимательская деятельность, прибыль, цель.**

Рубцова Наталья Васильевна,
заместитель декана юридического факультета Новосибирского
государственного университета экономики и управления,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Новосибирского государственного технического университета,
кандидат юридических наук, доцент,
rubtsova@yandex.ru

К ВОПРОСУ О СОЦИАЛЬНОМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВЕ

The article is devoted to the concept of social entrepreneurship. Analyzed business purpose, the peculiarities of the development of social entrepreneurship in Russia. On the basis of the conducted research it is concluded that the content of social entrepreneurship is inextricably linked to the concept and content of entrepreneurship and is its constitutive feature.

Keywords: **social entrepreneurship, entrepreneurial activity, profit, purpose.**

В соответствии с гражданским законодательством прибыль является безусловной целью предпринимательской деятельности. И многие авторы, в первую очередь экономисты, считают данный признак абсолютным¹. Однако целью предпринимательской деятельности может являться не только прибыль. О.В. Тишанская отмечает, что в развитых странах политика государства состоит в поощрении и бесприбыльного предпринимательства в сферах экологии, здравоохранения, культуры, социального обеспечения. Необходимо выделить и достижение социального эффекта в качестве одного из направлений предпринимательской деятельности². Заметим, что по отношению к коммерческим организациям позиция Конституционного Суда Российской Федерации прямо противоположна. Так, в отношении акционерного общества указывается, что убыточная деятельность, а равно деятельность, в результате которой акционерное общество не способно выполнять свои обязательства перед акционерами и третьими лицами, а также налоговые обязанности и реально нести имущественную ответственность в случае их невыполнения, не соответствует его предназначению как коммерческой организации, преследующей в качестве основной цели извлечение прибыли³.

Еще Г.Ф. Шершеневич в труде «Курс торгового права» отмечал так называемую спекулятивную цель сделки и считал такую цель «связующими звеном» при отнесении сделки к торговой, отмечая, что все, что включено в область отношений, подчиненных торговому праву, проникнуто спекуляцией⁴. Это так называемый «торговый дух — спекулятивный мотив, лежащий в основе всех торговых сделок, и начало возмездности, которым проникнуты все взаимные отношения в торговом обороте»⁵.

В Письме Верховного Суда Российской Федерации «Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам» указано, что извлечение прибыли — цель предпринимательской деятельности, а не ее обязательный реальный результат, само по себе отсутствие прибыли от этой деятельности не служит основанием для вывода о том, что такая деятельность не предпринимательская. Прибыль в результате торгово-закупочной деятельности об-

¹ Леонтьев В.Е. Формирование и использование предпринимательской прибыли : монография. СПб. : Изд-во СПбУЭФ, 1994. С. 10; Федотова М.А. Доходы предпринимателя : монография. М.: Финансы и статистика, 1993. С. 8.

² См.: Тишанская С.В. Понятие предпринимательской деятельности // Известия вузов. Правоведение. 1994. № 1. С. 70.

³ Пункт 4 Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 18 июля 2003 г. № 14-П по делу о проверке конституционности положений ст. 35 Федерального закона «Об акционерных обществах», ст. 61 и 99 Гражданского кодекса Российской Федерации, ст. 31 Налогового кодекса Российской Федерации и ст. 14 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданина А.Б. Борисова, ЗАО «Медиа-Мост» и ЗАО «Московская Независимая Вещательная Корпорация» // Вестник КС РФ. 2003. № 5.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права : в 2-х т. М. : Статут, 2003. Т. 1. С. 39.

⁵ Там же. С. 84.

разуется в результате покупки товара и последующей его продажи по более высокой цене. Такая деятельность представляет собой длящийся процесс, начало которого определяется моментом покупки товара, предназначенного для дальнейшей продажи. При наличии неблагоприятных обстоятельств полный цикл торгового оборота может не состояться, в результате чего вероятны убытки. Вместе с тем наличие этих неблагоприятных для предпринимателя обстоятельств не только не меняет самого характера предпринимательской деятельности, но и является одним из составляющих элементов этой деятельности, связанной с различного рода рисками⁶.

Кроме того, исходя из определения Гражданского кодекса Российской Федерации, не усматривается, всегда ли извлечение прибыли должно сопровождаться квалификацией деятельности субъекта в качестве предпринимательской.

Так, правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации ориентирует правоприменителя на то, чтобы при оценке оплачиваемой деятельности как несовместимой с соответствующим публичным статусом учитывались, в частности, такие установленные гражданским законодательством критерии, как самостоятельность, рисковый характер, систематичность, предмет этой деятельности и юридические основания ее осуществления, возможность конфликта частных интересов лица, для которого устанавливаются соответствующие ограничения, и публичных интересов.

При этом Конституционный Суд Российской Федерации не констатировал, что соответствующий запрет носит абсолютный характер и во всех случаях запрещает члену Совета Федерации, депутату Государственной Думы извлекать доход от распоряжения своим имуществом, и, следовательно, если такая деятельность по своим параметрам, определяемым в соответствии с гражданским законодательством, явно не является предпринимательской и не влечет за собой возникновение конфликта интересов, она может быть признана допустимой.

Подобный подход к интерпретации ограничений, связанных с предпринимательской деятельностью, нашел отражение в Кодексе судейской этики (утвержден VIII Всероссийским съездом судей 19 декабря 2012 г.): ст. 19 данного кодекса, воспроизводя предписание подп. 4 п. 3 ст. 3 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации», в соответствии с которым судья не вправе заниматься предпринимательской деятельностью лично или через доверенных лиц, в том числе принимать участие в управлении хозяйствующим субъектом независимо от его организационно-правовой формы, вместе с тем предусматривает, что судья может инвестировать средства и распоряжаться своим имуществом, включая недвижимость, а также извлекать прибыль из других источников, например, от сдачи

⁶ Бюллетень ВС РФ. 1997. № 10.

недвижимости в аренду, если только эта деятельность не предполагает использование судейского статуса (п. 1 и 2)⁷.

Однако О.М. Олейник утверждает, что у предпринимательской деятельности должно быть две цели, причем первой является не извлечение прибыли, а создание продукта (товара), способного удовлетворить или сформировать потребности общества, и только на основе этого извлечь прибыль⁸. Представляется, что названная цель носит общий характер, указывая, скорее, на внутреннее состояние личности предпринимателя, имеет мотивационный характер и не подлежит внешней оценке (в том числе со стороны суда), и данная цель является составной частью другого признака предпринимательской деятельности — профессионализма. При этом в конечном итоге именно создание общего блага наиболее важно при формировании предпринимательских отношений. Создание социального блага⁹ напрямую зависит от субъектов предпринимательской деятельности. Философско-правовая концепция общего блага¹⁰ как нельзя более точно определяет цели предпринимательской деятельности, которые должны быть направлены, как и деятельность всех иных субъектов в правовом государстве, на создание общих благ, учитывающих интересы любых субъектов в обществе. Как подчеркивает В.С. Белых, наряду с извлечением прибыли для субъектов предпринимательской деятельности принципиальное значение приобретает также вопрос о создании собственного дела (бизнеса), в рамках которого осуществляется производство товаров, выполнение работ, оказание услуг¹¹.

Прибыль, будучи конститутивным признаком предпринимательской деятельности, проявляется и при осуществлении социального предпринимательства. Идеи социального предпринимательства основаны на признании самой предпринимательской деятельности общественной ценностью¹². Само по себе получение прибыли при социальном предпринимательстве

⁷ Пункт 2.3. Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 3 июля 2015 г. № 1523-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Овчинникова Андрея Александровича на нарушение его конституционных прав положениями ст. 6 и 23 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>

⁸ Олейник О.М. Формирование критериев квалификации предпринимательской деятельности в судебной практике // Предпринимательское право. 2013. № 1. С. 9.

⁹ Познер Р.А. Рубежи теории права / пер. с англ. И.В. Кушнарева; под ред. М.И. Одинцовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М. : ИД Высшей школы экономики, 2017. С. 27.

¹⁰ См., например: Нерсесянц В.С. Философия права : учеб. для вузов по юрид. специальностям. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2006. С.70–72.

¹¹ Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России : монография. М. : ТК Велби; Проспект, 2005. С. 34.

¹² См.: Андреева А.В. Новый этап в развитии законодательства о предпринимательской деятельности // Российская юстиция. 2014. № 3. С. 17; Распоряжение Правительства Российской Федерации от 11 июня 2013 г. № 953-р (ред. от 20.08.2015) «Об утверждении плана мероприятий («дорожной карты») «Повышение качества регуляторной среды для бизнеса» // СЗ РФ. 2013. № 25. Ст. 3172.

является обязательным, при этом направление прибыли возможно не на личные нужды участников такой организации, а на социальные цели¹³.

В.С. Якушев предостерегал от переоценки роли прибыли, когда ей предписываются такие социально-экономические свойства, которыми она не обладает, да и не может иметь¹⁴. При этом непосредственной целью предприятия В.С. Якушев видел создание потребительных стоимостей, удовлетворение все возрастающих общественных потребностей¹⁵.

Социальное предпринимательство должно сыграть особую роль в модернизации экономики.

Понятие социального предпринимательства появилось в науке и практике сравнительно недавно. Его развитие связывают с созданием в 1980 г. в США международного некоммерческого фонда «Ашока»¹⁶, который направлен на осуществление социального предпринимательства. Основными направлениями деятельности фонда является оказание финансовой и профессиональной помощи, объединение сообщества социальных предпринимателей, чтобы они взаимодействовали, помогали друг другу и выводили свои идеи на более высокий уровень, содействие созданию инфраструктуры и финансовых систем, необходимых для поддержки и роста частного сектора и для распространения социальных инноваций в глобальном масштабе¹⁷.

Основными критериями выделения социального предпринимательства являются: социальная цель деятельности, направленность на решение социальной проблемы, наличие бизнес-модели и экономическая устойчивость¹⁸.

Сам термин, на первый взгляд, парадоксален, поскольку предпринимательство связано с извлечением прибыли, что обычно исключает участие в реализации социальных проектов, не направленных на получение материальной выгоды. Однако в итоге любая предпринимательская инициатива связана так или иначе с решением социальных задач. Наиболее ярко такая задача предпринимателя проявляется в рамках государственно-частного партнерства, которое и направлено, в первую очередь, на решение социальных задач, имеющих общественно-публичную значимость.

Определение социального предпринимательства предлагается только в Приказе Минэкономразвития России от 1 июля 2014 г. № 411 «Об органи-

¹³ Социальное предпринимательство в России и мире: практика и исследования / отв. ред. А.А. Московская. М. : Изд-во ГУ ВШЭ, 2011. С. 15–16.

¹⁴ Якушев В.С. Избранные труды по гражданскому и хозяйственному праву. Екатеринбург : Бизнес, менеджмент и право, 2012. С. 179.

¹⁵ Якушев В.С. Указ. соч. С. 184.

¹⁶ См.: Социальное предпринимательство в России и в мире / отв. ред. А.А. Московская. М. : ИД Высшей школы экономики, 2011. С. 7.

¹⁷ Дрейтон Б. Сила новых идей. Истории успеха. URL: <http://www.nb-forum.ru/interesting/stories/bill-dreyton-sila-novyh-idey.html#ixzz4tdvHRI9k>; URL: <https://www.ashoka.org/en/about-ashoka> (дата обращения: 27.10.2017).

¹⁸ Образ социального предпринимателя — Россия и Казахстан. Взгляд SAP / Н.Ю. Гладких, М.Г. Гульбекян, В.А. Вайнер, Е.И. Фролова. Астана, 2017. С. 17.

зации проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2014 г. предоставляются субсидии из федерального бюджета на государственную поддержку малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации», согласно п. 4.18.1 которого социальное предпринимательство является социально ориентированной деятельностью субъектов малого и среднего предпринимательства, направленное на решение социальных проблем, в том числе обеспечивающих выполнение одного из следующих условий:

а) обеспечивают занятость инвалидов, женщин, имеющих детей в возрасте до 7 (семи) лет, сирот, выпускников детских домов, людей пенсионного возраста, лиц, находящихся в трудной жизненной ситуации (далее — лица, относящиеся к социально незащищенным группы граждан), а также лиц, освобожденных из мест лишения свободы в течение 2 (двух) лет, предшествующих дате проведения конкурсного отбора, при условии, что среднесписочная численность указанных категорий граждан среди их работников составляет не менее 50%; а доля в фонде оплаты труда — не менее 25%;

б) осуществляют деятельность по предоставлению услуг (производству товаров, выполнению работ) в следующих сферах деятельности:

— содействие профессиональной ориентации и трудоустройству, включая содействие занятости и самозанятости лиц, относящихся к социально незащищенным группам граждан;

— социальное обслуживание лиц, относящихся к социально незащищенным группам граждан, и семей с детьми в области здравоохранения, физической культуры и массового спорта, проведение занятий в детских и молодежных кружках, секциях, студиях;

— организация социального туризма — только в части экскурсионно-познавательных туров для лиц, относящихся к социально незащищенным группам граждан;

— оказание помощи пострадавшим в результате стихийных бедствий, экологических, техногенных или иных катастроф, социальных, национальных, религиозных конфликтов, беженцам и вынужденным переселенцам;

— производство и (или) реализация медицинской техники, протезно-ортопедических изделий, а также технических средств, включая автотранспорт, материалы, которые могут быть использованы исключительно для профилактики инвалидности или реабилитации инвалидов;

— обеспечение культурно-просветительской деятельности (музеи, театры, школы-студии, музыкальные учреждения, творческие мастерские);

— предоставление образовательных услуг лицам, относящимся к социально незащищенным группам граждан;

— содействие вовлечению в социально-активную деятельность лиц, относящихся к социально незащищенным группам граждан, а также лиц,

освобожденных из мест лишения свободы в течение 2 (двух) лет и лиц, страдающих наркоманией и алкоголизмом)¹⁹.

В данном приказе четко определены сферы действия социального предпринимательства, поскольку приказ направлен на реализацию четкой цели — предоставление субсидии. Между тем область осуществления такого предпринимательства должна охватывать все направления общественной деятельности. По сути, любое предпринимательство должно быть направлено на решение социальных задач.

Статус социально ориентированных некоммерческих организаций указан и в Федеральном законе от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», в ст. 30 которого установлены преимущества при осуществлении закупок в отношении таких субъектов.

Несмотря на высокую значимость социального предпринимательства в современных условиях, в том числе для целей модернизации экономики, разработан лишь проект закона о социальном предпринимательстве, одной из задач которого является развитие механизмов государственно-частного партнерства в социальной сфере²⁰.

Таким образом, содержание социального предпринимательства неразрывно связано с понятием и содержанием предпринимательской деятельности и является ее конститутивным признаком.

Литература

1. Андреева Л.В. Новый этап в развитии законодательства о предпринимательской деятельности / Л.В. Андреева // Российская юстиция. 2014. № 3. С. 17–19.
2. Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России : монография / В.С. Белых. М. : ТК Велби; Проспект, 2005. 432 с.
3. Дрейтон Б. Сила новых идей. Истории успеха. URL: <http://www.nb-forum.ru/interesting/stories/bill-dreyton-sila-novyh-idey.html#ixzz4tdvHRI9k>
4. Леонтьев В.Е. Формирование и использование предпринимательской прибыли : монография / В.Е. Леонтьев. СПб. : Изд-во СПбУЭФ, 1994. 160 с.
5. Нерсесянц В.С. Философия права : учеб. для вузов по юрид. специальностям. 2-е изд., перераб. и доп. / В.С. Нерсесянц. М. : Норма, 2006. 835 с.
6. Образ социального предпринимателя — Россия и Казахстан. Взгляд SAP / Н.Ю. Гладких, М.Г. Гульбекян, В.А. Вайнер, Е.И. Фролова. Астана, 2017. 50 с.

¹⁹ URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=167333&fld=134&dst=100001,0&rnd=0.48260119867253515#1> (дата обращения: 28.10.2017).

²⁰ URL: <http://asi.ru/social/business/> (дата обращения: 28.10.2017).

7. Олейник О.М. Формирование критериев квалификации предпринимательской деятельности в судебной практике / О.М. Олейник // Предпринимательское право. 2013. № 1. С. 2–16.

8. Познер Р.А. Рубежи теории права / Р.А. Познер; пер. с англ. И.В. Кушнаревой; под ред. М.И. Одинцовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М. : ИД Высшей школы экономики, 2017. 480 с.

9. Социальное предпринимательство в России и в мире / отв. ред. А.А. Московская. М. : ИД Высшей школы экономики, 2011. 288 с.

10. Тишанская С.В. Понятие предпринимательской деятельности / С.В. Тишанская // Известия вузов. Правоведение. 1994. № 1. С. 68–72.

11. Федотова М.А. Доходы предпринимателя : монография / М.А. Федотова. М. : Финансы и статистика, 1993. 97 с.

12. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права : в 2-х т. / Г.Ф. Шершеневич. М. : Статут, 2003. Т. 1. 480 с.

13. Якушев В.С. Избранные труды по гражданскому и хозяйственному праву / В.С. Якушев. Екатеринбург : Бизнес, менеджмент и право, 2012. 542 с.

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮРИСТ»

Технический редактор:

Стручалина А.Г.

Корректор:

Швечкова О.А., к.ю.н.

Компьютерная верстка

Троицкая Е.М.

Адрес

Почтовый адрес: 115035, г. Москва, Космодамианская наб., д. 26/55, стр. 7

Печать

Отпечатано в типографии «Национальная полиграфическая группа».
248031, г. Калуга, п. Северный, ул. Светлая, д. 2. Тел. (4842) 70-03-37

Формат 70x100/16. Бумага офсетная. Печать офсетная.

Общий тираж 250 экз.

Номер подписан в печать: апрель 2018.

ISBN 978-5-8078-0256-9



9 785807 802569