

## ФАС РОССИИ: ОТВЕТЫ НА ВОПРОСЫ ЧИТАТЕЛЕЙ

*Рубрику ведет советник Аналитического управления ФАС России,  
член Международной ассоциации финансового права,  
к. ю. н., старший научный сотрудник ИЭ РАН  
Герасименко Наталья Васильевна*

*Какие договоры относятся к соглашениям, заключаемым финансовой организацией в процессе обычной хозяйственной деятельности? Необходимо ли уведомлять федеральный антимонопольный орган (его территориальный орган) о заключении с органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, любыми организациями договоров по проведению операций по выплате заработной платы с использованием счетов по вкладам и банковских карт?*

*Л. П. Соколов, г. Москва*

Как указано в ч. 9 ст. 35 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», финансовые организации обязаны направлять в федеральный антимонопольный орган уведомления обо всех соглашениях, достигнутых в любой форме между ними или с органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, а также с любыми организациями. К исключениям относятся:

- соглашения между финансовыми организациями, имеющими в совокупности долю на товарном рынке менее норматива, установленного Правительством РФ;
- соглашения, являющиеся договорами о предоставлении финансовых услуг;
- соглашения, являющиеся договорами, заключаемыми финансовой организацией в процессе обычной хозяйственной деятельности.

В связи с этим некоторые положения названного Закона требуют разъяснений.

1. В настоящее время среди специалистов в области гражданского и предпринимательского права отсутствует единое мнение по вопросу об определении понятия «обычная хозяйственная деятельность». При этом можно выделить три точки зрения, позволяющие решить данную проблему.

Во-первых, под «обычной хозяйственной деятельностью» понимают деятельность, отвечающую признакам предпринимательской деятельности, сформулированным в п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса РФ.

Большинство специалистов в области гражданского и хозяйственного права (Г. А. Гаджиев, Е. П. Губин, П. Г. Лахно и другие) определяют предпринимательскую деятельность как вид экономической, хозяйственной деятельности. Последний вид деятельности представляет собой порядок организации, руководства и непосредственного осуществления экономической деятельности в соответствии с правилами, устанавливаемыми органами государственной власти и управления и самими хозяйствующими субъектами.

По мнению ряда правоведов, понятия хозяйственной и экономической деятельности являются тождественными. Поэтому отсутствует необходимость в дифференциации экономической деятельности на какие-либо ее разновидности, кроме выделения предпринимательской активности.

В свою очередь, экономическая деятельность воплощается в создании (производстве) продукции (товара), в выполнении работ, оказании услуг материального

характера и (или) их распределении, а также использовании. При этом финансовые услуги непосредственно связаны с движением денежных средств образующих денежный капитал на договорной основе (договор лизинга, банковский вклад и т.д.). Такой вывод вытекает из определения, содержащегося в п. 2 ст. 4 Закона о защите конкуренции. Таким образом, исходя из доктринальных положений и действующего законодательства «обычная хозяйственная деятельность» финансовых организаций включает всю их деятельность на рынке финансовых услуг, что противоречит положению ч. 9 ст. 35 Закона о защите конкуренции. Законодатель специально выделяет соглашения, заключаемые финансовой организацией в процессе обычной хозяйственной деятельности, в качестве отдельной группы соглашений.

Во-вторых, в соответствии с наиболее распространенной точкой зрения в Гражданском кодексе РФ упоминается деление на деятельность юридических лиц, предусмотренную учредительными документами, и на любые виды деятельности, не запрещенные законом (ст. 49). Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» ввел понятие обычной хозяйственной деятельности (не раскрывая его) и говорит о сделках, выходящих за ее пределы (ст. 78, п. 5 ст. 83).

Как полагают некоторые представители юридического сообщества, обычную хозяйственную деятельность юридических лиц, в том числе акционерных обществ, необходимо рассматривать как деятельность, которая отвечает совокупности признаков:

- это систематическая деятельность, включающая в себя не противоречащие закону сделки в сфере, указанной в учредительных документах в качестве предмета деятельности в соответствии с п. 2 ст. 52 Гражданского кодекса РФ.

- она осуществляется на постоянной основе в качестве профилирующей деятельности финансовой организации.

Следует отметить, что в рамках второго определения обычной хозяйственной деятельности существует так называемое расширительное толкование, согласно которому к подобным сделкам относятся не только сделки, предусмотренные уставом, но и сделки, направленные на осуществление текущих хозяйственных сделок. Это сделки, связанные с приобретением сырья, материалов, реализацией готовой продукции, получением кредитов для оплаты текущих операций и т.д., независимо от стоимости имущества, приобретаемого или отчуждаемого по такой сделке. Подобное толкование понятия «обычная хозяйственная деятельность» можно встретить в материалах судебной практики (Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 9 декабря 1999 г. № 90/14 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»; Постановление Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»; п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 марта 2001 г. № 62 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением хозяйственными обществами крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность»; Постановление Президиума ВАС РФ от 21 августа 2001 г. № 7538/00; постановление ФАС Московского округа от 27 августа 2001 г. № КГ-А40/4435-01; от 18 сентября 2002 г. № КГ-А40/6201-02; от 5 февраля 2002 г. № КГ-А40/208-02).

В-третьих, наименее распространенная точка зрения, но нашедшая отражение в п. 3 ч. 9 ст. 35 Закона о защите конкуренции, позволяет отнести к обычной хозяйственной деятельности только сделки, направленные на осуществление текущих хозяйственных сделок. Ряд правоведов считает, что целью возникновения указанных обязательств является необходимость решения хозяйственных проблем своей орга-

низации как обычного юридического лица, наделенного соответствующими гражданскими правами и обязанностями в соответствии с Конституцией РФ и ГК РФ. Подобное толкование обычной хозяйственной деятельности связано с тем, что законодатель при разработке соответствующего законопроекта руководствовался правовой моделью договора коммерческой концессии, закрепленной в гл. 54 «Коммерческая концессия» ГК РФ. Из анализа правоприменительной практики следует, что коммерческая информация и коммерческий опыт, предоставляемые пользователю по договору, включают профессиональное обучение персонала, специальный инструктаж в течение всего периода действия договора по различным аспектам организации хозяйственной деятельности (управление, создание бытовой сети, эксплуатация оборудования, ведение учета и отчетности, обслуживание клиентуры, приготовление фирменных блюд и т. п.).

Учитывая, что вышеуказанное толкование не получило еще широкого распространения, представители антимонопольного органа в целях соблюдения основных положений Закона о защите конкуренции, а также в процессе судебной защиты используют как «второе» определение обычной хозяйственной деятельности, в том числе его «расширенный» вариант, так и более узкое определение. Выбор того или иного варианта зависит от специфики конкретного дела о нарушении антимонопольного законодательства.

2. При разрешении вопроса о том, какие договоры относятся к соглашениям, заключаемым финансовой организацией в процессе обычной хозяйственной деятельности, необходимо учесть, что в ст. 78 (крупные сделки) и ст. 83 ФЗ «Об акционерных обществах» понятие «обычная хозяйственная деятельность» имеет одинаковое значение. Сумма крупной сделки, если сделка совершается в рамках обычной хозяй-

ственной деятельности, не имеет значения так же, как и совершение сделки между обществом и заинтересованным лицом с соблюдением правил п. 5 ст. 83. Следует обратить внимание на то, что конкретные виды обычной хозяйственной деятельности должны определяться исходя из характеристики деятельности акционерного общества. Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ применительно к кредитному договору, заключаемому в процессе осуществления обычной хозяйственной деятельности, указал, что правила о крупных сделках не применяются независимо от размера кредита, полученного по этому договору (п. 5 Информационного письма ВАС РФ от 13 марта 2001 г. №62 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением хозяйственными обществами крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность»; Постановление Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2006 г. №9148/6 по делу № А40–3880/05–134–314).

3. Из содержания ст. 1 и 5 ФЗ «О банках и банковской деятельности» следует, что предпринимательская деятельность банка (банковская деятельность) включает в себя в совокупности:

- привлечение вкладов и иных активов от физических и юридических лиц;
- размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности;
- предоставление банковских кредитов;
- ведение счетов клиентов и расчетов по ним.

Как указано в п. 2 ст. 4 Закона о защите конкуренции, банковская услуга входит в число финансовых услуг. Учитывая характер деятельности банков на рынке финансовых услуг (проведение банковских операций) операции с платежными картами относятся к банковским операциям, т. е. финансовым услугам. При наличии договора между банком и органом исполнительной власти, органом местного самоуправле-

ния, любой организацией по проведению операций по выплате заработной платы с использованием счетов по вкладам и банковских карт, можно сделать вывод о том, что данный договор содержит условия, характерные для договора банковского счета (ст. 845 ГК РФ). Это свидетельствует о наличии между банком и указанными органами или организациями отношений по открытию и обслуживанию счета (Постановление ФАС Поволжского округа от 27 июня 2006 г. № А12–32960/05). Указанные договоры не относятся к обычной хозяйственной деятельности банка.

Что касается кредитных организаций, которые заключает соглашения о сотрудничестве в сфере потребительского кредитования, то в данном случае следует руководствоваться положением ст. 1 ФЗ «О банках и банковской деятельности». В соответствии с указанной нормой, кредитная организация — юридическое лицо, которое для извлечения прибыли как основной цели своей деятельности на основании специального разрешения (лицензии) Центрального банка Российской Федерации (Банка России) имеет право осуществлять банковские операции, предусмотренные настоящим Законом. Поэтому, по мнению специалистов, в каждом конкретном случае необходимо решить вопрос о том, присуща ли определенная деятельность (сделка) правовой природе кредитной организации (финансовая услуга) либо является характерной, постоянно осуществляемой для соответствующей кредитной организации, и отвечает признакам обычной хозяйственной деятельности.

4. Хотя кредитные организации не должны предоставлять сведения о соглашениях, являющихся договорами о предоставлении финансовых услуг либо договорами, заключаемыми в процессе обычной хозяйственной деятельности, антимонопольные органы должны учитывать ряд положений действующего законодательства.

1) Кредитные организации гарантируют тайну сведений о счетах и вкладах, операциях по счетам и вкладам, сведений о своих клиентах (п. 1 ст. 857 ГК РФ) и корреспондентах, а также иной информации, устанавливаемой кредитной организацией самостоятельно, если это не противоречит федеральному закону (ст. 26 ФЗ «О банках и банковской деятельности»).

2) Понятие банковской тайны установлено в ст. 26 ФЗ «О банках и банковской деятельности». Банк обязывается хранить тайну не только по операциям по счету и вкладу, но и по другим операциям своих клиентов, осуществляемым на основе иных договоров: кредитного, лизинга, факторинга и др. Кроме того, в абз. 1 данной статьи допускается распространение банком режима банковской тайны и на иные сведения, устанавливаемые банком, если это не противоречит федеральному закону. Таким образом, полагают юристы, объектом охраны являются сведения о клиентах, об их операциях и состоянии счета. Следовательно, кредитная организация не обязана хранить в тайне сведения о контрагентах своих клиентов, а также другую информацию, не имеющую непосредственного отношения к банковскому счету (кроме сведений о клиенте), если она не взяла на себя такие обязательства. Перечень операций по счету, на которые распространяется действие банковской тайны, определяется в соответствии со ст. 848 ГК РФ. Тайна распространяется и на движение вкладов (размер, время и сумма поступления или изъятия, от кого и по каким основаниям поступают суммы и пр.). Сведения, составляющие банковскую тайну, должны быть получены кредитной организацией в процессе осуществления банковских операций и других сделок, предусмотренных ст. 5 ФЗ «О банках и банковской деятельности».

3) Каких-либо пределов для распространения правового режима банковской тайны на иные сведения федеральное законодательство не содержит. Однако тра-

диционно считается, что банковская тайна представляет собой особую разновидность коммерческой тайны. В этом случае следует руководствоваться Федеральным законом от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне». Требования этого Закона также необходимо учитывать при определении объема информации, включаемой в понятие «сведения о клиентах и корреспондентах». Сюда могут относиться любые данные о правовом, социальном, семейном и т.п. положении клиента. Например, информация о наличии у клиента ребенка, на обучение которого он переводит деньги, должна быть включена в понятие банковской тайны.

4) Федеральный антимонопольный орган отсутствует в перечне органов и должностных лиц, которым должны быть предоставлены сведения, составляющие банковскую тайну в соответствии со ст. 26 ФЗ «О банках и банковской деятельности». Поэтому в федеральных законах не содержится указание на обязанность кредитных организаций предоставить сведения, составляющие банковскую тайну, в федеральный антимонопольный орган и его территориальные подразделения. Данный вывод сделан и в Письме Центрального банка РФ от 30 июня 2003 г. № 99-Т о предоставлении сведений, составляющих банковскую тайну. Вместе с тем, как считают специалисты Банка России, если информация по счетам клиентов будет предоставлена кредитной организацией федеральному антимонопольному органу с согласия владельца счета или собственника имущества владельца счета, то это не будет являться нарушением законодательства РФ.

***Каковы сроки составления антимонопольным органом протокола об административном правонарушении?***

*Ю. П. Белова, г. Казань*

В соответствии со ст. 23.48 Кодекса Российской Федерации об администра-

тивных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. от 3 марта 2008 г.) федеральный антимонопольный орган, его территориальные органы рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных Кодексом.

Согласно ст. 28.7 КоАП РФ, если после выявления административного правонарушения в области антимонопольного законодательства осуществляются экспертиза или иные процессуальные действия, требующие значительных временных затрат, проводится административное расследование.

Административное расследование производится по месту совершения или выявления административного правонарушения. Административное расследование по делу об административном правонарушении, возбужденному должностным лицом, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, проводится указанным должностным лицом, а по решению начальника органа, в производстве которого находится дело об административном правонарушении, или его заместителя — другим должностным лицом этого органа, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях.

Срок проведения административного расследования не может превышать один месяц с момента возбуждения дела об административном правонарушении. В исключительных случаях указанный срок по письменному ходатайству должностного лица, в производстве которого находится дело, может быть продлен вышестоящим должностным лицом на срок не более одного месяца. По окончании административного расследования составляется протокол об административном правонарушении либо выносится постановление о прекращении дела об административном правонарушении. Требования к содержанию указанного протокола установлены ст. 28.2 КоАП РФ.

Как следует из ч. 2 ст. 28.2 Кодекса, в протоколе должны содержаться достаточные данные, указывающие на наличие события правонарушения (место, время, способ совершения и т. п.), а также другие сведения, необходимые для разрешения дела.

В зависимости от объема сведений, известных должностному лицу на момент выявления правонарушения, установлены три варианта составления протокола с различными сроками:

- если известны все необходимые сведения для разрешения дела, — протокол составляется немедленно после выявления совершения административного правонарушения (ч. 1 ст. 28.5 Кодекса);

- если отсутствуют сведения об отдельных обстоятельствах дела либо данные о физическом лице или сведения о юридическом лице, привлекаемых к ответственности, которые возможно получить до истечения двух суток с момента выявления совершения правонарушения, — протокол составляется в течение двух суток с момента выявления совершения административного правонарушения (ч. 2 ст. 28.5 Кодекса);

- если отсутствуют сведения об отдельных обстоятельствах дела, либо данные о лице, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, — протокол составляется по окончании административного расследования в сроки, предусмотренные ч. 5 ст. 28.7 Кодекса (ч. 3 ст. 28.5 Кодекса).

Как отмечают специалисты, к сведениям, которые могут быть выяснены в срок до двух суток с момента выявления административного правонарушения, относятся:

- сведения об отдельных обстоятельствах дела, отягчающих или смягчающих ответственность либо указывающих на малозначительность правонарушения;

- данные о физическом лице, в отношении которого возбуждается дело. Это фамилия, имя, отчество, дата рождения, место работы и должность, место жительства, семейное положение, количество лиц,

находящихся на иждивении, размер его зарплаты или иного заработка, пенсии или стипендии, привлечение ранее к административной ответственности и др.;

- сведения о юридическом лице, в отношении которого возбуждается дело (ИНН, ОКПО, полное наименование, юридический и фактический адрес, наличие на учете в соответствующем налоговом органе, наличие счетов в банках (расчетных, текущих и иных)).

При этом имеющая место в ряде антимонопольных органов процедура составления «служебной записки» в указанный срок (до получения необходимых сведений) противоречит действующему законодательству. По мнению большинства специалистов по административному праву, день совершения административного правонарушения должен быть подтвержден протоколом. Исчисление сроков давности привлечения к административной ответственности начинается с момента установления факта проступка, подтвержденного протоколом (за исключением случаев, предусмотренных ст. 28.6 КоАП РФ).

Вместе с тем отсутствует единообразие судебной практики по данному вопросу. В п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» отмечается, что в порядке подготовки дела к рассмотрению судья должен установить, правильно ли составлен протокол об административном правонарушении с точки зрения полноты исследования события правонарушения и сведений о лице, его совершившем, а также соблюдения процедуры оформления протокола.

При этом подчеркивается, что существенным недостатком протокола является отсутствие данных, прямо перечисленных в ч. 2 ст. 28.2 КоАП РФ, и иных сведений в зависимости от их значимости для данного конкретного дела об административном

правонарушении. Например, отсутствие данных о том, владеет ли лицо, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, языком, на котором ведется производство по делу, а также данных о предоставлении переводчика при составлении протокола и т. п.

Несущественными являются такие недостатки протокола, которые могут быть восполнены при рассмотрении дела по существу. Сюда включаются нарушения установленных ст. 28.5 и 28.8 КоАП РФ сроков составления протокола об административном правонарушении и направления протокола для рассмотрения судьей (эти сроки не являются пресекательными), либо составление протокола в отсутствие лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, если этому лицу было надлежащим образом сообщено о времени и месте его составления, но оно не явилось в назначенный срок и не уведомило о причинах неявки или причины неявки были признаны неуважительными.

В свою очередь, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 9 декабря 2003 г. № 10964/03 указано, что само по себе нарушение срока составления протокола об административных правонарушениях, предусмотренного ст. 28.5 КоАП РФ, не является основанием, исключающим производ-

ство по делу об административном правонарушении, если этим протоколом подтверждается факт правонарушения и он составлен в пределах срока давности, установленного ст. 4.5 Кодекса (для антимонопольного органа — один год).

Тем не менее большинство судов придерживаются иной точки зрения, чем высшие судебные инстанции. Например, нарушением срока составления соответствующего протокола считается составление документа на следующий день после выявления совершения административного правонарушения (Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 8 сентября 2004 г. № Ф04-6240/2004 (А81-4396-29); ФАС Волго-Вятского округа от 17 апреля 2007 г. № А29-7252/2006А и ряд других). В связи с этим не исключено принятие новых постановлений высших судебных органов, отражающих сложившуюся практику.

В настоящее время деятельность антимонопольных органов должна быть основана на строгом соблюдении административных процедур, в том числе предусмотренных ст. 28.5 КоАП РФ. Неукоснительное следование Закону будет способствовать повышению эффективности работы антимонопольной службы и станет действенным инструментом противодействия коррупции.