

УДК 339.137.025

Сушкевич А.Г., начальник Аналитического управления ФАС РФ

ПРИМЕНЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ К ИНОСТРАННЫМ ЛИЦАМ И ОРГАНИЗАЦИЯМ

Комплекс явлений, который сегодня принято называть глобализацией товарных и финансовых рынков, сводится не только к формированию трансграничных потоков капитала и товаров в качестве определяющего фактора конъюнктуры мировых и национальных рынков, но также включает в себя явление, в известной степени препятствующее такому развитию событий. Речь идет об ограничении конкуренции на внутренних рынках определенного государства, которое является следствием действий иностранных лиц или организаций, совершаемых ими за пределами его юрисдикционной территории (далее — внутреннее ограничение конкуренции иностранными хозяйствующими субъектами). Статья содержит анализ российского законодательства и практики иных юрисдикций и представляет несомненный практический интерес для руководителей и топ-менеджеров компаний, для специалистов в области ВЭД, для предпринимателей-практиков, но будет интересна и широкой аудиторией.

Введение

Факторы, ведущие к глобализации товарных и финансовых рынков (прежде всего существенное удешевление коммуникации и транспортировки грузов), облегчают осуществление любой координации, направленной на ограничение конкуренции и монополизацию рынка: заключение и контроль исполнения картельного соглашения осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, совершение сделок (слияний и поглощений). Кроме того, глобализация товарных и финансовых рынков сама по себе способна придать международный аспект одностороннему антиконкурентному поведению, в частности, когда доминирующая на

рынке компания исключает из сферы обслуживания национальные рынки (потребителей) целых стран, или устанавливает монопольно высокую цену, или проводит ценовую дискриминацию, либо когда такая компания посредством вертикальных соглашений (с дилерами, дистрибьюторами, агентами, иными посредниками) препятствует доступу на рынок конкретной страны или устраняет с него своих конкурентов.

Гипотетически, из множества известных и легально определенных видов антиконкурентного поведения участников рынка отдельные его разновидности действительно могут иметь своим следствием внутреннее ограничение конкуренции иностранными хозяйствующими субъектами. С наибольшей правдоподобностью

к таким видам поведения могут быть отнесены:

- соглашение продавцов-конкурентов о цене на товар, в результате которого на внутреннем рынке определенного государства удовлетворение спроса на товар осуществляется за счет импорта такого товара по установленной в соглашении цене; при этом не имеет значения, ввозится ли товар непосредственно участниками соглашения либо иными лицами;

- соглашение продавцов-конкурентов о глобальном разделе рынков, в результате которого на внутреннем рынке определенного государства устраняется конкуренция между участниками соглашения; критерий раздела рынка (по группам потребителей, разновидностям товара, географическим зонам обслуживания и т.п.) при этом значения не имеет;

- соглашение, в котором могут участвовать как конкуренты, так и не конкурирующие хозяйствующие субъекты, которое создает препятствия доступу на внутренний рынок определенного государства; предметом такого соглашения может быть, например, отказ его участников предоставить иному хозяйствующему субъекту права на результаты интеллектуальной деятельности, средства индивидуализации товаров (работ, услуг), фирменное наименование, без получения которых доступ на соответствующий внутренний рынок определенного государства невозможен;

- соглашение, предметом которого является бойкот внутреннего рынка определенного государства;

- односторонние действия хозяйствующего субъекта, результатом которых является запрещенное национальным законодательством злоупотребление доминирующим положением конкретного вида на товарном рынке;

- координация иностранным хозяйствующим субъектом деятельности независимых организаций, в результате которой устраняется конкуренция таких организаций

на внутреннем рынке определенного государства.

В соответствии с природой, целями деятельности и набором полномочий антимонопольного органа он обязан реагировать на антиконкурентный эффект индивидуального или группового поведения хозяйствующих субъектов в случае внутреннего ограничения конкуренции иностранными хозяйствующими субъектами. Административная и экономическая природа такого реагирования вполне понятна: как и при обнаружении ограничения конкуренции хозяйствующими субъектами-резидентами, антимонопольный орган проводит расследование, выявляет нарушение, анализирует соответствующий товарный рынок и предписывает нарушителям совершить действия, направленные на восстановление конкуренции.

В условиях глобализации многих товарных рынков внутреннее ограничение конкуренции иностранными хозяйствующими субъектами порождает проблему доступности для антимонопольного органа адекватного правового инструментария в целях понуждения нарушителя исполнить предписанные действия, а также, что еще сложнее, в применении к нарушителю наказания, предусмотренного национальным законодательством за ограничение конкуренции конкретного вида. В отличие от некоторых иных сфер общественных отношений (например, связанных с пресечением террористической деятельности) в области защиты конкуренции еще не сформировано международно-правовое регулирование системы многостороннего сотрудничества (попытки дополнить положения договора о ВТО соответствующими положениями пока что безрезультатны), рано говорить об универсальной антимонопольной юрисдикции, которая бы гарантировала неотвратимость наказания за совершение антиконкурентных действий, международные институты многостороннего сотрудничества находятся в зачаточном состоянии.

Задача настоящей работы — показать уже наметившиеся пути решения этой проблемы в деятельности антимонопольных органов отдельных государств (а также наднациональных квазигосударственных образований по типу Евросоюза) и проанализировать адекватность российского антимонопольного законодательства и практики защиты конкуренции поставленной проблеме.

Применение законодательства о защите конкуренции к иностранным лицам и организациям: формирование элементов доктрины в США и Евросоюзе¹

США значительно раньше любого другого государства столкнулись с проблемой внутреннего ограничения конкуренции иностранными хозяйствующими субъектами хотя бы в силу того, что первый федеральный закон о защите конкуренции — широко известный акт Шермана — был принят в этой стране в 1890 году. Однако до 1945 года американские суды не применяли антимонопольное законодательство в отношении иностранных хозяйствующих субъектов. Такая позиция была сформирована Верховным судом США в деле *American Banana*

Co v. United Fruit Co в 1909 году и отражена в словах члена Верховного суда США Оливера Венделла Холмса: «По общему и почти универсальному правилу законность или противозаконность действия должна определяться по закону страны, в которой действие совершено». Лишь в 1945 году решением второго апелляционного окружного суда создается прецедент, который лег в основу доктрины, сохранившей свою силу и до сегодняшнего дня. Суд, рассматривая дело *US v. Aluminium Co of America* (дело *Alcoa*), установил, что американские и иностранные производители алюминия заключили в Швейцарии картельное соглашение, в соответствии с которым определили квоты на продажи алюминия каждым из участников соглашения в целях установления новой, более высокой рыночной цены на этот металл. Суд решил, что в данных обстоятельствах акт Шермана должен быть применен также к канадской компании — участнице картельного соглашения, поскольку «любое государство вправе налагать обязательства на лицо, даже не зависящее от него, за совершенные за границей государства действия, последствия которых имеют место в пределах его границ», а также установил, что акт Шермана применяется к соглашениям, заключенным за пределами Соединенных Штатов, целью и результатом которых является воздействие на американскую внутреннюю торговлю.

Именно этот прецедент лег в основу «доктрины эффекта», которая обосновывает применение акта Шермана к иностранным хозяйствующим субъектам в случае, если их антиконкурентные действия ограничили торговлю в США.

Пределы применения акта Шермана к иностранным хозяйствующим субъектам были впервые установлены судом при рассмотрении дела *Timberlane Lumber Co v. Bank of America* в 1976 году. Девятый окружной апелляционный суд решил, что при таком применении акта Шермана следу-

¹ Обзор практики применения законодательства о защите конкуренции США и Евросоюза подготовлен с использованием следующих источников: Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, second edition, 2004.; Ячейстова Н.И. *Международная конкуренция: законодательство, регулирование и сотрудничество*. ООН, Нью-Йорк и Женева, 2001; Эрнест Гелхорн, Вильям Ковасик. *Антитрестовское законодательство и экономика*, International Law Institute, 1995; Рабочие материалы по экстраэриториальному применению антимонопольного законодательства, подготовленные экспертом проекта ТАСИС Винченцо Скордамалия по проекту Approximation of Competition Rules, Russian Federation EUROPEAID/119673/S/CV/RU (2005/103-919).

ет обязательно учитывать «соображения международной вежливости, т.е. требования правил вежливости, удобства и доброй воли, которые соблюдаются государствами в их взаимных отношениях, хотя такие правила и не являются юридически обязательными для них». Дело рассматривалось по иску американской компании *Timberlane Lumber Co*, которая обвиняла компании и государственных чиновников Гондураса в сговоре с целью не допустить *Timberlane Lumber Co* на гондурасский рынок пиломатериалов. Американская компания планировала организовать экспорт гондурасских пиломатериалов в США. Не ставя под сомнение доктрину эффекта, судья Чоу указал, что при принятии решения по делу «три фактора должны быть проанализированы. Во-первых, как было установлено ранее (в деле *Alcoa — Сушкевич А.Г.*), антимонопольное законодательство требует, что определенное воздействие — реальное или потенциальное — на американскую внешнюю торговлю должно предшествовать законному применению федеральными судами США акта Шермана (в отношении иностранных лиц и организаций — *Сушкевич А.Г.*). Во-вторых, может потребоваться убедительная демонстрация бремени или ограничения, связанного с таким воздействием, чтобы показать, что само воздействие достаточно велико, чтобы рассматриваться в качестве признаваемого судом вреда, причиненного истцу, а также являться нарушением акта Шермана, за которое не установлена уголовная ответственность. В-третьих, есть дополнительный вопрос, проистекающий из особенностей международных отношений, а именно — действительно ли интересы США и их вовлеченность в конкретное дело, включая степень воздействия на американскую торговлю, затронуты настолько сильно и выражены так явно относительно интересов и вовлеченности других стран в такое дело, что экстра-территориальное применение (акта

Шермана — *Сушкевич А.Г.*) может быть оправдано». И в решении по делу *Timberlane Lumber Co v. Bank of America*, и в последующем решении по делу *Mannington Mills Inc v. Congoleum Corp* (1979) был формализован набор обстоятельств, которые должны быть рассмотрены судами при вынесении решения о применении акта Шермана в отношении иностранного лица или организации с целью нахождения правильного баланса между доктриной эффекта и соображениями международной вежливости. К таким обстоятельствам относятся:

- является ли рассматриваемое поведение иностранных лиц или организаций нарушением законов страны их нахождения;
- национальная принадлежность или зависимость сторон дела от какого-либо государства или основное место осуществления деятельности организации, участвующей в деле;
- насколько вероятно применение антимонопольного законодательства иным государством в целях устранения выявленного нарушения;
- относительная значимость воздействия нарушения на Соединенные Штаты в сравнении со значимостью такого воздействия на иные страны;
- наличие прямого умысла причинить вред американской торговле, предсказуемость такого эффекта, значимость нарушения в сравнении с аналогичными нарушениями, совершенными в Соединенных Штатах.

Сложившаяся судебная практика была использована законодателем при изменении акта Шермана в 1982 году: изменение установило, что федеральные антимонопольные законы применяются к отношениям, связанным с заключаемыми за пределами США договорами (за исключением договоров, связанных с импортом в США) с участием иностранных лиц и организаций или только ими, лишь в том случае, если их реализация имеет непосред-

ственное, существенное и разумно предсказуемое воздействие на американскую торговлю. Таким способом законодатель распространил принципы, выработанные судом в деле *Alcoa* (добавив принцип разумной предсказуемости воздействия на американскую торговлю), на отношения, связанные с заключением договоров за пределами США иностранными лицами и организациями.

В этой связи является показательным дело *Hartford Fire Insurance Co v. California*, рассматривая которое в 1993 году Верховный суд США признал нарушившими акт Шермана несколько перестраховщиков Великобритании и США, которые договорились не заключать договоры с определенными страховщиками, что сделало недоступными для американских потребителей в США отдельные виды страхования. Мнение большинства судей состояло в том, что «акт Шермана применяется к действиям иностранных компаний, которые нацелены на достижение заранее определенного эффекта в США и действительно достигли такого эффекта». Суд исходил из того, что сначала должна быть установлена возможность применения акта Шермана к иностранным компаниям, затем должно быть подтверждено, что такое применение оправдано по соображениям международной вежливости. В случае *Hartford Fire Insurance Co v. California* соображения международной вежливости допускали применение акта Шермана в отношении перестраховщиков из Великобритании: мнение американского суда состояло в том, что, хотя поведение участников картеля из Великобритании и не нарушало законов этой страны, власти Великобритании не понуждали их к участию в картеле, а значит, они не имели оснований препятствовать осуществлению американского правосудия в отношении британских компаний.

Нужно отметить, что в самом юридическом сообществе США нет полного согласия по поводу такой процедуры примене-

ния акта Шермана: оспаривается как необходимость принимать во внимание соображения международной вежливости (поскольку они ведут к сомнениям в универсальности действия акта Шермана), так и подчиненная роль соображений международной вежливости, которые, по мнению критиков, должны предшествовать выяснению вопроса о применимости акта Шермана к конкретным отношениям и лицам.

Оба федеральных антимонопольных ведомства США — и Минюст, и Федеральная торговая комиссия — последовательно используют свои полномочия в отношении иностранных лиц и организаций: направляют им информационные запросы, прикажут доставить находящиеся за пределами США документы, предписывают совершить действия для устранения нарушения и его последствий. Такая практика следует из совместно изданных ими в 1995 году рекомендаций по зарубежному применению антимонопольного законодательства, которые основаны на доктрине эффекта, сбалансированной соображениями международной вежливости. В общем случае запросы, приказы и предписания исполняются нарушителями или подозреваемыми под угрозой привлечения к уголовной ответственности компаний-нарушителей и их руководителей в случае нахождения на территории США.

Наиболее последовательно доктрина эффекта была применена в деле *United States v. Nippon Paper Industries Co*, предварительное расследование по которому проводилось Министерством юстиции США и которое стало первым случаем привлечения к уголовной ответственности иностранного лица за нарушение акта Шермана. Участниками картеля, который установил цены на поставляемую в США бумагу для факсов, являлись только японские компании, свои действия в рамках соглашения они осуществляли на территории Японии (собрания, контроль за

соблюдением картельного соглашения его участниками, продажи дистрибьюторам с указанием цены перепродажи товара американским покупателям). Апелляционный суд первого округа подтвердил выводы Минюста о том, что японские компании нарушили акт Шермана, и принял решение об уголовном наказании участников картеля.

Экстратерриториальное применение акта Шермана американскими судами и федеральными антимонопольными органами США зачастую встречает открытое противодействие иных государств. В частности, под влиянием такой практики в Великобритании в 1980 году, а позднее почти во всех остальных странах — членах Евросоюза, принимаются законы, которые позволяют уполномоченному органу государственной власти своим решением запрещать лицу или организации выполнять указания (приказы, предписания) суда или органа власти иного государства, если это вредит торговым интересам государства.

Доктринальные положения европейского антимонопольного законодательства в части его применения к иностранным лицам и организациям формируются под влиянием отличных, сугубо европейских правовых реалий.

Определяющее влияние на этот процесс оказала доктрина единой экономической организации как субъекта рыночных отношений и единого объекта регулирования, введенного статьями 81 и 82 договора о создании ЕС. Единая экономическая организация в понимании Еврокомиссии (и Европейского суда, согласившегося с таким толкованием договора о создании ЕС) может включать в себя несколько юридических лиц, связанных отношениями контроля, а именно: материнскую компанию и ее дочернее общество в том случае, если дочернее общество «не обладает экономической независимостью от материнской компании» или если «такие предприятия составляют экономически единое целое, внутри которого дочернее

общество не имеет возможности самостоятельно определять свое поведение на рынке». «Унифицированное поведение на рынке дочернего общества и его материнской компании превалирует над формальным разделением таких компаний, проистекающим из того обстоятельства, что каждое из них является юридическим лицом» и позволяет квалифицировать такие лица в качестве единой экономической организации.

Доктрина единой экономической организации как объекта, к которому применяются установленные в статьях 81 и 82 договора о создании ЕС запреты, неизбежно поставила вопрос о применении таких запретов к иностранным лицам и организациям (в совокупности с установленной ответственностью за их нарушение), дочерние общества которых нарушили такие запреты на территории Евросоюза. Прецедентным является дело *ICI v. Commission (Dyestuffs)*, рассмотренное Еврокомиссией в 1972 году. В рамках дела Еврокомиссия выявила классическое картельное соглашение продавцов анилинового красителя, которые согласовали цену на этот товар при продажах в Евросоюзе. Один из участников картеля — компания *ICI* — базировалась в стране, не входящей в Евросоюз, и реализовывала положения картельного договора, давая обязательные для исполнения указания своему дочернему обществу, находящемуся в Евросоюзе. Еврокомиссия решила, что «правила конкуренции, установленные в договоре о создании ЕС, применяются ко всем случаям ограничения конкуренции, которые имеют своим результатом или целью последствие, указанное в статье 81 (1). Таким образом, не является необходимым выявление факта, находится или нет в пределах Сообщества лицо, которое своими действиями ограничило конкуренцию (для привлечения такого лица к ответственности — *Сушкевич А.Г.*)».

Компания *ICI* предприняла попытку оспорить решение Еврокомиссии по основа-

нию неправомерного применения комиссией статьи 81 договора к иностранной компании. Показательно, что Еврокомиссия в защиту своей позиции не использовала доктрину эффекта, но указала, что «хотя дочерние общества, находящиеся в Сообществе, являются самостоятельными юридическими лицами, в реальности они лишь исполняли указания своих материнских компаний», поэтому «являлись не более чем продолжением *ICI* на пространстве общего рынка». Европейский суд поддержал позицию Еврокомиссии и в своем решении впервые открыто использовал доктрину единой экономической организации для оправдания применения европейского законодательства о защите конкуренции к иностранной компании.

Однако следующее дело, рассмотренное Еврокомиссией, уже содержало принципиально новое основание для применения статьи 81 договора о создании ЕС в отношении иностранных компаний, так называемую доктрину осуществления. Дело в том, что раскрытый в 1985 году «целлюлозный» картель состоял из 43 производителей целлюлозы и двух торговых ассоциаций, причем все они были зарегистрированы в странах, не являвшихся на то время членами Евросоюза, т.е. являлись иностранными компаниями и объединениями компаний. Более того, участники картеля осуществляли прямые продажи целлюлозы по установленной в соглашении цене на общий рынок и не использовали для этой цели дочерние общества или филиалы, что не позволяло Еврокомиссии применить статью 81 договора о создании ЕС, основываясь на доктрине единой экономической организации. Решение Еврокомиссии по делу целлюлозного картеля ссылалось на заимствованную из американской правовой практики доктрину эффекта, которая, по мнению комиссии, оправдывала применение установленных статьей 81 запретов в отношении соглашения, все участники которого являлись иностранными

компаниями. Такая позиция Еврокомиссии была поддержана в Европейском суде Генеральным адвокатом (назначаемое Советом Европы независимое лицо, обязанностью которого является экспертная помощь Европейскому суду в рассмотрении дела; всего назначено 9 Генеральных адвокатов).

Однако суд счел необоснованным применение доктрины эффекта к рассматриваемым отношениям. В своем решении² Европейский суд определил иное основание применения статьи 81 к действиям участников целлюлозного картеля: «Необходимо отметить, что нарушение статьи 81, такое как заключение ограничивающего конкуренцию в пределах общего рынка соглашения, является поведением, которое состоит из двух элементов: заключение соглашения... и его осуществление. Если бы применение запретов, установленных законодательством о конкуренции, зависело от места, в котором соглашение было заключено, предприятия получили бы простой и очевидный способ избежать установленных запретов. В рассматриваемом деле производители осуществили свое соглашение о цене в пределах общего рынка. Не является существенным обстоятельством тот факт, что для осуществления соглашения они не использовали дочерние общества, агентов, субагентов или филиалы внутри Сообщества для заключения договоров с покупателями».

По мнению отдельных комментаторов, доктрина осуществления как основание применения законодательства Евросоюза о конкуренции к иностранным компаниям может использоваться лишь в случае осуществления иностранной компанией прямых продаж на территории Сообщества (или иного прямого действия, осуществляемого внутри сообщества). В отличие от доктрины эффекта, она не может применяться к картельным соглашениям иностранных компа-

² Wood Pulp II. Cases C-89/85, etc., A. Ahlstrom Oy v. Commission (1993) ECR I-1307, (1993) 4 CMLR 407.

ний, целью которых является бойкот общего рынка (отказ продавать или покупать товары в Сообществе). Однако, по мнению некоторых комментаторов, использование доктрины осуществления поможет Евросоюзу избежать экстратерриториального применения антимонопольного законодательства иными государствами в отношении хозяйствующих субъектов из стран — членов Евросоюза, поскольку в данном деле сам Евросоюз основывает свою юрисдикцию на территориальном принципе.

Доктрина осуществления применяется Еврокомиссией и в ходе контроля за слияниями иностранных компаний. Следуя этой доктрине, Еврокомиссия рассматривает слияния иностранных компаний при условии, что такие компании осуществляют (или осуществляли до слияния) продажи своей продукции на территории общего рынка, а также если такие компании по установленным в ЕС формальным критериям (стоимость продаж на общем рынке и количество стран — членов Евросоюза, в которых такие продажи осуществляются) попадают под контроль слияний в ЕС. Так, в 1999 году Еврокомиссия запретила слияние двух южноафриканских компаний, которые осуществляли значительные продажи платиноидов на рынках стран — членов Евросоюза (хотя эти продажи и не составляли большей части их выручки, а добыча платиноидов осуществлялась в ЮАР), поскольку слияние могло привести к возникновению доминирующей на рынке Евросоюза компании. Решение о запрете было принято Еврокомиссией даже при наличии согласия конкурентного ведомства ЮАР на такую сделку.

Сравнивая доктрину эффекта и доктрину осуществления в качестве оснований применения антимонопольного законодательства к иностранным лицам и организациям, следует отметить, что различия между ними носят в основном терминологический характер и практически нивелируются при рассмотрении конкретных дел антимонопольными органами США и Еврокомис-

сией: подлежащие пресечению антиконкурентные практики и соответствующие формы правового принуждения хозяйствующих субъектов идентичны по обе стороны Атлантики и разнятся лишь в силу отличий антимонопольных законодательств, а не доктринальных положений о его применении в отношении иностранных лиц и организаций.

Применение российского антимонопольного законодательства к иностранным лицам и организациям

Вопрос о применении российского антимонопольного законодательства к иностранным лицам и организациям приобретает практическое значение с 1995 года, когда законодатель впервые расширительно сформулировал сферу применения действовавшего в тот период Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон «О конкуренции»):

«Настоящий Закон распространяется на отношения, влияющие на конкуренцию на товарных рынках в Российской Федерации, в которых участвуют российские и иностранные юридические лица, федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, а также физические лица. Закон применяется и в тех случаях, когда действия и соглашения, соответственно совершаемые либо заключаемые указанными лицами за пределами территории Российской Федерации, приводят или могут привести к ограничению конкуренции или влекут за собой другие отрицательные последствия на рынках в Российской Федерации».

В такой редакции положения о сфере применения Закона сохранялись до октября 2006 года и позволяли применять его в

отношении любых антиконкурентных практик иностранных хозяйствующих субъектов и иных лиц. Основаниями для такого применения Закона являлись обусловленные антиконкурентными практиками ограничение конкуренции либо другие отрицательные последствия на рынках в Российской Федерации, к которым российское антимонопольное законодательство позволяет отнести: любые ограничивающие конкуренцию на территории Российской Федерации соглашения и согласованные действия, недобросовестную конкуренцию и злоупотребление доминирующим положением (которые могут как ограничивать конкуренцию, так и вести к другим отрицательным последствиям на рынках Российской Федерации, например к ущемлению интересов отдельных участников рынка или нарушению их прав), а также сделки и иные действия, которые подлежат контролю за экономической концентрацией, т.е. совершаются либо с согласия антимонопольного органа, либо с его обязательным последующим уведомлением о совершенной сделке, ином действии.

Интересно, что положения российского антимонопольного законодательства позволяли в период 1995-2006 годов использовать европейскую доктрину единой экономической организации как основание применения антимонопольного законодательства в отношении антиконкурентных практик иностранных хозяйствующих субъектов. Закон «О конкуренции» определял, что «положения настоящего Закона, относящиеся к хозяйствующему субъекту, относятся к группе лиц», что антимонопольными органами интерпретировалось как возможность предписывать обязательные для совершения действия любому лицу (в том числе иностранному), входящему в одну группу лиц с нарушителем, если такое лицо способно своими действиями восстановить конкуренцию, а также как возможность привлечь к ответственности за неисполнение предписанного. Приведенное

выше толкование Закона нашло свое отражение в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 30 марта 1998г. №32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства»: «При нарушении антимонопольного законодательства одним из членов доминирующей группы лиц соответствующее предписание может быть дано и другим членам группы, способным обеспечить устранение нарушения».

Сегодня рано говорить о каком-либо доктринальном выражении практики применения российского антимонопольного законодательства к иностранным лицам и организациям, поскольку такая практика крайне скудна: за истекший период российские антимонопольные органы самостоятельно либо совместно с антимонопольными органами других стран не выявляли и не пресекали проявления монополистической деятельности, результатом которых бы было внутреннее ограничение конкуренции иностранными хозяйствующими субъектами.

Единственным реальным примером применения российского антимонопольного законодательства к иностранным лицам и организациям является, по-видимому, эпизодическая практика рассмотрения федеральным антимонопольным органом ходатайств иностранных компаний о даче согласия российского антимонопольного органа на совершение сделок с участием иностранных организаций и лиц (например, в случае слияния производителей алюминия в странах Евросоюза). Как правило, ходатайства такого рода представлялись в антимонопольный орган иностранными лицами в том случае, если потенциальные участники сделки ввозят принадлежащие им товары в Россию, а также если они непосредственно либо через дочерние общества владеют акциями (долями) российских хозяйственных обществ либо недвижимым имуществом на территории РФ.

Вступивший в силу 26 октября 2006г. новый Закон «О защите конкуренции», заме-

нивший собой и Закон «О конкуренции», и Федеральный закон «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг», закрепляет применение антимонопольного законодательства к иностранным лицам и организациям лишь в случае совершения ими сделок, иных действий, подпадающих под контроль за экономической концентрацией в соответствии с главой 7 Закона «О защите конкуренции». В части 2 статьи 3 Закон устанавливает:

«Положения настоящего Федерального закона применяются к достигнутым за пределами территории Российской Федерации соглашениям между российскими или иностранными лицами либо организациями, если в отношении таких соглашений в совокупности выполняются следующие условия:

1) соглашения достигнуты в отношении находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств и (или) нематериальных активов либо в отношении акций (долей) российских хозяйственных обществ, прав в отношении российских коммерческих организаций;

2) соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции в Российской Федерации».

Теоретически, Закон может применяться и к случаям совершения сделок иностранными лицами и организациями, которые по общему правилу главы 7 Закона не подпадают под контроль за экономической концентрацией, однако маловероятно, что российскому антимонопольному органу удастся доказать оправданность такого применения, т. е. доказать ограничение конкуренции в России сделкой, иным действием, в отношении которых Законом не установлена презумпция влияния на состояние конкуренции (напомним, что в соответствии с пунктом 21 статьи 4 Закона «экономическая концентрация — сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции», перечень таких сделок содержится в Законе).

Возможность применения Закона «О защите конкуренции» в отношении иностранных лиц и организаций в случае совершения ими сделок, подлежащих контролю за экономической концентрацией, реализована также в статье 31 Закона. Напомним, что статья 31 устанавливает правила, в соответствии с которыми лица, входящие в одну группу лиц, получают возможность при совершении сделок внутри группы лиц перейти от предварительного контроля таких сделок антимонопольным органом (т. е. от обязанности представлять ходатайство) к уведомительному контролю (т. е. исполнять обязанность представлять уведомление об уже совершенной сделке). Одним из условий получения хозяйствующими субъектами указанной возможности является декларирование ими в федеральный антимонопольный орган перечня лиц, входящих в одну группу, и его размещение на сайте ФАС России в сети Интернет. К началу второго полугодия 2007 года более 100 групп лиц уже декларировали свой состав, причем многие из них включают в свой состав десятки иностранных лиц и организаций, что дает возможность таким иностранным лицам и организациям совершать сделки в уведомительном режиме, даже если по общим правилам главы 7 они подлежат предварительному контролю и в отношении таких сделок может быть применена часть 2 статьи 3 Закона.

К сожалению, из сферы применения Закона оказались исключены случаи совершения иностранными лицами и организациями сделок, иных действий, если они не соответствуют условию пункта 1 части 2 статьи 3, например слияние иностранных компаний, ввозящих принадлежащие им товары на территорию РФ, если сливающиеся компании не имеют дочерних обществ в РФ и не владеют акциями, долями или имуществом российских коммерческих организаций. Указанное условие также выводит из сферы применения Закона «О защите конкуренции» почти все возможные случаи

международных картелей и злоупотребления доминирующим положением иностранной компанией, негативно воздействующие на состояние конкуренции в России.

Двусторонние международные соглашения в практике применения антимонопольного законодательства

Эффективность применения антимонопольного законодательства в отношении иностранных лиц и организаций зависит решающим образом от позиции государства, в котором такие лица и организации являются резидентами. Как справедливо отмечает Винченцо Скордамалия, «международное право не дает ясного и всеми разделяемого ответа на вопрос о пределах применения антимонопольного законодательства в отношении иностранных компаний»³. Именно поэтому с начала 70-х годов прошлого века ускоряющимися темпами развивается тенденция к заключению двусторонних соглашений крупными промышленно развитыми государствами. Процесс, инициированный в рамках ОЭСР еще в 1967 году, выразился в заключении двусторонних соглашений США с Германией (1976), Австралией (1982) и Канадой (1984 и 1995). Позднее, в 1991 году началась разработка соглашения США и ЕС о двустороннем сотрудничестве в пресечении нарушения антимонопольного законодательства, которая завершилась в 1995 году заключением полноценного международного соглашения. Соглашение обязывает США и Евросоюз информировать друг друга обо всех случаях применения антимонопольного законодатель-

ства, если его применение может затронуть интересы другой стороны, закрепляет правила обмена информацией и регулярные встречи представителей ведомств, а также обязанность оказания взаимной помощи и координации усилий при проведении расследований.

Наиболее важными положениями соглашения комментаторы называют закрепление в его тексте принципа так называемой позитивной вежливости, т.е. права одной стороны обратиться к другой и потребовать осуществить необходимые действия (провести расследование, пресечь действия, привлечь к ответственности) в отношении компании, ограничившей конкуренцию на территории обратившейся стороны, но расположенной и осуществляющей свою деятельность на территории стороны, которой адресовано обращение. Соглашение содержит соответствующую процедуру и пределы такой кооперации, определяя, что каждая из сторон должна принимать во внимание интересы другой стороны при обращении с требованием осуществить необходимые действия на ее территории (что комментаторами названо термином «негативная вежливость»).

Соглашение США — ЕС в отношении применения антимонопольного законодательства помогло организовать полноценное сотрудничество двух ведомств по защите конкуренции, однако, по словам генерального директора директората по конкуренции Еврокомиссии, «процедуры нотификации и консультаций, а также принципы вежливости позволяют нам сблизить наши подходы в случаях, представляющих общий интерес, но не содержат механизма разрешения конфликтов в случае существенного расхождения взглядов».

Таким образом, соглашение снимает проблему эстратерриториального применения антимонопольного законодательства, позволяя достичь поставленной цели (пресечения монополистической деятельности) путем применения антимонополь-

³ См. рабочие материалы по экстратерриториальному применению антимонопольного законодательства, подготовленные экспертом проекта ТАСИС Винченцо Скордамалия по проекту Approximation of Competition Rules, Russian Federation EUROPEAID/119673/S/CV/RU (2005/103-919).

ного законодательства страны нахождения нарушителя.

Российский антимонопольный орган также предпринимал усилия в достижении международного консенсуса по процедурам и принципам пресечения внутреннего ограничения конкуренции в результате действий иностранных хозяйствующих субъектов. Примером этих усилий является договор стран СНГ о проведении согласованной антимонопольной политики от 25 января 2000 г. Помимо стандартных положений об обмене информацией, консультациях и т.п., договор содержит достаточно подробную процедуру обращения антимонопольного органа одного государства в антимонопольный орган другого государства с заявлением о рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства. В договоре определено, что «антимонопольный орган на основании заявления антимонопольного органа другого государства-участника рассматривает факты нарушения и принимает по ним решения в соответствии с требованиями национального антимонопольного законодательства». К сожалению, необходимое изменение национального антимонопольного законодательства, а именно: закрепление в нем расширенной территориальной сферы применения, чтобы при-

знавать его нарушением случаи ограничения конкуренции на территории иных стран — участниц договора, — ни Россия, ни, по-видимому, иные страны-участницы не предприняли.

Литература

1. Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».
2. Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford University Press, second edition, 2004.
3. Ячевитова Н.И. *Международная конкуренция: законодательство, регулирование и сотрудничество*, ООН, Нью-Йорк и Женева, 2001.
4. Эрнест Гелхорн, Вильям Ковасик. *Антитрестовское законодательство и экономика*, International Law Institute, 1995.
5. Рабочие материалы по экстратерриториальному применению антимонопольного законодательства, подготовленные экспертом проекта ТАСИС Винченцо Скордамалия по проекту Approximation of Competition Rules, Russian Federation EUROPE-AID/119673/S/CV/RU (2005/103-919).
6. European Commission, Report on competition policy 2004.
7. European Commission, Report on competition policy 2005.
8. Federal Trade Commission, Performance and accountability report, fiscal year 2006.

Статья поступила в редакцию 30.07.2007

*A. Sushkevich, Head of the Information Analysis Directorate,
Federal Antimonopoly Service (FAS) of the Russian Federation*

COMPETITION PROTECTION LEGISLATION AND THE FOREIGN LEGAL ENTITIES AND INDIVIDUALS

The phenomena that are now known as the financial and commodity market globalization include not only the cross-border capital and goods flow formation which is one of the most important factors influencing the situation on the domestic and global markets. The phenomena also include the activities which to some extent hamper such flows' movement. By the activities we mean the competition hampering activities taken by a foreign state (organizations or individuals) outside the domestic market of a certain country and outside the jurisdiction of its executive bodies. We shall hereinafter refer to the activities as the internal competition hampering by the foreign businesses. The authors here analyze the Russian and foreign legal theory and practice in the field. The article will be of interest for the top and middle managers, external economic activities experts, and legal practitioners. The members of the public will also find it interesting.